

Вольфганг Бабек

## **ЧРЕЗВЫЧАЙНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С ИЗМЕНЕНИЕМ КЛИМАТА, И ОТСТУПЛЕНИЕ ОТ ОСНОВНЫХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА\***

### **1. Чрезвычайное Положение**

#### **1.1. Введение**

Большую часть оставшегося<sup>2</sup> века мы будем бороться с изменениями, вызванными изменением климата. Несмотря на то, что реки, особенно под Кавказом, оставались неизменными на протяжении веков, Грузия не станет исключением. Грузия с ее разнообразными климатическими зонами может особенно пострадать, а ее 637 ледников могут исчезнуть.

Поэтому странам рекомендуется следовать шагам, изложенным МГЭИК<sup>1</sup>, и ввести в действие законы, регулирующие выбросы парниковых газов. Конституционные юристы должны рассмотреть возможность включения в конституцию положений о защите природы и окружающей среды.

#### **1.2. Хорошо Расположенная Грузия**

Грузия уже сделала это в статье 5 V ГК и еще больше в статье 29. Таким образом, она намного опережает многие другие страны, а статья 29, в частности, должна предоставить широкие возможности для интерпретации и гибкости предстоящих изменений.<sup>2</sup> А Конституционный суд Германии в своем знаменитом решении, принятом всего несколько недель назад, обязал правительство переработать свой закон об изменении климата,

---

\* Я благодарю профессора Альбрехта Вебера из Оснабрюка за поддержку в написании этого эссе.

<sup>1</sup> <<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>> [12.09.2021]

<sup>2</sup> Хороший обзор представлен Лондонской школой экономики на сайте <https://climate-laws.org/>, последнее посещение 11.09.2021.

чтобы снизить выбросы парниковых газов к 2030 году для защиты интересов детей, которые подали иск против правительства от имени своего поколения.<sup>3</sup>

### 1.3. Чрезвычайные Положения Штатов

Однако странам также следует пересмотреть и обновить свои конституционные положения о чрезвычайных ситуациях, чтобы адекватно реагировать в условиях кризиса. Когда кризис развивается, времени для этого мало.

Положения о чрезвычайном положении обычно определяются конституционными положениями, которые указывают, кто и при каком условии может объявить чрезвычайное положение, кто должен утвердить объявление, какие субъекты имеют какие особые полномочия после его объявления, кто должен утвердить объявление и какие субъекты имеют какие-то особые полномочия после его объявления, которые конституция не закрепляет за ними вне чрезвычайных ситуаций.<sup>4</sup>

Объем определения уже показывает, что в конституциях разных стран мира и в конституционной действительности мнения о том, что именно представляет собой “чрезвычайная ситуация”, кто имеет право решать, существует ли она, и какие последствия за этим следуют, расходятся. Выбор, который делает юрисдикция, влияет на способность правового порядка реагировать на чрезвычайную ситуацию в соответствии с его фундаментальными нормативными обязательствами.<sup>5</sup>

### 1.4. Исключение из Правил

Чрезвычайное положение некоторые называют одобренной конституцией диктатурой на ограниченный период времени.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> BVerfG, Первый сенат 24. Март 2021- 1 BvR 2656/18-, Rn.1-270, <[http://www.bverfg.de/e/rs20210324\\_1bvr265618.htm](http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.htm)> [12.09.2021]

<sup>4</sup> Bjørnskov/Voigt, 2018, p. 103.

<sup>5</sup> Ramraj/Guruswamy, 2013, p. 85.

<sup>6</sup> Сравните книгу Росситера “Конституционная диктатура”.

Чрезвычайные полномочия представляют собой серьезный вызов одной из ключевых целей современного конституционализма – ограничению государственной власти. Это означает восстановление конституционного порядка путем его временного приостановления.<sup>7</sup> Как, если это вообще возможно, правовой порядок может реагировать на чрезвычайную ситуацию в конституционных рамках? Соответствует ли общим целям конституционализма то, что конституция разрешает полностью или частично приостанавливать действие существенных конституционных гарантий во время чрезвычайных ситуаций? Основные вопросы о природе конституционного правительства никогда не бывают далеки от, казалось бы, безобидных вопросов о чрезвычайных полномочиях.<sup>8</sup> Чрезвычайные ситуации предполагают как отступления от обычных стандартов в области прав человека, так и изменения в распределении функций и полномочий между различными органами государства.<sup>9</sup> История показала, что временная отмена основных прав человека, происходящая в контексте чрезвычайного положения, привела к грубейшим нарушениям прав человека.<sup>10</sup> Тем не менее, основные международные документы по правам человека нашего времени обычно содержат оговорку об отступлении в отношении чрезвычайных ситуаций. Безусловно, могут возникнуть различные внутренние и внешние ситуации, в которых исполнительный орган государства должен действовать быстро и решительно для защиты фундаментальных интересов государства и общества.<sup>11</sup> По этой причине чрезвычайные ситуации могут предполагать как отступления от обычных стандартов в области прав человека, так и

<sup>7</sup> Bjørnskov/Voigt, 2018, p. 103.

<sup>8</sup> Ramraj/Guruswamy, 2013, p. 85.

<sup>9</sup> Венецианская комиссия, 1995, с. 3.

<sup>10</sup> Венецианская комиссия, 1995, с. 4; *idem*, 1996, с. 143; о практике государств в отношении чрезвычайного положения см. доклад Специального докладчика ООН по чрезвычайному положению и правам человека за 1955 год, E/CN.4.Sub.2/1955/20.

<sup>11</sup> Гросс, 2011, с. 334.

изменения в распределении функций и полномочий между ветвями государственной власти. Поэтому конституционный порядок должен определять соответствующие правовые принципы и положения для решения проблем, возникающих в чрезвычайных условиях.<sup>12</sup> Таким образом, он должен поддерживать “тонкий баланс между приостановлением индивидуальных прав путем временного сокращения разделения властей и одновременно обеспечивать механизмы мониторинга, призванные снизить вероятность злоупотребления чрезвычайным положением политиками, стремящимися к максимизации власти”.<sup>13</sup>

### 1.5. Разработка Чрезвычайного Положения

При разработке чрезвычайных полномочий большинство современных конституций в неявной или явной форме дают ответы на следующие вопросы:

- (a) Сколько различных типов аварийных систем создано?
- (b) Кто и когда решает, могут ли быть задействованы чрезвычайные полномочия и на каком основании?
- (c) При каких условиях они могут осуществляться?
- (d) Какие полномочия возникают при объявлении чрезвычайного положения?
- (e) В какой степени права человека могут быть ущемлены?
- (f) Какие существуют механизмы контроля за осуществлением этих полномочий?
- (f) Как заканчивается чрезвычайная ситуация?<sup>14</sup>

Эта статья посвящена вопросу о том, как права человека могут быть ограничены во время чрезвычайного положения. Чрезвычайные меры в связи с пандемией COVID-19 стали реальным

---

<sup>12</sup> Венецианская комиссия, 1995, с. 30.

<sup>13</sup> Bjørnskov/Voigt, 2018, p. 103.

<sup>14</sup> В продолжение Ramraj/Guruswamy, 2013, p. 87 и Bjørnskov/Voigt, 2018, p. 106.

испытанием во многих странах, недостатки которого необходимо пересмотреть и исправить.<sup>15</sup>

## 2. Ограничения в Чрезвычайных Ситуациях

Ограничение основных прав в чрезвычайных ситуациях относится к суверенной власти государства в той мере, в какой она не ограничена обязательствами международного права и конституционными ограничениями. Поскольку у правительств часто возникает соблазн злоупотребить инструментами чрезвычайного права во времена потрясений, волнений или угроз безопасности государства, международное право стремится к балансу между признанием законного права суверенных государств защищать свой конституционный порядок и предотвращением злоупотребления правом на чрезвычайное положение.<sup>16</sup>

Хотя формулировки положений о чрезвычайном положении в конвенциях по правам человека не идентичны в отношении предварительных условий введения чрезвычайного положения, некоторые общие принципы могут быть выведены из формулировок и контекста конвенций по правам человека. Если государства являются сторонами соответствующих конвенций и не заявили никаких оговорок, они связаны этими обязательствами при введении чрезвычайного положения в соответствии со своим национальным конституционным или подконституционным правом. Поэтому сначала мы рассмотрим международные нормы, а затем некоторые национальные конституционные ограничения на сравнительной основе.

---

<sup>15</sup> Всеобъемлющий обзор конституционных аспектов ответов Covid-19 различных стран можно найти на сайте <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/> [04.08.2021]

<sup>16</sup> Новак (2ед), МПГПП, статья 4, п3.

## 2.1. Конвенции по Правам Человека

В конвенциях по правам человека обычно выделяют четыре основных условия или принципа, которые должны соблюдаться при введении чрезвычайного положения:

- (1) Исключительная угроза
- (2) Принцип пропорциональности
- (3) Недискриминационное применение
- (4) Неотъемлемые основные права.<sup>17</sup>

Исключительная угроза (1) относится к жизни и существованию нации (ст. 4 ICCRP),<sup>18</sup> ко времени войны или другого чрезвычайного положения (ст. 15 ECHR),<sup>19</sup> к войне, общественной опасности или другому чрезвычайному положению, угрожающему независимости или безопасности государства (ст. 27 ACHR) или к исключительным чрезвычайным ситуациям, угрожающим жизни и существованию (ст. 4 RevArabChHR). Причины угрозы сформулированы не одинаково, но исключительная угроза жизни и существованию нации является общим знаменателем. КПЧ подчеркнул, что любое отступление допустимо только в том случае, если ситуация представляет собой угрозу для жизни нации<sup>20</sup>. Прецедентное право ЕСПЧ требует наличия реальной, прямой угрозы, последствия которой касаются всей нации,<sup>21</sup> также географически ограниченная чрезвычайная ситуация может затронуть все население (как это было с мерами по отступлению Великобритании во время гражданской войны в Северной

---

<sup>17</sup> См. Stein; T,( 2004), 324, n 101-106, в Merten/ Papier(2004); аналогично Венецианская комиссия CDL-PI 003;16/4/2020: Сборник по чрезвычайным положениям; стр. 4.

<sup>18</sup> “Во время чрезвычайного положения, угрожающего жизни и существованию, о котором официально объявлено”.

<sup>19</sup> “Во время войны или другого чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации”.

<sup>20</sup> GC29/72 , §3.

<sup>21</sup> ЕСПЧ ,1/71961 Лоулесс /Ирландия; No332/57.

Ирландии, одобренными ЕСПЧ и СПЧ).<sup>22</sup> Государства имеют определенную свободу действий при оценке чрезвычайной ситуации и необходимых отступлений.<sup>23</sup> Положение об отступлениях в ст. 4 п. 1 МПГПП – в отличие от других положений о чрезвычайном положении – дополнительно требует, чтобы чрезвычайное положение было официально объявлено, эффект которого заключается в информировании пострадавшего населения и помогает избежать де-факто чрезвычайных отступлений.<sup>24</sup>

Принцип пропорциональности (2) является неотъемлемым ограничением для применения чрезвычайных мер и четко сформулирован в соответствующих положениях об отступлении (“в той мере, в какой это строго необходимо в связи с остротой ситуации”: Ст. 4 МПГПП; Ст. 15 ЕКПЧ; Ст. 27 АКПЧ; Ст. 4RevArab CHHR); принцип относится не только к провозглашению, продолжительности и географическому распространению, но и к отступлению от конкретных прав.<sup>25</sup>

Принцип недискриминации (3) упоминается в ст. 4 МПГПП, ст. 27 АКПЧ и ст. 4 RevArab ChFR, но не в ст. 15 ЕКПЧ<sup>26</sup>: лица не могут быть затронуты “исключительно из-за их этнической, религиозной или языковой приверженности или происхождения”.

Некоторые основные права, не допускающие отступлений (4), обычно освобождаются от каких-либо отступлений в чрезвычайных ситуациях.<sup>27</sup> К ним относятся:

- Право на жизнь: Ст. 4; 6 МПГПП; Ст. 15; 2 ЕКПЧ; Ст. 27;3 АКПЧ; Ст. 3 RevArabCHHR Запрет пыток (Ст. 4, 7 МПГПП; Ст. 15 ;3 ЕКПЧ; Ст. 27;5 АКПЧ).

<sup>22</sup> Novak(2ed) ICCPR , n14; см. также меры по отступлению после террористических атак 11 сентября 2001 года; ЕСПЧ, 19/2/2009; A.et al v Great Britain, No3455/05 §181.

<sup>23</sup> Венецианская комиссия, (n114), § 67; Новак (МПГПП), 2-е издание; n.15.

<sup>24</sup> Новак 2ед; (МПГПП), n 19.

<sup>25</sup> КПЧ, ГК 29 (ст. 4); §4.

<sup>26</sup> Однако также заслуживает уважения; Stein (2004), N104.

<sup>27</sup> “Notstandsfeste Grundrechte” в немецкой терминологии.

- Запрет рабства и подневольного состояния (ст. 4; 8 МПГПП; ст. 15; 4 ЕКПЧ, Запрет законов ex-post-facto (“nullum crimen sine lege”): Ст. 15, 7 ЕКПЧ; Ст. 27, 7 АКПЧ; Ст. 4, 15 RevArabCHHR.

Помимо этого существует другой список или каталог неотступных прав в конвенциях по правам человека, которые лишь частично совпадают:

МПГПП дополнительно защищает запрет не лишения свободы за долги, право на признание личности и право на свободу мысли (ст. 4; 11, 16, 18 МПГПП) и обширные списки в АКПЧ (юридическая личность; свобода совести и религии; права семьи; право на имя; права ребенка; права на гражданство, право на политическое участие: Ст. 27 ACHR), а в RevArabCHHR дополнительно упоминается запрет на медицинские эксперименты; право на признание личности; запрет на произвольное предотвращение выезда из своей страны; право на убежище; право на гражданство). Расширение прав, не допускающих отступлений, в более поздних конвенциях по правам человека может быть объяснено правами личности, связанными с человеческим достоинством, и определенным уклоном в сторону распространения не допускающих отступлений прав на ЭСКП (Латинская Америка).

Следует также отметить, что, несмотря на относительно узкий перечень не допускающих отступлений положений ст. 4 МПГПП, КПЧ во втором ГК 2001 года принял более широкое толкование, указав, что другие статьи не могут произвольно подвергаться отступлениям, даже если существует угроза жизни нации.<sup>28</sup>

Отступление или приостановление основных прав должно строго отделяться от ограничения основных прав и подчиняться условиям, изложенным в конвенциях по правам человека. Мы можем лишь следовать рекомендациям Венецианской комиссии, уже упомянутым выше в отношении чрезвычайных полномочий.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> КПЧ ;GC 29/72; дальнейшие ссылки в Novak(2ed) Art 4, n 24.

<sup>29</sup> CDL-SDT (1995), 012.



- Определение и ограничение чрезвычайных ситуаций должно соответствовать концепции “исключительной угрозы для жизни или существования государства” или в случаях “войны или чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации”. Следует избегать фактического введения чрезвычайного положения и публично объявлять о введении различных чрезвычайных ситуаций. Различные чрезвычайные положения заслуживают дифференциации правил.
- Конституция должна четко определить, какие основные права могут быть приостановлены, а какие не могут быть приостановлены (либо негативный список, либо позитивный список, или даже предпочтительнее смешанный список, в котором четко определены неотступные права и отступные права. Неотъемлемыми правами должны быть человеческое достоинство, право на жизнь, запрет пыток и бесчеловечного и унижающего достоинство обращения, запрет рабства и подневольного состояния; *nullum crimen sine lege*, судебная защита и справедливый суд, право на гражданство, права личности, свобода мысли, свобода совести и религии; в конечном итоге могут быть добавлены некоторые “социальные права” в их индивидуальном аспекте (права семьи или детей) .
- Отступления от основных прав должны быть соразмерны опасности и подчиняться “принципу временности”. Чрезвычайные меры не могут действовать дольше, чем существует чрезвычайная ситуация
- Даже в условиях чрезвычайного положения верховенство закона должно соблюдаться.

## **2.2. Защита и Ограничение Основных Прав**

Защиту основных прав необходимо оценивать с трех различных точек зрения:

1. Какие основные права могут или должны быть ущемлены в условиях чрезвычайного положения?
2. Как может быть структурирована такая конституционная статья?
3. В чем разница между отступлением, приостановлением, ограничением или ограничением?

Защита национальной и общественной безопасности может оправдать ограничение полного осуществления некоторых прав человека и даже отступление от некоторых обязательств в области прав человека.<sup>30</sup> Однако ограничения прав и свобод человека и отступления от них должны регулироваться законом и предпочтительно иметь основание в конституции.<sup>31</sup> Это является жизненно важной гарантией поддержания демократии и верховенства закона. Закон должен указывать, в каких случаях ограничения могут быть оправданы, и, желательно, должен определять чрезвычайное положение, которое может оправдать меры по отступлению, чтобы создать гарантии против злоупотребления правом принимать ограничивающие или отступающие меры для других целей или в большем объеме, чем это разрешено внутренним законодательством и Европейской конвенцией по правам человека (ЕКПЧ) или другими региональными обязательствами по правам человека, которые приняла страна.<sup>32</sup> Право на отступление от основных прав часто наблюдается в конституциях развивающихся стран. Если приостанавливается действие только некоторых прав, в большинстве конституций приводится их четкий перечень.<sup>33</sup> Необходимо найти баланс между национальной безопасностью, общественной безопасностью и

---

<sup>30</sup> Преамбула Руководящих принципов по правам человека и борьбе с терроризмом, принятых Комитетом министров Совета Европы на его 804-м заседании 11 июля 2002 года; в пункте (f) упоминается “императивная обязанность государств защищать свое население от возможных террористических актов”.

<sup>31</sup> Венецианская комиссия, 2006, с.13.

<sup>32</sup> Венецианская комиссия, 2011, с. 3 с.

<sup>33</sup> Bjørnskov/Voigt, 2018, p. 112.

общественным порядком, с одной стороны, и осуществлением основных прав и свобод, с другой стороны. Оценка справедливости и пропорциональности баланса общественных и частных интересов должна определяться конкретной ситуацией и обстоятельствами. Важно, однако, что соответствующее право или свобода не могут быть урезаны по своей сути, а вмешательство должно быть сведено к минимуму.<sup>34</sup>

Хотя существует несколько ограничений, налагаемых ратификацией и информацией о применении чрезвычайных мер на соответствующие надзорные механизмы конвенций по правам человека (например, ст. 15 ЕКПЧ; ст. 4 МПГПП; ст. 27 АКПЧ), ситуация с соответствующими или достаточными конституционными защитными механизмами представляется весьма неудовлетворительной. Защита прав человека является, пожалуй, самым важным элементом для либеральных демократий, как показывают исторические примеры и как было сказано выше. Таблица 14.6 показывает, что конституционные положения сильно различаются. По опыту автора, слишком мало исследований и слишком мало внимания уделяется этим важным положениям.

Венецианская комиссия в нескольких заключениях и заявлениях подчеркнула необходимость того, чтобы чрезвычайные ситуации были четко определены в Конституции и чтобы существовал механизм парламентского контроля, который обычно предусмотрен в большинстве (европейских) конституций.<sup>35</sup> Ущемление прав человека в результате объявления чрезвычайного положения на национальном уровне часто приводит к **грубейшим нарушениям прав человека, замаскированным под аспект национальной безопасности**, и должно подчиняться верховенству закона.<sup>36</sup> Венецианская комиссия призывает государства-члены Совета Европы усилить конституционные гарантии основных прав

<sup>34</sup> Венецианская комиссия, 2006, с. 13 с.

<sup>35</sup> Венецианская комиссия; Отчет о чрезвычайных полномочиях; CDL-STD(1995) 012; см. в Кратком отчете CDL-PI (2020) 003, стр.12.

<sup>36</sup> Венецианская комиссия, (ib.), CDL-PI; стр.12-13.

против злоупотребления властью путем объявления или prolongation чрезвычайного положения для принятия мер по защите жизни нации или чрезмерного использования полицейских полномочий.<sup>37</sup>

Сравнение приостановления основных прав конституционными чрезвычайными полномочиями показывает довольно неоднородную картину, поскольку некоторые конституции прямо не регулируют приостановление прав в чрезвычайных случаях, в то время как другие намерены дать общие указания или подробно регламентировать это.<sup>38</sup>

Такой формат не позволяет дать исчерпывающий обзор формулирования и использования положений о чрезвычайном положении в конституциях стран мира. Здесь текст будет ограничен некоторыми избранными примерами, которые известны в Европе и Латинской Америке или Африке.

В Германии, где действует довольно подробная “Конституция чрезвычайного положения” (Notstandsverfassung), различные стадии чрезвычайного положения за рубежом (случай обороны) допускают отступление от защиты собственности (компенсация провизии) и лишения свободы,<sup>39</sup> в то время как “состояние напряженности” допускает обязанность государственной службы;<sup>40</sup> внешнее, как и внутреннее чрезвычайное положение (например, природные катастрофы) может повлиять на право коалиции, свободу передвижения, свободу профессии, несмотря на соблюдение принципа пропорциональности.<sup>41</sup> В Австрии Конституция не содержит специальной чрезвычайной оговорки для приостановки основных прав, отступление от ст. 15 ЕКПЧ практически не

---

<sup>37</sup> Ib, N.54; p.13.

<sup>38</sup> Stein (N.112); 975; см. также Венецианская комиссия; ib; No55; Gross,(2011) 336.

<sup>39</sup> Статья 115 с пункт 2.

<sup>40</sup> Статья 80 а ;Статья 12 п.3.5BL.

<sup>41</sup> Штайн (п.114), № 66.

может быть отменено (ст. 53 ЕКПЧ).<sup>42</sup> В Испании, имеющей довольно дифференцированную систему чрезвычайных положений (ст. 55 п. 1),<sup>43</sup> несколько основных прав могут быть приостановлены (личная свобода; неприкосновенность жилища и свобода общения; свободный выбор места жительства; свобода информации и выражения мнений; свобода собраний; право на забастовку).<sup>44</sup> Аналогично в Греции (в случаях внешней опасности или прямой угрозы национальной безопасности) могут быть приостановлены такие основные права, как свобода передвижения, хабеас корпус, право на законного судью, свобода жилища, частной и семейной жизни, свобода собраний, свобода слова и печати, свобода общения, свободная коалиция и право на забастовку: Статья 48 GRC); Нидерланды также предусматривают перечисление конкретных прав, действие которых может быть приостановлено (Статья 103 п. 2).

Финляндия допускает отступления в обобщающей формулировке в отношении основных прав в чрезвычайных ситуациях (§23).

Во Франции могут быть вызваны три различные чрезвычайные ситуации (“кризисная ситуация”: Статья 16; “осадное положение” .статья 36; и чрезвычайное положение, регулируемое законом 1955 года); последнее является наиболее актуальным на практике, поскольку соответствует внутренним чрезвычайным ситуациям.<sup>45</sup>

В Великобритании существует целый ряд законодательных актов о войне и чрезвычайном положении, которые невозможно перечислить здесь; возможно, наиболее актуальным сегодня

<sup>42</sup> Berka, Aus 58, in A, Weber (2002).

<sup>43</sup> Круз Вильялон; (1984).

<sup>44</sup> См. в Medina Guerrero , (2018), в Merten /Papier, § 301; N 68.

<sup>45</sup> Административный судья и Государственный совет контролируют, однако, осуществление соответствующих полномочий и “теорию исключительных обстоятельств”, Группа этюдов Экс; Fr 32-33, в A,Weber (2002).

является Закон о чрезвычайных полномочиях 1920 года, позволяющий, в частности, ограничивать экономические свободы, и Закон о терроризме 2001 года (свобода собраний и ассоциаций).

Образцовое решение было найдено в конституции *Польши*, которая под заголовком “чрезвычайные меры” (ст. 228) объединяет три различных типа чрезвычайных ситуаций: военное положение, чрезвычайное положение и стихийное бедствие. В двух первых ситуациях существует запрет на приостановление наиболее важных прав (достоинство; право гражданства на жизнь; право на гуманное обращение; *nullum crimen sine lege*; презумпция невиновности; эффективная судебная защита; право на частную жизнь, свобода религии и совести, петиции; права семьи и детей (ст. 233 п. 1): эта негативная формулировка явно уважает неотступные права конвенций по правам человека и дополнительно обогащает другие важные права, закрепленные в более поздних конвенциях по правам человека. С другой стороны, для применения состояния стихийного бедствия в формулировке используется позитивное перечисление, которое охватывает права на экономическую деятельность; личную свободу, защиту местожительства, свободное передвижение, право на забастовку; собственность, право на труд; право на безопасные и гигиеничные условия труда и право на отдых (ст. 233 п. 3 ). Различие между “абсолютными” правами, не подлежащими отступлению, и правами, действие которых может быть приостановлено в конкретных чрезвычайных ситуациях (природных катастрофах), представляется убедительным и соответствует важнейшему правилу права, т.е. предвидимости и точности конституционной или законодательной нормы, нарушающей основные права. Этот комбинированный или смешанный метод был также использован в Конституции Албании (ст. 175) и Словении (ст. 16).

Менее предпочтительным представляется положение Венгрии, которое четко разграничивает исключительное и чрезвычайное положение, но оставляет материальную конкретизацию

приостанавливаемых прав на усмотрение закона более высокого ранга (“кардинального закона”).<sup>46</sup>

Конституция России предусматривает “ограничения”<sup>47</sup> в чрезвычайных ситуациях “для обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя”, критерии которых шире, чем обычно принимаются в конвенциях по правам человека (например, война или другие чрезвычайные ситуации: Ст. 15 ЕКПЧ; угроза жизни и существованию нации: Ст. 4 МПГПП), но упоминается ряд прав, от которых нельзя отступать (право на жизнь, человеческое достоинство, право на частную жизнь; защита данных; свобода совести и религии, предпринимательская деятельность; основные судебные права: Ст. 56 п. 3). Аналогичная защита гарантирована в Конституции Украины, где дополнительно упоминаются права семьи и детей (ст. 46 п. 2). Конституция Турции (2017) проводит различие между случаями войны, мобилизации и чрезвычайного положения, но оставляет за властями большую свободу действий по частичному или полному приостановлению основных прав (ст. 15),<sup>48</sup> что постоянно находится в поле зрения Совета Европы и Венецианской комиссии после путча против президента Эрдогана в 2016 году.<sup>49</sup>

Следует также иметь в виду, что государства с давней традицией судебного или – в последнее время – конституционного контроля вполне могут интерпретировать баланс прав и интересов при проверке ограничивающих статутов или исполнительных актов. Недавнее включение общих ограничительных оговорок, например, в Южной Африке или Швейцарии, должно обратить внимание на то, что эти современные и хорошо сфор-

<sup>46</sup> Ст. 48-53 Венгерского кодекса (Основной закон).

<sup>47</sup> Это английский перевод.

<sup>48</sup> Критический взгляд Венецианской комиссии на конституционные поправки, CDL-AD (2027) 005.

<sup>49</sup> Венецианская комиссия CDI-AD(2016)037 с критической оценкой продления срока действия после 3 месяцев и злоупотребления чрезвычайными полномочиями в других целях.

мулированные конституции намеренно не используют более формальный подход к квалифицированным статутным положениям, а оставляют в значительной степени на усмотрение судебной власти контроль за пределами, установленными законодателем и – на основании закона – исполнительной властью. Пример ГКПЧ ЕС является довольно уникальным и специфическим, что во многом объясняется дискуссией в Конвенте и сложными отношениями с ЕКПЧ.

### 2.3. Проектирование Защиты и Отступления

Принцип недопустимости отступлений является важнейшим принципом и гласит, что существует ядро основных прав, которые не могут быть нарушены или ограничены даже в чрезвычайных ситуациях.<sup>50</sup> В конституции должно быть четко указано (в идеале – прописаны фактические ограничения, а не только ссылки на количество статутов), какие права могут быть приостановлены, а какие не допускают отступлений и должны соблюдаться при любых обстоятельствах.<sup>51</sup>

Государства разработали различные стратегии защиты прав человека во время чрезвычайного положения в своих конституциях.

- a. Некоторые доходят до того, что Марокко в статье 59.3 своей конституции говорит следующее: *Основные права и свободы, предусмотренные настоящей конституцией, остаются гарантированными.*
- b. В других случаях права, не подлежащие отступлению, перечисляются в явном виде, прописывая их или называя, как, например, Португалия в ст. 19.6: *Ни при каких обстоятельствах объявление осадного или чрезвычай-*

---

<sup>50</sup> Kälin/Künzli, 2013, p. 160; Sivakumaran, 2018, p. 511; Scheinin, 2018, p. 583 в отношении терроризма.

<sup>51</sup> Венецианская комиссия, 2006, с.13.



ного положения не должно затрагивать права на жизнь, личную неприкосновенность, личную идентичность, гражданскую правоспособность и гражданство, отсутствие обратной силы уголовного закона, право обвиняемого на защиту или свободу совести и религии.

- с. Другие просто перечисляют номера положений в пункте, как, например, Грузия, или Россия в статье 56.3, или - довольно пространно – Никарагуа в статье 186: *The President of the Republic may not suspend the rights and guarantees established in articles 23; 24; 25, No. 3; 26, No. 3; 27; 29; 33, nos. 2.1 (final part), 3 and 5; 34, except nos. 2 и 8; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 46; 47; 48; 50; 51; 56; 57; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 64; 65; 67; 68, первая часть; 69; 70; 71; 72; 73; 74; 75; 76; 77; 78; 79; 80; 81; 82; 84; 85; 87; 89; 90 и 91. 52...*
- d. В других конституциях также выделяются индивидуальные права, например, в Таиланде в ст. 30: *Принудительный труд не может быть навязан, кроме как в силу положения закона, принятого с целью предотвращения общественного бедствия, или когда объявлено чрезвычайное или военное положение...*
- e. Афганистан допускает приостановление или ограничение только после одобрения высшими должностными лицами, включая судебные органы, в ст. 145, которая гласит: *Во время чрезвычайного положения президент может, после одобрения председателей Национального собрания, а также председателя Верховного суда, приостановить исполнение следующих положений или наложить на них ограничения:*
  - 1. Пункт второй статьи 27;
  - 2. Статья 36;
  - 3. Пункт второй статьи 37;

---

<sup>52</sup> Аналогично Армении в ст. 76 или Украина в ст. 64.

4. Пункт второй статьи 38.

- f. Некоторые конституции содержат перечислительный список очень немногих основных прав, которые могут быть ограничены. Испания, например, упоминает в ст. 55: *1. Права, признанные в разделах 17 и 18, подразделы 2 и 3, разделах 19 и 20, подраздел 1, пункты а) и d), и подраздел 5; разделах 21 и 28, подраздел 2, и разделе 37, подраздел 2, могут быть приостановлены...*
- g. Другие, напротив, предоставляют перечислительный список основных прав, который может быть ограничен, как бы это ни было прописано. Наряду с Нидерландами в статье 103.2, Бразилия в статье 137 представляет собой такой пример: *Когда осадное положение, введенное в соответствии со ст. 137, I, действует, только следующие меры могут быть приняты против отдельных лиц:*
- I.обязательство оставаться в определенном месте;*
  - II.содержание под стражей в здании, не предназначенном для лиц, обвиняемых или осужденных за общеуголовные преступления;*
  - III.ограничения, касающиеся неприкосновенности корреспонденции, тайны связи, предоставления информации и свободы печати, радиовещания и телевидения, предусмотренные законом;*
  - IV.приостановление свободы собраний;*
  - V.обыск и выемка в своем жилище;*
  - VI.вмешательство в деятельность коммунальных предприятий;*
  - VII. реквизиция имущества.*
- h. Конституция Албании является примером того, как ограничение прав человека зависит от причины чрезвычайного положения. Ст. 175 гласит: *1. Во время военного или чрезвычайного положения права и свободы, предусмотренные в статьях: 15; 18; 19; 20; 21; 24; 25; 29; 30; 31; 32; 34; 39, ч. 1; 41, пп. 1, 2, 3 и 5; 42; 43; 48; 54; 55 не могут*

*быть ограничены. 2. Во время стихийного бедствия права и свободы, предусмотренные ст.ст: 37; 38; 41, ч. 4; 49; 51 могут быть ограничены.*

- i. Наконец, Турция в ст. 15.1 допускает в широком смысле, что все основные права могут быть **полностью** приостановлены, за исключением тех, которые предусмотрены международным правом: *Во время войны, мобилизации или чрезвычайного положения осуществление основных прав и свобод может быть частично или полностью приостановлено или могут быть приняты меры в отступление от гарантий, закрепленных в конституции, в той мере, в какой этого требуют обстоятельства, при условии, что не нарушаются обязательства по международному праву.*

#### 2.4. Отстранен, Приостановлен, Ограничен или Ограничен (Derogated, suspended, limited or restricted)?

Конституции пошли разными путями для защиты основных прав. Как правило, для прекращения прав используются четыре различных термина: Права либо умаляются, либо приостанавливаются, либо ограничиваются. В чем разница в терминологии? Слова “отступление” и “приостановление” взаимозаменяемы<sup>53</sup> и не имеют разницы. Они подразумевают, что от определенного права отказываются на определенное время. Слово ограничение или лимитирование может означать, что право может быть реализовано лишь частично, однако его суть сохраняется. Таким образом, отступление или приостановление само по себе является абсолютным отказом от права на определенный период, в то время как ограничение или лимитирование является меньшей мерой, поскольку сохраняет часть права.

<sup>53</sup> Например, Kaiser, 2020, p. 248ss, отличается от Dyzenhaus, 2012, p. 451ss, который понимает приостановление и отступление как противоположные модели и опирается на интерпретацию положения о приостановлении в конституции США в статье I § 9.

Традиционная и наиболее распространенная в настоящее время концепция<sup>54</sup> заключается в том, чтобы разрешить приостановление действия основных прав в случае чрезвычайного положения, но конституционно закрепить перечень неотступных прав. Минимальный перечень не допускающих отступлений прав в четырех основных договорах по правам человека (ЕКПЧ, МПГПП, RevArabChHR, ACHR) содержит четыре таких (первого поколения) основных права: право на жизнь (статья 6), право быть свободным от пыток и других бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 7), право быть свободным от рабства или подневольного состояния (статья 8) и принцип отсутствия обратной силы уголовных законов (статья 16).<sup>55</sup> Эти четыре неотъемлемых права, составляющие “неустрашимое ядро” прав человека, как минимум, должны быть четко сформулированы и закреплены в конституции.<sup>56</sup> Такие страны, как Турция, как показано в таблице 14.6, которые допускают приостановление или ограничение всех основных прав до тех пор, пока не нарушаются обязательства по международному праву, поэтому обычно предоставляют максимум прав исполнительной власти в ущерб правам, которыми пользуются граждане, что не может быть рекомендовано. Другими не отступающими правами могут быть право против наказания за нарушение договора (ст. 11 МПГПП), свобода мысли, совести и религии (ст. 18 МПГПП), также следует включить основные права, касающиеся *надлежащей правовой процедуры*. К ним относятся минимальные гарантии против произвольного задержания и другие гарантии, защищающие право на справедливое судебное разбирательство; кроме того, должно быть

---

<sup>54</sup> Там же, стр. 252.

<sup>55</sup> Например, статья 15.2 ЕКПЧ.

<sup>56</sup> Поэтому положения о минимальном отступлении не имеют смысла для стран, которые создали собственный каталог прав человека в конституции и определенное положение о его гарантии во время чрезвычайного положения, Kaiser, 2020, p. 250.

разрешено обращение в суд против актов и действий властей, находящихся в чрезвычайном положении.<sup>57</sup> Вышеуказанными правами и гарантиями должны пользоваться все без дискриминации.<sup>58</sup> Многие договоры по правам человека содержат внутреннее обязательства по отчетности страны, ущемляющей права человека в соответствии с договорами, что позволяет осуществлять определенный мониторинг. *Сиракузские принципы* по ограничениям и отступлениям от положений МПГПП<sup>59</sup> представляют собой дополнительное руководство по отступлениям, которое может быть дополнительно принято обычным законодательством, а также включают ссылку на принцип пропорциональности, как описано ниже. Однако ни Сиракузские принципы, ни три основных договора по правам человека не запрещают отступление от свободы слова и информации, которые сегодня часто находятся под угрозой из-за терроризма или других проблем безопасности, провоцирующих введение чрезвычайного положения. Запрет цензуры и недопущение отступления от свободы слова<sup>60</sup> и информации, однако, рассматриваются автором как неотъемлемый элемент функционирующей демократии, поддерживающей верховенство закона, и поэтому должны быть гарантированы и поддержаны *expressis verbis* современной конституцией также во время чрезвычайного положения.<sup>61</sup>

Другие страны предпочли использовать ограничения, а не приостановку основных прав, что в целом обеспечивает большую

<sup>57</sup> Также см. Келин/Кюнцли, 2013, с. 161.

<sup>58</sup> Венецианская комиссия, 1995, с. 30сс.

<sup>59</sup> Как установлено Американской ассоциацией Международной комиссии юристов в 1985 году.

<sup>60</sup> В 2015 году Франция отказалась от возможности контролировать прессу и радио, содержащейся в законе, который существовал с 1955 года, Kaiser, 2020, p. 255.

<sup>61</sup> Аналогичная рекомендация дана Венецианской комиссией, 2006, с. 12 со ссылкой на ст. 10 ЕКПЧ и Постановление ЕСПЧ от 7 декабря 1976 года (дело “Хэндисайд против Соединенного Королевства”) п. 41, в котором говорится, что без свободы выражения мнений, плюрализма и широты взглядов не может быть “демократического общества”.

свободу граждан. Германия, в частности, разработала каскадную систему ограничений основных прав, состоящую из трех этапов: (1) Во-первых, ряд положений основных прав может быть ограничен обычными законами, как в рамках чрезвычайного положения, так и вне его. (2) Во-вторых, некоторые основные права содержат прямые ссылки на чрезвычайное положение, когда часть прав может быть ограничена в соответствии с законом, только если это определит парламент. Примером этого является свобода передвижения, ст. 11 п. 2 BL. Тот же уровень эскалации может допускать разрешения, предоставляемые законом, которые иначе не разрешены, например, негласное наблюдение за общением граждан согласно ст. 10 п. 2 BL, опять же только на основании специального закона. Такие чрезвычайные разрешения приводят к ограничению прав, которыми в противном случае пользуются граждане. Третий (3) и наиболее ограничительный интервал – это отмена ограничений, предоставленных для защиты основных прав. Например, подозреваемые могут содержаться под стражей в течение четырех дней вместо одного дня в соответствии со статьей 115с п. 2 Nr. 2 BL. 2 Nr. 2 BL. Чтобы предотвратить злоупотребление ограничениями и полное уничтожение ядра основных прав, Конституция Германии закрепила такие принципы, как неизменность некоторых положений в ст. 79 п. 3 BL и сохранение ядра любых основных прав в ст. 19.2 BL.<sup>62</sup> Хотя использование ограничений вместо приостановления требует более глубокой и детальной разработки конституции, это позволяет применять более поэтапный и, следовательно, ответственный подход в условиях кризиса.

Наконец, некоторые страны, такие как Марокко, в своей конституции 2011 года (ст. 59 п.3) прямо заявили, что основные права и свободы **остаются гарантированными** в условиях чрезвычайного положения. Могут ли такие концепции служить образцом для подражания в будущем, можно будет оценить со временем,

---

<sup>62</sup> Весь параграф об ограничении см. в Kaiser, 2020, с. 126 сс.

если такой принцип выдержит критическую проверку конституционной реальностью. Это может быть сомнительным, поскольку, например, пандемия короны продемонстрировала, что для стран важно иметь возможность ограничивать некоторые фундаментальные права, например, свободу передвижения граждан. Запреты на эти важные фундаментальные права должны быть закреплены в конституции, а не в обычном законодательстве.

## 2.5. Принцип Пропорциональности

Принцип пропорциональности – второй важнейший принцип, регулирующий поведение государств во время чрезвычайных ситуаций. Этот принцип был принят большинством юрисдикций и многократно применялся в национальном и международном прецедентном праве, но он также выражен в статье 4 МПГПП, где говорится, что меры, умаляющие основные права, допустимы во время чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации, но только в той мере, в какой это строго требуется остротой ситуации.<sup>63</sup> Чрезвычайные меры и отступления от основных прав и свобод должны быть пропорциональны опасности.<sup>64</sup> Другими словами, отступления/приостановления и ограничения допустимы только в случае войны или чрезвычайного положения, угрожающего существованию нации; кроме того, такие меры должны быть соразмерны чрезвычайной ситуации. Принцип пропорциональности также включает в себя то, что АКПЧ назвала “принципом временности”, который означает, что чрезвычайные меры не могут действовать дольше, чем сама чрезвычайная ситуация, а ограничения, которые они влекут за собой, должны применяться только в тех географических районах, которые затронуты чрезвычайной ситуацией. С другой стороны, многие меры, принимаемые в условиях чрезвычайного положения, не предполагают отступления от стандартов в области прав человека.<sup>65</sup> Это осо-

<sup>63</sup> Ramraj/Guruswamy, 2013, p. 93.

<sup>64</sup> Венецианская комиссия, 2006, с. 5.

<sup>65</sup> Венецианская комиссия, 2011, с. 3.

бенно верно в отношении мер на более низком уровне чрезвычайного положения. Довольно часто такие меры регулируют только поведение людей или использование их собственности, или же исполнительная власть может быть уполномочена принимать меры, которые в противном случае потребовали бы законодательных действий.<sup>66</sup>

### 3. Путь Грузии

В своей конституции 1921 года Грузия разрешила отказ от почти всех прав человека, включая свободу слова.<sup>67</sup> Современная Грузия изначально закрепила отступления от прав человека в условиях чрезвычайного положения в ст. 46 Конституции 1995 года.<sup>68</sup> Президент был уполномочен издавать указы, которые в соответствии со ст. 19 I с. закона о нормативных актах приобретали силу органических законов. Парламент должен был утвердить чрезвычайное положение в течение 48 часов. Положение о чрезвычайном положении было существенно расширено и после конституционной реформы 2017 года было закреплено в ст. 71.<sup>69</sup> Отступления от прав человека перечислены в ст. 71.4. Таким образом, конституция Грузии содержит “негативный” каталог, в котором перечислены только те нормы, которые могут быть ущемлены, автоматически исключая те нормы, которые не перечислены, что заслуживает одобрения и, конечно, гораздо лучше, чем если бы было наоборот. Сами основные права не прописаны, а просто перечислены по номерам, что можно было бы улучшить для прозрачности и лучшего понимания. В то время как ст. 71.3 позволяет президенту издавать указы только по рекомендации премьер-министра, ст. 71.4 не упоминает об этом,

---

<sup>66</sup> Венецианская комиссия, 2006, с. 9.

<sup>67</sup> См. Gaul, 2001, p. 198.

<sup>68</sup> См. краткое изложение автором генезиса статьи 46 в разделе 3.3.3.2.6.2 в Gaul, 2001, p. 198 и далее.

<sup>69</sup> О реформах 2010 года см. комментарии автора в Babeck, 2012, p. 61 и далее.



что позволяет президенту издавать указы и без согласия премьер-министра. Статья 71.4 проводит различие между ограничениями в предложении 1 и приостановлениями в предложении 2. Ограничения вступают в силу немедленно с принятием указа и должны быть одобрены парламентом. Однако приостановления, введенные президентом на основании указа, вступают в силу только после одобрения парламентом. Каталог основных прав, подлежащих ограничению и приостановлению, широк, но не чрезмерен, даже если ограничения по ст. 13.2, 13.3, 14.2 и 17.1 и 17.3 ГК могут быть пересмотрены для поддержания верховенства закона даже в условиях чрезвычайного положения. Что касается других положений, то, в конечном счете, именно Грузия должна вести такие обсуждения и найти соответствующий баланс.<sup>70</sup>

Однако, в отличие от других стран, Грузия не установила в своей конституции крайний срок, когда чрезвычайное положение заканчивается или должно быть продлено, если того пожелает парламент. Венгрия (ст. 50), например, допускает, чтобы чрезвычайные меры, введенные декретом, действовали только в течение 30 дней, как и Чешская Республика (ст. 6). Кипр, в свою очередь, в ст. 183 своей конституции допускает прекращение чрезвычайного положения через два месяца. Польша в ст. 230 Конституции Польши выбрала 90 дней. Турция (в ст. 119 Конституции), Литва или Франция вместо этого выбрали шестимесячный срок. Рекомендуются, чтобы Грузия также рассмотрела возможность введения ограниченного срока действия чрезвычайного положения, подлежащего продлению парламентом Грузии.

#### 4. Заключение

Чрезвычайные полномочия поднимают фундаментальные вопросы права и конституционализма. Привлечение чрезвычайных полномочий ставит под вопрос нормативные принципы, регу-

---

<sup>70</sup> См. Gaul, 2002, at 109, сколько факторов играет роль в решении, которое каждая страна должна найти для себя сама.

лирующие поведение государства, а также обычные отношения между ветвями власти; поскольку власть концентрируется в одной ветви власти, как правило, исполнительной, роль других ветвей власти в проверке полномочий оказывается под угрозой. Более того, применение чрезвычайных полномочий ставит под вопрос роль самого закона в ограничении государственной власти.<sup>71</sup> Концентрация власти в определенной ветви или агентстве правительства является важным тестом на глубину приверженности общества цели ограничения государственной власти с помощью закона; но это также приглашает к более тщательному изучению неформальных, социальных, политических механизмов, которые могут дополнять или конкурировать с формальными конституционными механизмами в ограничении власти во время чрезвычайных ситуаций. <sup>72</sup>Законодателям рекомендуется обратить особое внимание на хорошо продуманное и сбалансированное временное приостановление или ограничение основных прав, особенно в свете предстоящих проблем, вызванных изменением климата. Хорошее функционирование Конституции Грузии очень близко сердцу автора, и поэтому рекомендация для Грузии заключается в том, чтобы рассмотреть вопрос об ограничении срока действия чрезвычайного положения при условии его продления парламентом Грузии.

---

<sup>71</sup> Ramraj/Guruswamy, 2013, p. 95.

<sup>72</sup> Там же.