

**ЭКОНОМИКА И КОНСТИТУЦИЯ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ГЕРМАНСКОГО
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА****(Доклад, посвященный 80-летию бывшего председателя Конституционного
Суда Российской Федерации, профессора В.А. Туманова)****(Москва, 17 апреля 2007 г.)¹**© 2008 г. Ф. Ю. Зекер²**Исторические аспекты**

В 1951 г., когда приступил к своей деятельности Федеральный конституционный суд ФРГ, были еще во многом неясны содержательные требования, предъявляемые Основным Законом к законодательному оформлению экономического строя. В области политики Людвиг Эрхард при поддержке Мюллера-Армака сформулировал для ХДС/ХСС модель социальной рыночной экономики на основе конкуренции под лозунгом “Благосостояние для всех!”. СДПГ требовала свободного социализма с сильным государственным влиянием и паритетным участием работников в управлении компаниями в качестве “третьего пути” между капитализмом США и коммунизмом СССР. Коммунистическая партия Германии (КПГ) настаивала на огосударствлении ключевых отраслей промышленности и введении централизованной административной экономики в условиях диктатуры пролетариата и отказа от принципа разделения властей.

Сам Основной Закон не содержит норм, закрепляющих определенный экономический строй. Однако он защищает свободу действий индивидуумов и корпораций с помощью развернутого каталога прав человека, а также обязывает все ветви государственной власти соблюдать принципы правового и социального государства (ст. 20, 28 ОЗ). Когда закон, как в данном случае Конституция, формулирует лишь общие рамки для решения конкретных проблем, всегда возникают различные мнения о том, как заполнить возникшие пробелы. В результате в послевоенное время друг другу противостояли три юридические концепции.

**Теория экономической нейтральности
Основного Закона³**

Согласно этой теории Конституция не дает законодателю права сделать выбор в пользу определенной модели экономического строя (рыночной или плано-

вой экономики). Законодатель обязан обеспечить открытую во всех отношениях модель экономического устройства с активным участием государства, осуществляющего предпринимательскую деятельность и целенаправленные интервенции для достижения общественного блага. Государственные предприятия должны конкурировать с частными, выполняя роль “щуки в пруду с карпами”. Таким путем государство должно бороться со злоупотреблениями частных компаний, извлекающих выгоду из своего монополистического или олигополистического положения на рынке в ущерб гражданам. Целью Конституции является смешанный экономический строй, находящийся между хищническим капитализмом, с одной стороны, и неэффективным бюрократизмом централизованной административной экономики – с другой.

**Неолиберальная теория социальной рыночной
экономики⁴**

В соответствии с данной теорией Конституция требует либерального экономического строя, совместимого с закрепленными в ней правами человека. Свобода неделима. Свободно устроенное государство с демократическим управлением должно дополняться свободным экономическим строем. В противном случае существует опасность, что вследствие могущества частных монополий нарушится функционирование демократических институтов. Достигнув определенного размера, предприятия *de facto* выходят из-под действия общих законов. Частный капитализм превращается, таким образом, в государственно-монополистический капитализм, и государство становится агентом крупного капитала, как правильно указывал Карл Маркс. Из-за такого частичного согласия с Карлом Марксом в адрес неолибералистов⁵ вначале часто высказывались обвинения в “большевизме”⁶. Учитывая угнетение политической и экономической свободы в странах с цен-

¹ Прим. ред. – Порядок изложения имен и фамилий и транскрипция сносок даны в авторском варианте.

² Профессор, доктор юридических наук, доктор политических наук, почетный доктор Франц Юрген Зекер является директором Института германского и европейского хозяйственного и конкурентного права, а также руководителем кафедры государственного экономического регулирования Свободного берлинского университета, бывшим судьей палаты по уголовным делам Апелляционного суда Берлина и членом Европейского энергетического института (EEI) в г. Левене.

³ См.: Krüger H. Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage 1966. S. 575 ff.

⁴ Nipperdey H.C. Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht. 1. Aufl. 1960, 3. Auflage 1965 (Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz). S. 25 ff.

⁵ В качестве основополагающего труда см.: Böhm. Wettbewerb und Monopolkaufl., 1933 (переизд. 1964). S. 187 ff.; см. также: Ehmke. Wirtschaft und Verfassung. 1961. S. 19 ff.; Mestmacker. DÖV 1964. S. 606 ff.; Benda. Industrielle Herrschaft und sozialer Staat. 1966. S. 22 ff.; Merz. In: Festschrift für Böhm. 1965. S. 227 ff.; Säcker. Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstandes. 1971. S. 48 ff.

⁶ Сравни, например: Otlet. Untergang oder Metamorphose der Sozialen Marktwirtschaft. 1963. S. 106 ff.

трализованной административной экономикой на Востоке и пороки капитализма на Западе, Конституция в соответствии с теорией социальной рыночной экономики требует построения экономического строя, который гарантировал бы свободу и благосостояние как можно большему числу людей и обеспечивал социальную защиту граждан. Поэтому Конституция обязывает законодателя принимать правовые меры, пригодные для борьбы с действиями частных лиц, ограничивающих конкуренцию в ущерб потребителям.

Обе представленные теории преследуют схожую цель. Однако в части методов, избранных для достижения данной цели, их разделяет пропасть. В то время как первая теория признает за государством право на микрорегулирование экономики при активном предпринимательском участии государства в хозяйственном обороте, вторая считает подобную задачу непосильной для государства. Последнее не может одновременно осуществлять надзор за экономикой и быть активным участником экономического оборота (т.е. быть контролером и контролируемым в одном лице). Подобная двойная роль государства, не ограниченная специально обоснованными исключениями, лишила бы частные предприятия стимула для экономической деятельности и привела бы к их дискриминации. Государство «не может быть одновременно доктором Джекиллом и мистером Хайдом»⁷.

Теория открытости Конституции

Представители третьей точки зрения полагают, что на основании норм Основного Закона нельзя сделать конкретных выводов в отношении предписанного Конституцией экономического строя⁸. Они подчеркивают широкие нормотворческие полномочия законодателя. Последний может проводить любую целесообразную, с его точки зрения, экономическую политику, если он при этом соблюдает права человека. Федеральный конституционный суд присоединился к этому мнению в решении об инвестиционной помощи, принятом в 1954 г.⁹, и последовательно проводил эту позицию вплоть до сегодняшнего дня. Он, однако, не боялся показывать законодателю «красную карточку», когда тот под эгидой защиты исторически приобретенных владений и монополий не принимал всерьез права человека.

Так, Федеральному конституционному суду пришлось вновь и вновь защищать от несоразмерных законодательных ограничений право **профессиональной свободы** (ст. 12 ОЗ). В этой связи упомяну – *pars pro toto* – «аптечное решение» западногерманского Конституционного суда¹⁰ и решения, касающиеся недопусти-

мости запрещения лицам свободных профессий осуществлять рекламную деятельность¹¹. Из ст. 12 ОЗ Федеральный конституционный суд также вывел обязанность соразмерного увеличения количества учебных мест в высших учебных заведениях¹² и ограничения прав работодателя на увольнение работника¹³, поскольку учебные и рабочие места являются основой для фактического осуществления профессиональной свободы.

При толковании **свободы собственности** (ст. 14 ОЗ) Федеральный конституционный суд ФРГ признал за законодателем широкие полномочия по конкретизации содержания и границ права собственности, особенно в отношении собственности, используемой в предпринимательских целях. Социальные обязанности, возлагаемые на частного собственника, тем шире, чем больше он вынужден привлекать третьих лиц для того, чтобы рационально использовать объект собственности (например, предприятие), или чем более важную роль определенный объект играет для достижения общественного блага («service public», «essential facility»). В качестве примеров приведу решения Федерального конституционного суда, касающиеся Закона об участии работников в управлении компанией¹⁴ и правового положения квартиросъемщика¹⁵. Федеральный конституционный суд¹⁶ видит в работнике не только партнера работодателя по обязательственному договору, но и партнера в рамках предпринимательских связей, наделенного правами на участие в принятии институциональных решений, а в квартиросъемщике – не только владельца, но и сособственника, договор с которым не может быть расторгнут собственником земельного участка без серьезного на то основания.

Применительно к **свободе коалиций** (абз. 3 ст. 9 ОЗ) немецкий Конституционный суд подчеркнул право коалиций без государственного вмешательства определять содержание соглашений о существенных условиях труда, особенно о размере заработной платы. Условия труда традиционно определяются тарифным договором, поэтому их законодательное регулирование не допускается¹⁷.

Принцип защиты **свободы договора** Федеральный конституционный суд вопреки первоначальным возражениям¹⁸ вывел из положений абз. 1 ст. 2 ОЗ. Таким образом, абз. 1 ст. 2 ОЗ стал нормой, на основании которой осуществляется контроль за несоразмерным государственным вмешательством в частную автономию, недостаточно оправданным с точки зрения общественных интересов.

⁷ См. подробнее: *Säcker*. Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts. 1974. S. 98 ff.

⁸ Сравни: *Huber E.R.* Wirtschaftsverwaltungsrecht. Bd. II. 1954. S. 230 ff., *Maunz*. Deutsches Staatsrecht. 12. Aufl. 1968. S. 134 ff.; см. об этом также: *Badura*. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. 2. Aufl. 2005. S. 9 ff.

⁹ См.: BVerfGE 4, 7 ff.

¹⁰ См.: BVerfGE 104, 337 ff.; см. об этом: *Nipperdey/Adomeit*. BB 1966. 417 ff. с обоснованной критикой решения ФКС о розничной торговле, которое неоправданно ограничивает ст. 12 ОЗ и с сегодняшней точки зрения отдает атавизмом (BVerfGE 13. 97 ff.).

¹¹ См.: BVerfGE 94, 372 ff.; BVerfGE 71. 162 ff, 183 ff.

¹² См.: BVerfGE 59. 172 ff.

¹³ См.: BVerfGE 104. 337 ff.

¹⁴ См.: BVerfGE 50, 290 ff.

¹⁵ См.: BVerfGE 89, 1 ff.

¹⁶ См.: BVerfGE 89, 1 ff.; о дальнейшем развитии см.: *Säcker*. in: Festschrift für Richardi. 2006. S. 711 ff.

¹⁷ См.: BVerfGE 18, 18 ff.; 94, 268 ff.; 100, 271 ff.; подробнее: *Dieterich*. Tarifautonomie und Gesetzgebung. 2003. S. 92 ff.

¹⁸ См. об этом: *Nipperdey/Wiese*. Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Bettermann/Nipperdey* (Hrsg.), Die Grundrechte. Bd. IV/2. 1962. S. 741, 886 ff.

Оценивая практику Федерального конституционного суда с методической точки зрения, нужно признать, что суд не стал аксиоматически дедуктивно выводить из Основного Закона модель экономического устройства, а индуктивно определил границы государственного вмешательства в экономику на основании отдельных норм о правах человека. Опираясь на данную судебную практику, германский законодатель при объединении Германии следующим образом сформулировал модель экономического устройства в Договоре между ФРГ и ГДР о валютном, экономическом и социальном союзе от 18 мая 1990 г.¹⁹

“Данный договор основан на желании сторон сделать социальную рыночную экономику базой для дальнейшего экономического и общественного развития, включающего в себя социальные компенсации, социальную защиту и ответственность перед окружающей средой, также и в Германской Демократической Республике и тем самым постоянно улучшать условия жизни и занятости ее населения”²⁰.

В течение ближайших десятилетий российское законодательство, несомненно, также даст Конституционному Суду РФ возможность высказать свое мнение по вопросам конституционного экономического строя. Поэтому для меня большая честь, пользуясь симпозиумом в честь 80-летия глубоко почитаемого мной бывшего председателя российского Конституционного суда и прекрасного знатока судебной практики германского Конституционного суда, с которым меня связывают 20 лет дружеского диалога, задать ему вопрос: было ли предложенное Федеральным конституционным судом толкование, ориентированное на отдельные нормы Конституции правильным путем с точки зрения наших дней для реализации действия Конституции на практике?

О разделении государства и экономики

Переход от централизованной административной системы к рыночной является в свете современной теории важным шагом к освобождению экономики от жесткой опеки абсолютистской государственной власти. Не государство, а индивидуумы должны определять, что для них правильно, а что – нет. Данный процесс разделения государства и торгово-промышленной сферы, выразительно описанный социологом Максом Вебером²¹, ставит вопрос о том, какую роль государство должно играть в свободной экономике и в какой мере права человека устанавливают границы для государственного вмешательства.

В методическом отношении я согласен с Федеральным конституционным судом, который утверждает, что из отдельных норм о правах человека нельзя путем комплексного анализа вывести всеобщую объемную концепцию определенного экономического строя, которая, как таковая, ограничивала бы государственное вмешательство. Подобное рассмотрение норм о правах человека в их “совокупности” не позволяет говорить о больших ограничениях законодатель-

ной деятельности, чем те, которые суммарно вытекают из отдельных норм о правах человека.

Федеральный конституционный суд ФРГ утверждает: “Масштабами конституционно-правовой оценки являются те отдельные права человека, которые определяют конституционно-правовые рамочные условия и границы нормотворческого усмотрения законодателя. Данные права нельзя толковать без учета пересечений, дополнений и связей между их сферой действия и сферой действия других прав человека, а также без учета основополагающих принципов, закрепленных в Основном Законе. Попытки подателей конституционной жалобы обосновать свою конституционно-правовую позицию путем привлечения иных, дополнительных масштабов, таких как “институциональный контекст экономического строя” и “охранно-регулятивный контекст прав человека”, не находят опоры в Основном Законе”²².

Устанавливая, что комплексное рассмотрение норм о правах человека не позволяет сделать вывода о наличии институционального охранно-регулятивного контекста, который выходил бы за рамки индивидуально-правового содержания отдельных прав человека и гарантировал бы определенный экономический строй, Федеральный конституционный суд решительно выступает против интерпретации прав человека в духе специфической гуманитарной герменевтики, которая под видом толкования сделала бы Основной Закон объектом идеологических манипуляций²³. Таким образом, попытка вывести из Конституции заведомо предписанный детальный порядок построения экономики потерпела методическую неудачу. Конституция не обязывает государство оставаться нейтральным по отношению к содержанию и результатам экономической деятельности. Требование о том, чтобы государство вело себя нейтрально по отношению к независимой экономике, было исторически связано с идеями классического либерализма, который считал независимость экономики и отказ от государственного регулирования проявлениями свободы, а вмешательство государства, напротив, – негативным проявлением политики. Немецкий ученый Карл Шмитт²⁴, специалист в области конституционной теории, так описывал экономико-философскую концепцию данного либерального мышления в своем эссе “Определение политического”:

“Любые меры, затрагивающие индивидуальную, принципиально неограниченную свободу частной собственности и свободную конкуренцию, означают принуждение и являются *eo ipso* неким злом. Убеждение, что производство и потребление, ценообразование и рынок имеют собственную сферу и не могут управляться ни этикой, ни эстетикой, ни религией, ни тем более политикой, было одной из немногих действительных, необсуждаемых, не подвергаемых сомнению догм этого либерального времени”.

В современном хозяйственном праве это прежнее либеральное понимание функции права преодолено.

²² BVerfGE 50. S. 290, 336.

²³ См.: Friauf. DÖV. 1976. S. 624 ff.; Rupp. Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung. 1974; Stern. DÖV. 1961. S. 325 ff.

²⁴ См. подробнее: Säcker. In: Münchener Kommentar zum BGB. Bd. I, 5. Aufl. 2006. Einl. RdNr. 87 ff.; Schmitt C. Der Begriff des Politischen. 1932. S. 70 f.

¹⁹ Сравни, например: BVerfGE 9, 237, 249; 12, 341, 347.

²⁰ BGBl. II, S. 537; dazu Schmidt-Preuß. DVBl. 1993. S. 236 ff.

²¹ Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft. 5. Aufl. 1972. S. 43 ff., 181 ff.

Государство является не только “ночным сторожем”, в обязанности которого входит предотвращать криминальные действия. Оно обязано обеспечивать институциональные условия для функционирования хозяйственного оборота. В государстве со свободным частным правопорядком, в котором баланс индивидуальных интересов достигается путем спроса и предложения на рынке, а разница в ценности отдельных благ находит выражение в их цене, обеспечение свободного от произвола и злоупотреблений процесса экономического обмена с помощью эффективной конкуренции является неотъемлемой предпосылкой для функционирования частной автономии.

Нейтральность государства по отношению к экономике

Социальное государство, обязанное поддерживать общеэкономическое равновесие (абз. 2 ст. 109 ОЗ), не может, как следует из изложенного выше, сохранять принципиальную нейтральность по отношению к экономике, если понимать нейтральность как пассивное невмешательство. Оно должно, напротив, принимать меры по охране свободы и при необходимости – по перераспределению благ. Нейтральность социального государства не означает, таким образом, что оно должно бездействовать в сфере экономической и социальной политики, невзирая на результаты свободного хозяйствования. Социальным является только такое государство, которое проводит деятельную экономическую политику, обеспечивает снабжение граждан жизненно необходимыми благами, а не пассивно-нейтральное “только правовое” государство. Данной концепции соответствует изменение функций прав человека: если ранее они только гарантировали защиту от государственного вмешательства, то теперь они также предоставляют право на участие в использовании общественных благ.

Нейтральность социального государства не означает, таким образом, принципиального невмешательства²⁵. Основной Закон наделил государство компетенцией по борьбе со злоупотреблениями в сфере экономики (п. 16 ст. 74 ОЗ) и признал за ним право переводить средства производства в общественную собственность (ст. 15 и п. 15 ст. 74 ОЗ). В этих нормах отражается, как подчеркнул Федеральный конституционный суд, экономическая открытость Основного Закона. Данный отказ от закрепления определенной структуры экономического строя открывает государству возможность для свободного правотворчества и экспериментирования. То же касается и Договора о ЕС. В соответствии со своей ст. 295 Договор не затрагивает действующих в государствах-членах принципов регулирования собственности; это, правда, не освобождает государства-члены от обязанности соблюдать конкурентно-правовые положения Договора, как подчеркнул Европейский суд²⁶.

²⁵ См.: *Krüger H.* Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. 1966. S. 762 ff.; критически об этом: *Schlaich.* Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip. 1972; *Isensee.* Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. 1968. S. 183 ff.

²⁶ Сравни: EuGH, Rs. C-305/89. Italien/Kommission, Slg. 1991. I-1603 Rn. 24; EuGH, Rs. 182/83. Slg. 1984. 3677 RdNr. 7 – Fearon/Irish Land Commission; EuGH Rs. C-503/99. Slg. 2002. I-4809 RdNr. 44 – Kommission/Belgien.

Для уяснения нейтральности социального государства по отношению к экономике необходимо, на мой взгляд, дифференцировать: нейтральность государства по отношению к независимым сферам общественной жизни, таким как экономика, имеет иной смысл и содержание, чем нейтральность государства в его собственных государственных делах. Нейтральность в государственных делах означает юридическую монополию государства на деятельность в целях общественного блага, а также гарантию плюрализма и взвешенности государственных мероприятий. Государственная власть не должна идентифицировать себя с определенной группой и с определяемым этой группой групповым благом. Нейтральность по отношению к сферам общественной жизни, автономность которых основана на правах человека, означает отказ от их детального микроэкономического регулирования, если оно приводит к фактической невозможности осуществления закрепленных в Конституции свобод и производимых в расчете на эти свободы инвестиций, поскольку законодатель, как и любая ветвь государственной власти, обязан соблюдать права человека и положения Конституции о целях государства²⁷. Обязанность государства сохранять нейтральность по отношению к охраняемым правами человека автономным сферам деятельности существует для защиты самостоятельности индивидуума при совершении им поступков и принятии решений²⁸ и тем самым для предотвращения чуждого гетерономного влияния.

Открытость Конституции, однако, в отдельных случаях очень затрудняет определение границ, установленных законодателем конкретными нормами о правах человека, действующими в той сфере, которую предполагается урегулировать²⁹. Закрепленный в Основном Законе принцип правового государства говорит в пользу воздержания от регулирования экономики; принцип социального государства, как уже было сказано, напротив, ограничивает подобную пассивную нейтральность³⁰. Нейтральность отсылает к структуре экономических отношений и к политико-экономической оценке фактической, реальной ситуации, раскрывая свое содержание в обязанности социального государства поддержать слабого, например, потребителя в неравной экономической ситуации, а также в принципе невмешательства при равных возможностях сторон. Нейтральность социального государства не ограничивается гарантированием формальной свободы как абстрактного правового принципа, действующего вне зависимости от социальной реальности, а

²⁷ См.: BVerfGE 14, 263, 275; см. Также: BVerfGE 25, 1, 23; и более ранние: BVerfGE 4, 7, 17; BVerfGE 4, 377, 400; см. об этом подробнее: *Ehmke.* Wirtschaft und Verfassung, 1961. S. 28 ff.; *Lerche.* Übermaß und Verfassungsrecht. 1961. S. 228; *Schlaich.* Op. cit. S. 105 ff.; *Badura.* AoR 92, 1967. S. 382 ff.; *Scholz.* ZHR 132, 1969. S. 100 ff.; *Schmidt R.* Wirtschaftspolitik und Verfassung. 1971. S. 247 ff.; далее: *Huber E.R.* DÖV 1956. S. 98 ff.; *Krüger H.* Von der reinen Marktwirtschaft zur gemischten Wirtschaftsverfassung. 1966. S. 14 ff.

²⁸ *Schlaich.* Op. cit. S. 218 ff.

²⁹ См. об этом: *Schlaich.* Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip. 1972; сходным же образом: *Lerche.* Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes. 1968. S. 62ff.; *Evers.* Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperung. 1969. S. 27ff.

³⁰ См.: *Kriele.* VVDStRL29. 1970. S. 46 ff., 74 ff.

означает обеспечение свободы посредством поддержки конкуренции³¹.

Объем нормотворческой свободы законодателя при регулировании экономики

Открытость Основного Закона необходима, по мнению Федерального конституционного суда, также и для того, чтобы реагировать на исторические изменения, часто происходящие в области экономики. Тем не менее признание за законодателем определенной нормотворческой свободы не может приводить к сокращению тех гарантий, которые по Конституции должны оставаться неизменными на протяжении длительного времени. Не должны умиляться индивидуальные свободы, гарантированные отдельными нормами о правах человека. Возложенная на Конституционный суд задача состоит, следовательно, в том, чтобы соединить свободу государства в сфере экономической и социально-политического регулирования с защитой прав и свобод отдельных граждан.

Позитивное подтверждение того факта, что законодатель должен располагать достаточной свободой при оценке и учете в нормотворческой деятельности потенциальных будущих изменений, обеспечивает возможность гибкой экономической и общественной политики. В литературе прерогатива законодателя оценивать сложившуюся и перспективную ситуацию обозначается как свобода прогнозирования и экспериментирования³². При решении сложных проблем будущего от законодателя нельзя требовать точного предвидения последствий Закона. Проводя эксперименты в сфере экономического устройства, затрагивающие свободу собственности, законодатель имеет право на ошибку, поскольку в противном случае он был бы абсолютно недееспособен. В этом отношении государство можно сравнить с предприятиями, которые при принятии решений, направленных в будущее, также должны учитывать высокую вероятность ошибки. Правда, государство обязано корректировать и улучшать свои решения в случае, если они окажутся ошибочными³³. Федеральный конституционный суд ФРГ справедливо заключает: «Если окажется, что существующих правовых норм недостаточно, (для того, чтобы обеспечить защиту прав человека), то задача по исправлению данной ситуации ложится на законодателя»³⁴.

Многokrатно озвученная альтернатива «государственная плановая экономика или свободная, регулируемая конкуренцией рыночная экономика» – это идеологическое «или – или». Государственное регулирование находит свое экономическое оправдание в

том, что конкуренция на реально существующих неидеальных рынках, например в сфере сетевого снабжения и обслуживания (электроэнергия, газ, вода, телекоммуникации, железнодорожные пути), не может выполнять возложенных на нее функций: обеспечивать свободу и улучшать общественное благосостояние³⁵. По этой причине законодатель обязан путем императивных рамочных норм обеспечивать функционирование рыночной экономики как целостной системы и поддерживать конкуренцию в области естественных монополий путем специальных норм и с помощью вспомогательных институтов, таких как *“third party access”*. С этой точки зрения Закон против ограничений конкуренции, и ст. 81, 82 ДЕС являются попыткой сохранить эффективность рыночной экономики, регулируемой конкуренцией, и предотвратить ее саморазрушение³⁶. Необходимость защиты конкуренции доказана историей, так как в условиях рыночной экономики сами субъекты рынка «пытаются поставить образ рыночной экономики с ног на голову, и эти их усилия сопровождаются несомненным успехом»³⁷. «Как только появляется возможность ограничить конкуренцию и реализовать экономически сильное положение на рынке, то грех оказывается сладок, а добродетель – горька», жалуется один из отцов германской социальной рыночной экономики³⁸. Данный конструктивный недостаток, неизбежно присущий рыночной системе, исправляется эффективными нормами конкурентного права³⁹.

Федеральный конституционный суд, признав, с одной стороны, нормотворческую свободу законодателя при проведении экономической политики, а с другой – обязанность всех ветвей власти соблюдать положения о правах человека, лишил остроты описанный вначале теоретический спор. Этот спор сегодня в основном касается формулировки. Субстанция социальной рыночной экономики эффективно защищается путем интерпретации закрепленных в Конституции отдельных прав человека, касающихся экономической деятельности. Судебная практика Федерального конституционного суда гарантирует законодателю свободу, полагающуюся ему в демократическом правовом государстве, и одновременно защищает индивидуумов от несоразмерного ограничения их конституционных прав и свобод.

Признав, что нормы о правах человека косвенно действуют и в отношениях частных лиц между собой, Федеральный конституционный суд⁴⁰ одновременно гарантировал защиту индивидуальной свободы от ее ограничения частными лицами, находящимися в (бо-

³¹ См. подробнее: *Säcker*. Munchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht). Bd. I 2007. Einl. RdNr. 16 ff.

³² См.: *Ossenbühl*. In: Festgabe für das Bundesverfassungsgericht, Bd. I. 1976. S. 458ff.; *Scholz R.* Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz. 1974. S. 32 ff.; *Stettner*. DVBl. 1982, 1123 ff.; *Steinberg*. Der Staat 26 (1987). 161 ff.; *Raabe*. Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. 1998. S. 47 ff., 447 ff.

³³ Сравни: BVerfGE 25, 1 ff.; 50, 290, 332 ff.; 65, 1, 54 ff.; 88, 203, 254, 261 f.; 93, 37, 69 ff.

³⁴ BVerfGE 50, 290, 337 f.

³⁵ См. об этом подробнее: *Säcker*. AoR 130 (2005), 180 ff.; *Schmidt K.* AcP 206 (2006), 169 ff.

³⁶ См. об этом: *Böhm*. WuW 1953. S. 178; *Gunther*. ZHR 125, (1962). S. 38 ff.; *Hoppmann*. Wettbewerb als Aufgabe, 1968. S. 61 ff.

³⁷ См.: *Krüger H.* Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966. S. 454 ff. ³⁸ *Böhm*. FAZ Nr. 571 vom 27.5.1961. S. 5.

³⁹ См. подробно: *Edwards*. Big Business and the Policy of Competition. 1956. S. 3 f.: “Thus competition is valued for its own sake, as the economic equivalent of political democracy.”

⁴⁰ См. подробнее об этом: BVerfGE 7, 198, 205 f.; 25, 256, 263; 42, 143, 148; 73, 261, 268 f.; 81, 242, 256; 89, 214, 229 f.; см. общий обзор: *Canaris*. Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984). S. 201 ff.

лее) сильном экономическом положении. Разрешите мне в качестве примеров сослаться на решение Федерального конституционного суда “Blinkfuer”⁴¹ и на решения в отношении компании “Benetton”⁴². В этих решениях Федеральный конституционный суд ФРГ удачно разрешил чрезвычайно сложные проблемы, возникающие при коллизии нескольких прав человека, например при конфликте между правом свободно высказывать собственное мнение, свободой прессы и искусства, с одной стороны, и правом на свободное раскрытие своей личности – с другой. Вопрос о том, какому праву в этом случае необходимо отдать предпочтение, суд решает по принципу наиболее щадящего компромисса. По моему убеждению, Федеральный конституционный суд доказал, что способен осуществлять правосудие в такой сложной сфере, как “экономика и конституция”.

Европейский аспект

Структура экономического порядка, основывающаяся на защите свободы договора (абз. 1 ст. 2 ОЗ), свободы объединений и коалиций (ст. 9 ОЗ), профессиональной свободы (ст. 12 ОЗ) и свободы собственности (ст. 14 ОЗ), будет неполной, если не указать на расширение и углубление национального экономического порядка наднациональным европейским и Европейской хартией прав человека, поскольку к экономическому порядку Германии в качестве неотъемлемой части принадлежит и европейский экономический порядок (ст. 23–28 ОЗ)⁴³. Закрепляя адресованные государствам-членам положения об основополагающих свободах (свобода движения товаров, оказания услуг, учреждения предприятий, перемещения работников и обращения капитала), а также устанавливая в п. “g” ст. 3, что целью ЕС является система неискаженной конкуренции, Договор о ЕС защищает свободный экономический порядок, в котором доминируют рыночные механизмы, а государственное вмешательство и свобода государственного усмотрения ограничены нормами о конкуренции и основополагающими свободами⁴⁴.

Центральным пунктом норм Договора о ЕС, посвященных экономическому порядку, является создание свободного и открытого европейского экономического пространства, в функционирование которого государства-члены не могут вмешиваться, предоставляя своим предприятиям субсидии, искажающие конку-

ренцию⁴⁵. В соответствии с абз. 2 ст. 10 ДЕС государства-члены, напротив, должны делать все для того, чтобы не препятствовать конкуренции и обеспечивать ее практическую эффективность⁴⁶. Открытая рыночная экономика и свободная конкуренция являются целями европейского экономического порядка.

Государственные меры, направленные на обеспечение универсальных, необходимых для общественно-го блага услуг, должны быть поэтому оправданными и соразмерными. Европейскому суду мы обязаны, в числе прочего, открытием доступа на монопольно структурированные, управляемые государством рынки, такие как энергетические рынки, рынки страховых услуг, телекоммуникаций, а также за посредничество при трудоустройстве⁴⁷. Свободное устройство экономики предполагает осуществление профессиональной свободы, свободы договоров и свободы собственности. Учитывая это, государство не должно подрывать базу для профессиональной деятельности частных лиц, устанавливая государственную монополию на все новые и новые сферы деятельности. Данное понимание системы неискаженной конкуренции, являющейся целью Договора о ЕС, сегодня настолько укрепилось в сознании государств-членов, что ратифицированный большинством из них Конституционный договор в абз. 3 ст. I–3 гласит: “Союз принимает меры для достижения ... высококонкурентоспособной социальной рыночной экономики, целями которой являются полная занятость и социальный прогресс...”.

По принципу верховенства европейского права его нормы при коллизии с нормами национального права имеют приоритет перед последними и приводят к их неприменимости⁴⁸. Федеральный конституционный суд при-

⁴⁵ Сравни: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*. EG-Vertrag Art. 249 RdNr. 2; *Everling*. Festschrift für Ibsen. 1977. S. 595ff.; *von Bogdandy*. Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatsrechtlicher Perspektive, Integration. 1993. S. 210; *Isensee/Kirchhoff*. HdBStR, Bd. VII, 1992. § 183, 826, RdNr. 43ff.

⁴⁶ Доктрина “effet utile” – см.: EuGH vom 19.2.2002, Rechtssache C-35/99 “Manuelle Arduino”: нарушение ст. 10 и 81 ДЕС имеет место, “когда государство-член предписывает лицам совершать картельные сговоры, противоречащие ст. 81, или облегчает подобные сговоры, или усиливает их эффект, или если оно лишает свои собственные предписания их государственного характера, перекладывая ответственность за решения, влияющие на экономику, на частных хозяйствующих субъектов”; см. также: EuGH Slg. 1987, 3801, 3829 (Tz. 23) – “Vlaamse Reisbureaus”; EuGH Slg. 1987, 4789, 4815 (Tz. 24); EuGH Slg. 1993, I-5801, – “Reiff”; подтверждено в EuGH Slg. 1994, I-2517, – “Delta-Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft”; EuGH Slg. 1993, I-5751 – “Meng”; EuGH Slg. 1993, I-5851 Tz. 10 – “Ohra Scheverzekeringen”; EuGH, Slg. 1995, I-179 (218 f.) – “Leclerc-Siplec”; EuGH Slg. 1998, I-3851, 3899f. (Tz. 53, 54) Kommission/Italien; EuGH Slg. 1998, I-5955, 5984 (Tz. 31) “Librandt”, EuGH Slg. 1999, I-5751, 5883 – “Albany”.

⁴⁷ См.: EuGH, Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, 3793 ff. – Kommission/Deutschland; EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699, 5761 ff. – Kommission/Niederlande; EuGH, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789, 5793 ff. – Kommission/Italien; EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, 5819 ff. – Kommission/Frankreich; EuGH, Rs. C-258/98, Slg. 2000, I-4217, 4231 ff. – Giovanni Cara.

⁴⁸ См.: EuGH, Slg. 1964, 1215, Costa/ENEL; EuGH, Slg. 1969, S. 1, 14 Walt Wilhelm; EuGH, Slg. 1970, S. 1125, 1135 Internationale Handelsgesellschaft usw.

⁴¹ BVerfGE 25, 256 ff.

⁴² BVerfGE 1026 347 ff.; BVerfG, WRP 2003, 633, 636; также: BVerfGE, NJW 2001, 3403 и NJW 2002, 1187, 1188; подробнее об этом: *Säcker*. WRP 2004, 1199, 1201.

⁴³ См.: *Joerges*. Markt ohne Staatß Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die Renaissance der regulativen Politik, 1991; *Basedow*. Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung. 1992. S. 6 ff.; *Petersmann*. Grundprobleme der Wirtschaftsverfassung der EG, Außenwirtschaft 1993. S. 89 ff.; *Müller-Graff*. Die wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip, EuR 1997. S. 433 ff.; *Mestmacker*. Zur Wirtschaftsverfassung in der EU, Festschrift für Willgerodt. 1994. S. 263 ff.; *Baquero Cruz*. Between Competition and Free Movement – The Economical Constitutional Law of the European Community. 2002.

⁴⁴ Сравни: *Nettesheim*. in: *Säcker*, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz. 2006. Einl. III, RdNr. 37 ff.

знал это верховенство в четырех основополагающих решениях⁴⁹ (“Solange 1”, “Solange 2”, “Maastricht” и “Bananen”) до тех пор, пока право Сообществ обеспечивает общую защиту прав человека, в основном сравнимую с германской. Данное требование на сегодняшний день выполняется⁵⁰.

Государства-члены в соответствии с абз. 2 ст. 86 ДЕС сохраняют, правда, “остаток суверенитета” в отношении предприятий, которым доверено оказание услуг, представляющих общеэкономический интерес, например услуг по ликвидации вредных для окружающей среды отходов⁵¹. К сожалению, рамки статьи не позволяют остановиться на этом подробнее⁵².

Перед Конституционным Судом РФ также когда-нибудь встанет вопрос о том, какой объем открытости и свободы от дискриминации гарантирует российская Конституция, если российские инвестиционные законы будут в качестве стратегически важных отраслей изымать все больше отраслей экономики из сферы частной конкуренции. Это может быть оправданно в оборонном, а также, учитывая ограниченность ресурсов, в энергетическом секторах. Однако в современных условиях такая практика была бы неоправданной в отношении машиностроения и судостроения, авиационной и химической промышленности. Предпочтительнее координация экономики через открытые, свободные рынки, чем чрезмерное государственное регулирование и предписания якобы всезнающей бюрократии. Мы живем в обществе обучающихся; рынок – это самый лучший учебный процесс, позволяющий наиболее быстро исправлять ошибки.

Тот, кто хочет свободы, должен выступать и за либеральное экономическое устройство, в котором уважаются права человека. Тот, кто выступает за развитие конкуренции, должен конкуренцию защищать. Это обуславливает наличие и осуществление эффективного рамочного государственного регулирования. Поэтому я с полным пониманием отношусь, например, к запрету, наложенному российским антимонополь-

ным органом на приобретение компанией “Siemens AG”, крупнейшим европейским производителем турбин, контрольного пакета фирмы “Силовые машины”, самого мощного и крупнейшего российского турбиностроителя, и надеюсь, что антимонопольные органы будут проводить такую же последовательную политику в отношении внутрироссийских слияний, например в энергетической отрасли, которые приводят к усилению доминирующего положения компаний. Однако у Германии здесь мало оснований критиковать Россию, ведь в Германии федеральный министр экономики разрешил слияние E.ON/Ruhrgas вопреки решению Федеральной картельной службы⁵³.

Вопрос о соотношении экономики и Конституции в демократическом государстве сегодня в принципе разрешен, но, как показывают примеры, в конкретных случаях решения бывают трудными и сложными. Черт кроется в деталях. Задача Конституционного суда ФРГ как третьей государственной власти заключается в оценке государственных ограничений прав человека с точки зрения их оправданности целями общественного блага и их соразмерности. Это касается и Европейского суда⁵⁴. Мне хотелось бы, чтобы и Конституционный Суд РФ в принципиальном созвучии с европейской правовой тенденцией стал для российских граждан оплотом свободы и справедливости, стоящим на страже прав человека. Сильная президентская власть нуждается в качестве противовеса в сильном конституционном суде. Это предполагает наличие на судейской скамье сильных личностей, наделенных умом, интуицией и смелостью.

Господин коллега Туманов, наш высокочтимый юбиляр, с избытком наделен этими тремя добродетелями. В качестве ученого он, как никто другой, содействовал европейскому диалогу. Как судья и председатель Конституционного Суда РФ он внес важный вклад в конкретное оформление российского правового порядка. Как судья Европейского суда по правам человека он с чуткостью и упорством делал важную работу по обеспечению соблюдения прав человека. Несмотря на все личные успехи, он остался скромным, достойным и верным своим друзьям коллегой. Для всех нас, тех, кто знает и любит его, он является весьма значительным, но труднодостижимым примером для подражания. Дорогой господин Туманов, *ad multos annos!*

⁴⁹ См.: BVerfGE 37, 271; 73, 339; 89, 155; 102, 161; см. об этом: *Hasselbach*. JZ 1997. S. 942ff; *Nettesheim*. Jura 2001. S. 686ff.

⁵⁰ См.: абз. 1 ст. 23 ОЗ; *Scholz*. In: Maunz/Durig, Grundgesetz-Kommentar. Bd. 3 (Stand: Juni 2006). Art. 23 RdNr. 61; *Limbach*. EuGRZ 2000, 417, 419 f.; *Rojahn*. In: v. Munch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar. Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 23 RdNr. 35 ff.

⁵¹ См. об этом подробно: *Gundel*. In: Munchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht). Bd. I 2007. Art. 86 RdNr. 6 ff.

⁵² Статья 16 ДЕС, включенная в ДЕС Амстердамским договором 1997 г., согласно которой Сообщество должно обеспечить такое регулирование услуг, представляющих общеэкономический интерес, чтобы предприятия могли эффективно выполнять свои задачи в интересах общественного блага, действует только при условии соблюдения положений европейского конкурентного права.

⁵³ См. об этом критику: *Säcker*. Neues Energierecht. 2. Aufl. 2003. S. 333ff.

⁵⁴ Сравни: EuGH, Rs. C-55/94, Gebhard Slg. 1995, I-4165/4197f. RdNr.37: “Из решений Суда следует, что национальные акты, которые могут воспрепятствовать осуществлению гарантированных Договором основополагающих свобод или сделать их осуществление менее привлекательным, должны выполнять четыре условия. Они должны: применяться без дискриминации, быть оправданны императивными общественными интересами, быть пригодны для достижения преследуемой ими цели и не должны выходить за рамки необходимого для достижения данной цели”.