



Страсбург, 4 апреля 2011 года

Исследование № 512 / 2009

CDL-AD(2011)003rev  
Or. Engl.

**ЕВРОПЕЙСКАЯ КОМИССИЯ ЗА ДЕМОКРАТИЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО**  
**(ВЕНЕЦИАНСКАЯ КОМИССИЯ)**

**ДОКЛАД**

**О ВЕРХОВЕНСТВЕ ПРАВА**

**Утвержденный Венецианской комиссией  
на 86-й пленарной сессии  
(Венеция, 25-26 марта 2011 года)**

**на основе комментариев**

**Питера ван ДЭЙКА (члена Комиссии, Нидерланды)  
Греты ХАЛЛЕР (члена Комиссии, Швейцария)  
Джеффри ДЖОУЭЛА (члена Комиссии, Соединенное Королевство)  
Каарло ТУОРИ (члена Комиссии, Финляндия)**

## Содержание

I.	Введение .....	3
II.	Историческое происхождение понятий "верховенство права" - Rule of law, Etat de droit и Rechtsstaat.....	3
III.	Верховенство права в позитивном праве.....	5
IV.	В поисках определения .....	10
V.	Новые вызовы.....	16
VI.	Вывод .....	16
	Приложение: Контрольный список вопросов для оценки состояния верховенства права в отдельных государствах.....	18

## I. Введение

1. Концепция "верховенства права", наряду с демократией и правами человека<sup>1</sup>, является одним из трех столпов Совета Европы и закреплена в преамбуле к Европейской конвенции о правах человека.

2. Эта концепция воплощена также в целом ряде международных инструментов в области прав человека и в других нормативных документах.

3. Настоящее исследование основано на Резолюции 1594 (2007) Парламентской Ассамблеи Совета Европы о принципе верховенства права (см., в частности, пункт 6.2, в котором идет речь о Венецианской комиссии). Задача исследования состоит в том, чтобы дать общее определение принципа "верховенство права", которое может помочь международным организациям, а также национальным и международным судам при толковании и применении этой основополагающей ценности. Исходя из этого, сам характер такого определения должен быть таким, чтобы это обеспечивало его практическое применение.

4. Несмотря на то, что терминология является схожей, важно с самого начала отметить, что понятие "верховенство права" ("Rule of law") не всегда является синонимом понятий "Rechtsstaat", "Estado de Direito" или "Etat de droit" (перевод с французского – "правовое государство" или используемый в Совете Европы термин: "верховенство права"). Не является это и синонимом такого понятия на русском языке, как "верховенство закона", или термина "правовое государство"<sup>2</sup>.

5. Цель данного доклада - примирить вышеизложенные понятия и, прежде всего, такие понятия, как "верховенство права" – "Rule of Law", "Rechtsstaat" и "Etat de droit"<sup>3</sup>.

6. Настоящий доклад был утвержден Венецианской комиссией на ее 86-й пленарной сессии (25-26 марта 2011 года).

## II. Историческое происхождение понятий "верховенство права" - Rule of law, Etat de droit и Rechtsstaat

7. Содержание понятия "верховенство права" обсуждалось на протяжении многих веков, уходя своими корнями в античность. Платон сказал, что "Я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью. Там же, где закон – владыка над правителями, а они – его рабы, я усматриваю спасение государства и все блага, какие только могут даровать государствам боги"<sup>4</sup>. Современная концепция верховенства права освещалась, в частности, британским юристом, специалистом по конституционному праву, профессором А. В. Дайси в его труде "*Введение в изучение английской Конституции*" (A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*) (1885)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Устав Совета Европы (СЕД № 001), в частности, преамбула и статья 3.

<sup>2</sup> Hiroshi Oda, "The Emergence of Pravovoe Gosudarstvo (Rechtsstaat) in Russia" 25 Review of Central and East European Law 1999 No. 3, 373.

<sup>3</sup> В отношении различий в происхождении и концепции между понятиями Rechtsstaat, Rule of Law и Etat de droit см. M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (2010), chap.11.

<sup>4</sup> Платон, *Законы*, Книга IV, 715 d; *Complete Works*, Cooper, Jonh et al., Hackett Publishing Company Inc., 1997, Indiana, p. 1402. Что касается происхождения концепции "верховенства права" в древнем мире, см. M. Loughlin, *Swords and Scales* (2000), chap. 5; B. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics and Theory* (2004), chap. 1.

<sup>5</sup> 10-е издание 1959 года с введением - E.C.S.Wade, London, MacMillan, chap.4.

8. Дайси считал, что существуют два принципа, которые неотъемлемо связаны с неписаной Конституцией Великобритании. Первый и главный принцип – это "суверенитет или верховенство парламента" (тем самым подчеркивается понятие представительного правления как основной черты демократического государства). Второй принцип, который переплетается с первым (но в условиях Соединенного Королевства не может быть выше него), - это принцип верховенства права.

9. Исходя из этого, Дайси рассматривал верховенство права как ограничение (а не как полный контроль) теоретически неограниченной власти (в условиях Великобритании) государства в отношении индивидуума. По его мнению, принцип верховенства права является результатом существующего прецедентного (на основании судебных постановлений) права, складывающегося на протяжении многих лет (и поэтому необязательно кодифицированного в какой-либо письменной Конституции). По мнению Дайси, верховенство права имеет три основных черты: во-первых, никто не может быть наказан иначе, чем за нарушение закона, и при этом сам закон должен быть определенным и ориентированным на будущее, для того чтобы направлять действия и сделки людей и не разрешать наказывать их путем применения закона с обратным действием. Он полагал, что власть, основанная на свободе усмотрения, будет приводить к произволу. Во-вторых, ни один человек не должен быть выше закона и все классы общества должны подчиняться закону в равной степени. В-третьих, верховенство права должно проистекать не из какой-либо писаной Конституции, а из "прецедентного (на основании судебных постановлений) права".

10. Третья черта верховенства права, предложенная Дайси, не может быть принята в современном обществе, и притом что первая черта (законность и определенность) и вторая черта (равенство) являются ключевыми для этой концепции, взгляды Дайси на правовую определенность не были приняты всеми, учитывая, что, по его мнению, любая власть, имеющая свободу усмотрения, неизбежно приводила бы к "произвольному" осуществлению власти<sup>6</sup>.

11. В первой половине XX века концепция "верховенства права" стала активно оспариваться, поскольку возражение Дайси против власти, обладающей широким полем усмотрения, подавалось архитекторами "государства всеобщего благоденствия" как концепция, связанная с его возражениями против государственного вмешательства вообще. Свобода усмотрения рассматривалась как необходимое условие для принятия решений, требуемых во все более сложном обществе.

12. Начиная с середины XX века, концепция "верховенства права" примирилась со свободой усмотрения. Эта свобода усмотрения была принята, но при этом она должна ограничиваться буквой и целью закона, предоставляющего властные полномочия, а также другими аспектами верховенства права, такими, например, как право каждого иметь доступ к справедливому рассмотрению спора беспристрастным и независимым судом, а также с учетом того, что закон должен применяться последовательно, на равной основе и таким образом, чтобы это не было произвольным или лишенным разумности.

13. Концепция "правового государства" ("*Rechtsstaat*") по определению намного больше сосредоточена на природе государства. В то время как верховенство права зародилось в залах суда, понятие "правового государства" ("*Rechtsstaat*") зародилось благодаря письменным конституциям<sup>7</sup>. Основным теоретиком этого понятия был Роберт фон Мольте (Robert von Mohl) (1831). Сама концепция "правового государства" ("*Rechtsstaat*") была

<sup>6</sup> По этому вопросу см. Jeffrey Jowell, "The Rule of Law and its Underlying Values", в издании "The Changing Constitution", edited by Jeffrey Jowell and Dawn Oliver, 7<sup>th</sup> edition, Oxford University Press 2011; Kaarlo Tuori, The Rule of Law and the Rechtsstaat, в "Ratio and Voluntas", Ashgate 2011, chap. 7, pp. 8 ff; Erik O. Wennerström, The Rule of Law and the European Union, Uppsala: Iustus Förlag 2007, pp. 61 ff.

<sup>7</sup> Wennerström, p. 50.

определена в противопоставление абсолютистскому государству, в котором исполнительная власть имеет неограниченные полномочия. Защита от абсолютизма должна была быть обеспечена благодаря законодательной власти, а не только благодаря судам.

14. Французский подход сформировался на основе Декларации прав человека и гражданина (1789). В концепции "правового государства" ("*Etat de droit*") (за которой последовала позитивистская концепция "юридического государства" ("*Etat legal*") меньший упор делается на природе государства, поскольку государство рассматривается как гарант основных прав, воплощенных в Конституции, в противовес законодателю. Эта концепция "правового государства" ("*Etat de droit*"), разработанная в начале XX века Карре де Мальбергом (Carré de Malberg), подразумевает проведение (судебного) конституционного надзора за обычным законодательством<sup>8</sup>.

15. На практике принцип "верховенства права" толковался по-разному, однако необходимо избегать чисто формалистского подхода, на основании которого любые действия государственного служащего, которые разрешены законом, объявляются соответствующими требованиям вышеуказанного принципа. В недавнем прошлом суть верховенства права в некоторых странах была искажена до того, что она стала равнозначной таким понятиям, как "верховенство закона" ("rule by law") или "управление на основе законодательства" ("rule by the law"), или даже "закон на основе норм" ("law by rules"). Такие формы толкования позволяли оправдать авторитарные действия правительств, и они не отражают истинного значения понятия "верховенства права" на сегодняшний день<sup>9</sup>.

16. Верховенство права само по себе является неотъемлемой частью любого демократического общества, и само понятие верховенства права требует, чтобы все официальные лица относились к любому человеку с уважением его достоинства, соблюдая принцип равенства, рационально и на основе права, а также чтобы у каждого была возможность обжаловать любые решения в независимых и беспристрастных судах, если эти решения являются незаконными. Само судебное разбирательство должно быть справедливым. Таким образом, верховенство права ориентировано на осуществление власти и отношения между отдельным человеком и государством. Однако необходимо признать, что в последние годы, в связи с глобализацией и общей дерегуляризацией, существуют международные и транснациональные публичные субъекты отношений, а также гибридные и частные участники отношений, оказывающие значительное влияние на государственные органы и отдельных граждан. Ниже, в части V ("Новые вызовы") данного доклада, кратко рассматривается вопрос о том, следует ли расширять верховенство права таким образом, чтобы ограничить деятельность подобных органов, а также традиционных органов власти на государственном уровне.

### **III. Верховенство права в позитивном праве**

#### *a. Международное право*

17. Концепцию "верховенства права" можно обнаружить как на национальном, так и на международном уровне<sup>10</sup>. Наиболее важными документами в этом отношении являются международные договоры. В этом разделе будут сначала рассмотрены тексты,

<sup>8</sup> См., в частности, Wennerström, pp. 73 ff.

<sup>9</sup> См. труд в трех томах на тему верховенства права, автор – Сергей Головатый (Serhiy Holovaty), *The Rule of Law*. Kyiv, Phoenix Publishing House (2006) LXIV,1747 (Vol. 1: The Rule of Law: From Idea to Doctrine; Vol. 2: The Rule of Law: From Doctrine to Principle; Vol. 3: The Rule of Law: The Ukrainian Experience).

<sup>10</sup> См. R. McCorquodale, ed. *The Rule of Law in International and Comparative Context*, British Inst of International and Comparative Law (2010).

подготовленные рядом международных и наднациональных организаций (а), а затем будут приведены примеры из национального права (b).

18. Что касается *Совета Европы*, наиболее важные ссылки на верховенство права можно найти в:

- преамбуле к Уставу Совета Европы, в которой подчеркивается "приверженность" государств-членов "духовным и моральным ценностям, которые являются общим достоянием их народов и подлинным источником принципов свободы личности, политической свободы и верховенства права, лежащих в основе любой истинной демократии";
- преамбуле к Европейской конвенции о защите прав человека, где заявляется о том, что "правительства европейских государств... движимы единым стремлением и имеющие общее наследие политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права".

19. В обоих случаях выражение "верховенство права" переводится на французский язык именно выражением "верховенство права" ("prééminence du droit"), а не как "правовое государство" ("Etat de droit").

20. Однако в этих документах не дается определение понятию "верховенство права" ("rule of law" или "Rechtsstaat", или "Etat de droit").

21. Например, при рассмотрении вопроса о том, что "укрепление верховенства права является частью основной миссии Совета Европы", Комитет министров *Совета Европы*, ссылаясь на ряд документов, относящихся к данной концепции, отметил, что "изложенные выше обзоры недостаточны для того, чтобы составить список ключевых требований в области верховенства права, принятых Советом Европы, не говоря уже об определении этого понятия"<sup>11</sup>. Исходя из этого, в документе Комитета министров делается вывод о том, что "Совет Европы работает прагматично как на повседневной основе для продвижения и укрепления верховенства права в своих государствах-членах, так и в отношениях между ними". При этом такой прагматичный и целевой подход, как представляется, сейчас уступает дорогу консенсусу в отношении того, чтобы включить в понятие "верховенство права" конкретные ссылки на такие требования, как запрет на произвол, право на получение компенсации на основе решений, принятых независимыми судьями в открытых судебных процессах, правовую определенность и равенство всех перед законом<sup>12</sup>.

22. Содержание данного принципа не проясняет и Резолюция 1594 (2007), озаглавленная "Принцип верховенства права", принятая Парламентской Ассамблеей Совета Европы 23 ноября 2007 года.

23. Больше информации на эту тему можно найти в прецедентной практике Европейского суда по правам человека. С позиции суда, верховенство права – это такая концепция, которая заложена в любой статье Конвенции (и при этом Суд использует не только термины "верховенство права" ("prééminence du droit"), но и "правовое государство" (по-французски "Etat de droit")<sup>13</sup>. Прецедентная практика Европейского суда по правам человека, как она была резюмирована в уже упомянутом докладе, подготовленном в рамках шведского председательствования в Комитете министров (СМ(2008)170), применяет понятие "верховенство права" к ряду вопросов, исходя из достаточно формального подхода. Это прослеживается как при рассмотрении принципа

<sup>11</sup> См. "Совет Европы и верховенство права – Обзор - СМ(2008)170, 21 ноября 2008 года, пункт 22.

<sup>12</sup> Там же, пункты 29-30. См. также G. Palombella and N. Walker, *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, 2009.

<sup>13</sup> Дело "*Стеффорд (Stafford) против Соединенного Королевства*", ЕСПЧ, 28 мая 2008 года, пункт 63.

законности в узком смысле этого слова, так и при развитии разных аспектов (в том числе процессуальных) должного судебного разбирательства и юридической определенности, а также при применении на практике принципа разделения властей, в том числе и судебных, и равенство перед законом<sup>14</sup>. По делу "*Голдер (Golder) против Соединенного Королевства*" (1975) 1 ЕСПЧ 524 Суд заявил (в пункте 34), что "вряд ли можно представить себе верховенство права при отсутствии возможности доступа к судам". См. также "*Филис (Philis) против Греции*" (1991), Серия А № 209, пункт 59. Ссылаясь на принцип верховенства права в качестве неотъемлемой части всех статей Конвенции, Суд придает ему и субстантивный характер<sup>15</sup>.

24. В *Организации Объединенных Наций* понятие верховенства права, которое появилось в преамбуле ко Всеобщей декларации прав человека (1948), используется для продвижения ряда принципов, которые различаются в зависимости от конкретных условий. При сравнении двух докладов, подготовленных через небольшой промежуток времени (в 2002 и в 2004 годах), обнаруживается разница в подходах. В первом докладе упор делается, например, на такие аспекты, как независимая судебная власть, независимые правозащитные институты, определяются и ограничиваются полномочия правительств, а также говорится о справедливых открытых выборах. Во втором докладе излагается более классическая позиция, и подчеркиваются такие аспекты, как качество законодательства, верховенство права, равенство перед законом, подотчетность закону, правовая определенность, процедурная и юридическая транспарентность, необходимость избегать произвола и обеспечивать разделение властей и т.д.<sup>16</sup> В Резолюции Комиссии ООН по правам человека, принятой в 2005 году, подчеркиваются такие аспекты, как разделение властей, верховенство права и равная защита на основании закона<sup>17</sup>.

25. Общее определение понятия "верховенство права" было дано бывшим Генеральным секретарем ООН Кофи Аннаном. В своем докладе за 2004 год он заявил: "Верховенство права" [...] относится к принципу управления, в котором все люди, учреждения и органы, публичные и частные, в том числе и само государство, подотчетны на основании законов, которые принимаются публично, исполняются на равной основе и рассматриваются в рамках независимого судопроизводства, и которые соответствуют международным нормам и стандартам в сфере прав человека. Это требует также мер по обеспечению соблюдения принципа верховенства права, равенства перед законом, подотчетности по отношению к закону, справедливости при применении закона, разделения властей, участия в принятии решений, правовой определенности, избежания произвола и обеспечения процедурной и юридической транспарентности"<sup>18</sup>.

26. Среди региональных организаций, помимо Совета Европы, следует упомянуть, в частности, ОБСЕ. Основные аспекты доктрины этой Организации в данной области были обобщены в документе об *Обязательствах ОБСЕ в отношении верховенства права*<sup>19</sup>. В соответствии с Копенгагенским документом 1990 года (2), "правовое государство означает не просто формальную законность, которая обеспечивает регулярность и

<sup>14</sup> Что касается выражения "в соответствии с законом", то Суд, как правило, требует только то, чтобы государственная власть была основана на юридических нормах. Однако Суд начал подчеркивать связь между демократией и верховенством права, требуя, чтобы в нормах были закреплены рамки определенных дискреционных полномочий государств по ограничению прав человека". См., в том что касается слежки, дело "*Йордачи (Iordachi) и другие против Молдовы*", 10 февраля 2009 года.

<sup>15</sup> См. обширный список дел в Суде, в которых имеется ссылка на верховенство права, подготовленный С. Головатым (см. выше, примечание 9), стр. 1169-1214. См. также его резюме этих дел на стр. 1215-1220.

<sup>16</sup> Wennerström, pp. 23ff ; см. документы Секретариата ООН A/57/275 и S/2004/616.

<sup>17</sup> HR Res. 2005/32 *Democracy and the rule of law*.

<sup>18</sup> Верховенство закона и правосудие на переходном этапе в обществах в состоянии конфликта и постконфликтных обществах. Доклад генерального секретаря, Дос. S/2004/616, 23 августа 2004 года, см. пункт 6.

<sup>19</sup> [http://www.osce.org/documents/odhr/2009/01/36062\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/odhr/2009/01/36062_en.pdf).

последовательность в достижении и поддержании демократического порядка, но и справедливость, основанную на признании и полном принятии высшей ценности человеческой личности и гарантируемую учреждениями, образующими структуры, обеспечивающие ее наиболее полное выражение". "Демократия является неотъемлемым элементом правового государства "(3). Документ об обязательствах ОБСЕ в отношении верховенства права приводит ряд обязательств государств-участников, касающихся независимости судебной системы и юристов-практиков, беспристрастной деятельности публичной судебной службы, а также отправления правосудия. Решение Совета министров № 7/08, принятое в Хельсинки, о "*Дальнейшем укреплении верховенства права в регионе ОБСЕ*" призывает государства-участники укреплять верховенство права, в том числе в следующих областях: независимость правосудия, эффективное отправление правосудия, право на справедливое судебное разбирательство, доступ к суду, подотчетность государственных учреждений и должностных лиц, уважение верховенства права в органах государственного управления, право на юридическую помощь и соблюдение прав человека у лиц, находящихся в заключении; предупреждение пыток и иного жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания; просветительская работа и образование в сфере верховенства права для юридических профессий и общественности; предоставление эффективных средств правовой защиты и доступа к ним; соблюдение стандартов и практики в области верховенства права в системе уголовного правосудия, а также борьба с коррупцией.

27. Попыталась дать определение и ОЭСР, которая считает, что "верховенство права состоит из следующих отдельных основополагающих аспектов, которые должны продвигаться совместно: [1] Наличие основных норм и ценностей, которые разделяются населением и которым население согласилось подчиниться (конституционализм). Это может применяться в одинаковой степени, как к неписаной, так и к писаной Конституции. [2] Закон должен регулировать деятельность правительства. [3] Закон толкуется независимой и беспристрастной судебной системой. [4] Те, кто исполняет законодательство, действуют последовательно, избегая несправедливой дискриминации. [5] Закон является транспарентным и доступным для всех, прежде всего для уязвимых людей, более всего нуждающихся в его защите. [6] Исполнение закона является эффективным и своевременным. [7] Закон защищает права, прежде всего, права человека. [8] Закон может быть изменен через установленный процесс, который в свою очередь является транспарентным, подотчетным и демократичным"<sup>20</sup>.

28. В *Европейском Союзе* концепция "верховенства права" воплощена не только в преамбуле к договору о Европейском Союзе (ДЕС), но и в его статье 2, согласно которой "Союз основан на таких ценностях как уважение человеческого достоинства, свобода, демократия, равенство, правовое государство и соблюдение прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам". Эта же концепция приводится в качестве основы деятельности ЕС на местном уровне<sup>21</sup>, а также в преамбуле к Хартии основных прав Европейского Союза. Во французском варианте используется термин "*Etat de droit*" ("правовое государство"), в то время как в немецком варианте используется термин "*Rechtsstaatlichkeit*". И в данном случае это понятие не определено. Концепция "верховенства права" была использована в Европейском Союзе для охвата ряда значений, в том числе таких официальных понятий, как верховенство права, но также и для субстантивных понятий, например, соблюдение основных прав и понятий, специфичных для права Европейского Союза, таких как справедливое применение закона, эффективное пользование правами на основании законодательства

<sup>20</sup> Равный доступ к правосудию и верховенству права, Комитет по содействию развитию ОЭСР (DAC). Координация предупреждения конфликтов (2005).

<sup>21</sup> Статья 21 ДЕС.



Европейского Союза, уважение к законным ожиданиям и даже борьба с коррупцией (во внешних сношениях)<sup>22</sup>.

29. Свою поддержку понятию верховенства права часто высказывали и другие международные органы. Например, "Принципы Латимер Хаус" Содружества Наций<sup>23</sup> (2003) требуют, чтобы судебные органы и парламенты выполняли свои соответствующие, при этом чрезвычайно важные, роли в продвижении верховенства права на взаимодополняющей конструктивной основе. Международная комиссия юристов (ICJ) на протяжении ряда лет проводила систематические исследования в области верховенства права и приняла само понятие верховенства права в качестве основополагающего принципа защиты людей от произвольной власти государства и как форму обеспечения защиты человеческого достоинства. Аналогичным образом Международная ассоциация коллегий адвокатов приняла верховенство права в качестве ключевой концепции для всех практикующих членов юридической профессии<sup>24</sup>.

#### *b. Национальное законодательство*

30. В национальном законодательстве термин "*Rechtsstaat*" ("правовое государство") фигурирует в ряде положений Основного закона Германии, в частности, в том, что касается конституционного порядка в землях Германии и Европейского Союза<sup>25</sup>. Кроме того, в Германии получило распространение субстантивное толкование термина "*Rechtsstaat*", как в доктрине конституционного права, так и в практике Конституционного суда<sup>26</sup>.

31. В Соединенном Королевстве понятие "*rule of law*" ("верховенство права") является важным конституционным принципом, признанным в качестве ограничения в отношении действий правительства и осуществления властных полномочий. Это понятие применяется судами, а в Законе о конституционной реформе 2005 года конкретно упоминается понятие "верховенство закона", поскольку здесь заявлено, что "Данный Закон не влияет отрицательно на – (а) существующий конституционный принцип верховенства права, или – (b) существующую конституционную роль лорда-канцлера в отношении данного принципа".

32. Понятие верховенства права (или правового государства) признано в качестве основы государственного устройства в ряде Конституций бывших социалистических стран Центральной и Восточной Европы (в Албании, Армении, Белорусии, Боснии и Герцеговине, "бывшей Югославской Республике Македония", Венгрии, Грузии, Молдове, Сербии, Словакии, Словении, Румынии, Украине, Хорватии, Черногории, Чешской Республике, Эстонии); ссылка на этот принцип встречается реже в старых демократиях (в Андорре, Германии, Испании, Мальте, Норвегии, Португалии, Турции, Финляндии, Швейцарии, Швеции). В основном его упоминание можно увидеть в преамбулах или в иных общих положениях. В Испании предусмотрены более конкретные положения, согласно которым "суды контролируют власть в процессе принятия нормативных актов и смотрят за тем, чтобы органы управления руководствовались в своих действиях принципом верховенства права; суды, так же как и прокуратура подчиняются принципу верховенства права"<sup>27</sup>. В Швейцарии "деятельность государства основывается на верховенстве права и ограничивается им"<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Wennerström, см., в частности, таблицы на стр. 160, 218-219, 289-290 и 302.

<sup>23</sup> Commonwealth of Nations.

<sup>24</sup> F. Neate (ed). *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*, IBA; LexisNexis (2009).

<sup>25</sup> Статьи 28 и 23.

<sup>26</sup> Kaarlo Tuori, *The Rechtsstaat*, p. 12.

<sup>27</sup> Статьи 106, 117 и 124 Конституции.

<sup>28</sup> Статья 5.1 Конституции ("Le droit est la base et la limite de l'autorité de l'Etat" / « Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht »).

33. Однако зачастую понятие "верховенство права" трудно найти в бывших социалистических странах, которые имели опыт жизни в условиях "социалистической законности". Классический марксистский подход основывается на идее отмирания государства и, следовательно, законов, от него исходящих. Хорошо известно, что на самом деле практика в рамках советской системы привела к гипертрофированному развитию самого государства. В советской конституции 1936 года (статья 113), например, говорится о том, что "Высший надзор за точным исполнением законов всеми Народными Комиссариатами и подведомственными им учреждениями, равно как отдельными должностными лицами, а также гражданами СССР возлагается на Прокурора СССР". Здесь нужно обратить внимание, помимо особой роли генеральной прокуратуры, на слова "за точным исполнением законов". В данном случае речь не идет об общей концепции "верховенства права", а о намного более узком понятии точного исполнения законов, на основе весьма позитивистского подхода. Это исключало возможность выхода за пределы первого этапа определения верховенства права – "верховенство закона" ("rule by law") или "управление на основе законодательства" ("rule by the law")<sup>29</sup>. Данная концепция может по-прежнему применяться на практике и препятствовать развитию более полного определения понятия верховенства права; право воспринимается скорее как инструмент власти, чем как ценность, которую необходимо уважать. Иными словами, особенно это касается новых демократий, такие ценности, как верховенство права, по-прежнему должны "закрепиться", то есть стать частью повседневной практики<sup>30</sup> или, по выражению Валерия Зорькина, войти в "правовое сознание"<sup>31</sup>.

#### IV. В поисках определения

34. Различия в значениях, которые придаются понятию "верховенство права" – а также "правовое государство" – могут поставить под сомнение полезность такого определения в рамках фундаментальной концепции публичного права<sup>32</sup>. Однако эту концепцию необходимо понять и дать ей определение, так как она появляется во многих юридических документах и рассматривается как основополагающий составляющий элемент любого демократического общества.

35. Если посмотреть на правовые инструменты, как национальные, так и международные, а также на работы ученых, судей и иных специалистов, то представляется, что ныне уже существует определенный консенсус в отношении основного значения понятия "верховенство права" и содержащихся в нем аспектов.

36. Может быть, следующее определение, которое дал Том Бингхем<sup>33</sup>, наиболее подходящим образом охватывает главные аспекты понятия "верховенство права".

<sup>29</sup> См. анализ С. Головатова (выше, примечание 9), стр. 1655-65.

<sup>30</sup> О закреплении понятия верховенства права см. Kaarlo Tuori, *The "Rechtsstaat" in the Conceptual Field - Adversaries, Allies and Neutrals, Associations* Vol. 6 (2002) Number 2, pp. 201-214, 212.

<sup>31</sup> В. Д. Зоркин, "Верховенство права и правовое сознание", в Francis Neate (ed.) *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe (2009)* pp. 43-54.

<sup>32</sup> Такой точки зрения придерживается, например, Мартин Лафлин, как это отражено в документе CDL-DEM(2009)006 (Верховенство права в европейской судебной практике), стр. 3.

<sup>33</sup> Лорд Томас Бингхэм, первый в истории Великобритании судья, которому удалось занять три наиболее важных поста в судебной системе, включая должность Лорда – Главного судьи (глава судебной системы Англии и Уэльса). Лорд Бингхэм являлся Президентом и Председателем Британского института международного и сравнительного права (прим. Секретариата)

"все лица и власти в государстве, будь то публичные, так и частные, должны быть связаны и иметь право пользоваться законами, публично принятыми, относящимися (в целом) к будущему и публично исполняемыми в судах"<sup>34</sup>.

37. Это короткое определение, которое распространяется как на публичные, так и частные органы, дополняется 8 "составляющими" верховенства права. Они включают следующее: (1) доступ к закону (положения которого должны быть понятными, ясными и предсказуемыми); (2) вопросы юридических прав должны, как правило, решаться на основании закона, а не по усмотрению; (3) равенство перед законом; (4) власть должна осуществляться в соответствии с законом, справедливо и разумно; (5) права человека должны быть защищены; (6) должны быть предоставлены средства для урегулирования споров без неоправданных издержек или отсрочек; (7) суды должны быть справедливыми; и (8) государство должно соблюдать свои обязательства, как в рамках международного права, так и национального.

38. Высказанное Бингхемом требование о том, что законы должны приниматься публично и вступать в действие в будущем, относится к природе права и принятия законов, что требует, так же как считает и Дэйси, чтобы сами законы были доступными, ясными и ориентировались на перспективу. Однако при расширении этого определения Бингхем уточняет, что, в отличие от Дэйси, он признает, что в нашем сложном обществе необходима определенная свобода усмотрения со стороны государственных должностных лиц, но при этом такое усмотрение не должно быть бесконтрольным и нельзя позволять принимать произвольные или неразумные решения (таким образом, сама природа права наполняется как процедурным, так и субстантивным содержанием).

39. Утверждение Бингхема о том, что все лица и власти должны быть "связаны" законом, относится как к членам публичных и частных организаций, от которых ожидается соблюдение закона, так и к государственным должностным лицам (от которых ожидается как соблюдение закона в том смысле, что они не будут превышать свои полномочия, так и исполнение закона на основе равенства и независимо от статуса объекта исполнения закона или каких-либо угроз или стимулов, предлагаемых лицу, принимающему решения).

40. Мнение Бингхема о том, что каждый имеет право пользоваться законом, подразумевает доступ к правосудию в двух смыслах: во-первых, это доступ к судам для того, чтобы потребовать применения закона, а во-вторых, процедуры в этих судах должны быть справедливыми, а судебные решения выноситься независимо и беспристрастно<sup>35</sup>.

41. Исходя из этого определения, а также из других, основанных на самых разных правовых и государственных системах<sup>36</sup>, представляется, что в настоящее время можно найти *консенсус* в отношении необходимых составляющих верховенства права, а также правового государства, которые будут не только формальными, но и субстантивными или материальными (*materieller Rechtsstaatsbegriff*). Эти аспекты следующие:

- (1) Законность, в том числе прозрачный, подотчетный и демократичный процесс принятия законодательства
- (2) Правовая определенность

<sup>34</sup> Tom Bingham, *The Rule of Law* (2010).

<sup>35</sup> Расширяя это определение, Бингхем также считает, что верховенство права должно обеспечивать соответствующую защиту прав человека (многие из которых, как, например, право на справедливое судебное разбирательство, уже охватываются его определением), и что роль закона требует соблюдения от государства его обязательств, как по международному, так и по национальному праву.

<sup>36</sup> См., например, определение верховенства права, данное В. Д. Зоркиным, которое изложено в его главе, упомянутой выше в примечании 30.

- (3) Запрет на произвол
- (4) Доступ к правосудию, обеспечиваемому независимыми и беспристрастными судами, в том числе судебное рассмотрение административных актов
- (5) Соблюдение прав человека
- (6) Недискриминация и равенство перед законом.

### **(1) Законность (верховенство права)**

42. Дайси подчеркивал важность соблюдения принципа законности. Это, прежде всего, подразумевает, что законы должны исполняться. Это требование относится не только к отдельным лицам, но и к органам власти, как публичным, так и частным. Поскольку законность относится к действиям публичных должностных лиц, это подразумевает также, что они должны получить разрешение на осуществление определенных действий, и что они действуют в рамках тех полномочий, которые им были предоставлены<sup>37</sup>. Законность подразумевает также, что никто не может быть наказан, кроме как за нарушение ранее принятого или определенного закона, и при этом сам закон не может быть нарушен безнаказанно. Таким образом, закон должен, в рамках возможного, исполняться.

43. Термин "закон", как он используется в данной главе, относится, прежде всего, к национальному законодательству и прецедентному праву. Однако развитие международного права, а также то значение, которое придают международные организации соблюдению принципа "верховенства права", приводит к тому, что этот вопрос рассматривается и на международном уровне: принцип *pacta sunt servanda* (договоры должны соблюдаться) является именно тем подходом, в котором международное право выражает принцип законности<sup>38</sup>.

### **(2) Правовая определенность**

44. Принцип правовой определенности является важнейшим для обеспечения доверия к судебной системе и к верховенству права<sup>39</sup>. Это крайне важно и для продуктивных соглашений в сфере бизнеса, которые двигают развитие и экономический прогресс<sup>40</sup>. Для достижения такого доверия государство должно обеспечивать, чтобы тексты законов были *легкодоступными*. Оно также обязано соблюдать и исполнять, *прогнозируемым* и последовательным образом те законы, которые оно применяет. Прогнозируемость означает, что закон должен, когда это возможно, быть объявлен до его исполнения и быть предсказуемым в отношении его последствий: он должен быть сформулирован достаточно точно, для того чтобы позволить индивидууму регулировать свое поведение.

45. Необходимость в определенности не означает, что руководителям не предоставляются полномочия действовать по своему усмотрению, но при этом должны быть механизмы, предотвращающие злоупотребления. В этом контексте закон, который предоставляет поле усмотрения государственному органу власти, должен определять сферу действия такой свободы усмотрения. Верховенству права противоречило бы такое положение, когда юридическая свобода усмотрения исполнительной власти предоставлялась неограниченно. Следовательно, в законе должна быть указана сфера любых таких форм усмотрения и то, как такая свобода усмотрения должна

<sup>37</sup> Jeffrey Jowell, The Rule of Law and its underlying Values, in: Jeffrey Jowell/Dawn Oliver (Eds.), The Changing Constitution (см. выше примечание 6), p. 10.

<sup>38</sup> См. Бингхем, примечание выше, который полагает, что "Верховенство права требует соблюдения государством своих обязательств, как по международному, так и по национальному праву" (глава 10).

<sup>39</sup> Совет Европы и верховенство права – Обзор, СМ(2008)170 21 ноября 2008 года, см. пункт 51.

<sup>40</sup> См. R. McCorquodale, in *The Rule of Law in International and Comparative Context* (above, note 10, chap. 3).

осуществляться, причем указано должно быть это достаточно ясно, для того чтобы отдельный человек был должным образом защищен от произвола<sup>41</sup>.

46. Правовая определенность требует, чтобы юридические нормы были *ясными и точными* и были направлены на то, чтобы обеспечивать постоянную прогнозируемость ситуаций и возникающих юридических взаимоотношений. *Обратное действие норм* также противоречит принципу правовой определенности, по крайней мере, в уголовном праве (статья 7 ЕКПЧ), поскольку субъекты права должны знать последствия своего поведения; но также и в гражданском, и в административном праве, в той степени, в какой это негативно сказывается на правах и юридических интересах. Помимо этого, правовая определенность требует соблюдения принципа *res judicata* (разрешенное судом дело). Окончательные постановления национальных судов не должны ставиться под сомнение<sup>42</sup>. Это требует также исполнения окончательных постановлений суда. В спорах между частными лицами исполнение окончательных постановлений может потребовать помощи со стороны государственных органов, для того чтобы избежать какого-либо риска "*частного правосудия*", которое противоречило бы верховенству права<sup>43</sup>. Системы, в которых можно аннулировать окончательные постановления без убедительных оснований общественного интереса и в течение неопределенного времени, являются несовместимыми с принципом правовой определенности<sup>44</sup>.

47. Помимо этого, парламенту нельзя позволять нарушать основополагающие права путем принятия двусмысленных законов. Это дает важнейшую правовую защиту для людей в отношении государства, его органов и служащих<sup>45</sup>.

48. Правовая определенность означает также, что необходимо в целом соблюдать обязательства или обещания, взятые на себя государством по отношению к отдельным лицам (понятие "законных ожиданий").

49. Однако потребность в определенности не означает, что нормы должны применяться столь негибко, чтобы это делало невозможным учет интересов гуманности и справедливости.

50. Наличие конфликтующих решений Верховного или Конституционного судов может противоречить принципу правовой определенности. Поэтому требуется, чтобы суды, особенно Верховные суды, создавали такие механизмы, которые позволяли бы избегать конфликтов и обеспечивали бы последовательность своей прецедентной практики.

51. Правовая определенность и верховенство права подразумевают, что закон *исполняется* на практике. Это означает также, что существуют реальные условия для его исполнения. Поэтому очень важно давать оценку того, является ли закон выполнимым на практике, причем еще до его принятия, а также в последующем проводить проверки того, может ли он быть исполнен эффективно. Это означает, что при рассмотрении вопроса верховенства права необходимо учитывать проведение *оценки законодательства* до его принятия и после его введения в действие.

### **(3) Запрет на произвол**

52. Хотя свобода усмотрения может быть необходима для осуществления ряда правительственных задач в современных сложных обществах, такие полномочия не

<sup>41</sup> Совет Европы и верховенство права – Обзор, СМ(2008)170 21 ноября 2008 года, см. пункт 46.

<sup>42</sup> Это не исключает, разумеется, право обращаться в международный суд с жалобой, если окончательные постановления национального суда нарушают международное правовое обязательство.

<sup>43</sup> Совет Европы и верховенство права – Обзор, СМ(2008)170 21 ноября 2008 года, см. пункт 49.

<sup>44</sup> Совет Европы и верховенство права – Обзор, СМ(2008)170 21 ноября 2008 года, см. пункт 48.

<sup>45</sup> Совет Европы и верховенство права – Обзор, СМ(2008)170 21 ноября 2008 года, см. пункт 43.

должны осуществляться произвольным образом. Подобное осуществление полномочий может привести к принятию по существу несправедливых, неразумных, нерациональных или подавляющих свободу решений, что было бы несовместимо с понятием верховенства права.

#### **(4) Доступ к правосудию, обеспечиваемому независимыми и беспристрастными судами**

53. Любой человек должен иметь возможность выступать против действий и решений государственных органов, которые противоречат его или ее правам или интересам. Запреты на такие выступления нарушают принцип верховенства права. Как правило, такие выступления против действий государственных органов должны делаться в судах, но в некоторых странах предусматриваются альтернативные пути обжалования в менее формальных органах по разрешению споров, после которых можно обратиться с обжалованием в суд.

54. В государстве, основанном на верховенстве права, важнейшее значение имеет роль судебной системы. Именно она является гарантом правосудия - основополагающей ценности в правовом государстве<sup>46</sup>. Чрезвычайно важно, чтобы судебная система имела полномочия определять, какие законы применимы и действуют в конкретном случае, регулировать вопросы фактов и применять закон к фактам, в соответствии с необходимой, то есть достаточно транспарентной и предсказуемой методологией толкования<sup>47</sup>.

55. Судебная система должна быть независимой и беспристрастной. Независимость означает, что судебная система свободна от внешнего давления и не контролируется другими ветвями власти, прежде всего, исполнительной властью. Это требование является неотъемлемой частью основополагающего демократического принципа разделения властей. Судьи не должны подвергаться политическому влиянию или манипуляциям<sup>48</sup>. Беспристрастные средства означают, что судебная система не предвосхищает – даже внешне – результатов рассмотрения дела.

56. Должны проводиться справедливые и открытые слушания, а также должны быть предусмотрены разумные сроки для слушания дела и вынесения решения по нему. Помимо этого должна существовать признанная, организованная и независимая юридическая профессия, члены которой имеют соответствующий юридический потенциал, стремятся оказывать должные правовые услуги и имеют практические возможности для этого. Поскольку правосудие должно быть доступным с материальной точки зрения, в случае необходимости необходимо предоставлять бесплатную юридическую помощь.

57. Кроме того, должно существовать учреждение или организация, прокуратура, которая в определенной степени является автономной по отношению к исполнительной власти и которая обеспечивает то, чтобы нарушения закона, когда о них не заявляют жертвы, доводились до судебного рассмотрения<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Совет Европы и верховенство права – Обзор, CM(2008)170 21 ноября 2008 года, см. пункт 39.

<sup>47</sup> Обзорный доклад по вопросам верховенства права, Гаагский институт по интернационализации права, Документ для обсуждения на встрече экспертов высокого уровня по вопросам верховенства права, 20 апреля 2007 года, стр. 16.

<sup>48</sup> Thomas Carothers, *The Rule of Law Revival*, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95 (96).

<sup>49</sup> Обзор по вопросам верховенства права, Гаагский институт по интернационализации права, Документ для обсуждения на встрече экспертов высокого уровня по вопросам верховенства права, 20 апреля 2007 года, стр. 16.

58. Наконец, судебные решения должны эффективно исполняться и должна быть исключена возможность (только в самых исключительных случаях) пересмотра окончательного судебного решения (соблюдение принципа *res judicata*).

#### **(5) Соблюдение прав человека**

59. Соблюдение принципа верховенства права и прав человека необязательно являются синонимами. Однако существует значительное пересечение между этими двумя концепциями и многие права, воплощенные в документах, таких как ЕКПЧ, также прямо или косвенно ссылаются на верховенство права.

60. Права, которые наиболее очевидно связаны с верховенством права, включают в себя следующее: (1) право на доступ к правосудию, (2) право на юридически компетентного судью, (3) право на то, чтобы быть заслушанным, (4) неприемлемость повторного привлечения к уголовной ответственности за одно и то же преступление (*ne bis in idem*) (статья 4 Протокола № 7 к ЕКПЧ), (5) правовой принцип, согласно которому меры, связанные с обременением, не должны иметь обратного действия, (6) право на эффективное средство правовой защиты (статья 13 ЕКПЧ) в отношении любого обоснованного дела, (7) каждый человек, обвиняемый в преступлении, пользуется презумпцией невиновности, пока не будет доказана его вина<sup>50</sup>, и (8) право на справедливое судебное разбирательство или, в англо-американской традиции, принцип "естественного правосудия" или "отправления правосудия"; должны проводиться справедливые и открытые слушания, без предвзятости, и должен быть предусмотрен разумный срок, в течение которого дело должно быть заслушано и по нему должно быть вынесено решение. Помимо этого должна существовать признанная, организованная и независимая юридическая профессия, члены которой имеют соответствующий юридический потенциал, стремятся оказывать должные правовые услуги и имеют практические возможности для этого, а соответствующие решения выполняются без неоправданных задержек.<sup>51</sup>

61. Большинство из этих прав (так же как и принцип независимости и беспристрастности судебной системы) изложены в статье 6 ЕКПЧ. При этом и другие права могут иметь отношение к понятию верховенства права, например, право на выражение мнения, что позволяет критику существующего правительства (статья 10 ЕКПЧ), и даже такие права, как запрет на пытки или бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание (статья 3), которые могут быть связаны с понятием справедливого судебного разбирательства.

#### **(6) Недискриминация и равенство перед законом**

62. Дайси утверждает понятие равенства на основе своего требования о том, что в рамках верховенства права существует "универсальная подчиненность" всех и каждого закону. В этой связи он изложил понятие формального равенства в том смысле, что все законы, какими бы несправедливыми они ни были на практике, должны применяться на равной основе и исполняться последовательно.

63. Формальное равенство является, тем не менее, важным аспектом верховенства права – при условии, что оно обеспечивает неравное обращение в том случае, когда это необходимо для достижения равенства по существу – и может применяться гибко без ущерба к основополагающему принципу понятия недискриминации, который, наряду с

<sup>50</sup> Thomas Carothers, *The Rule of Law Revival*, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95 (96).

<sup>51</sup> Обзорный доклад по вопросам верховенства права, Гаагский институт по интернационализации права, Документ для обсуждения на встрече экспертов высокого уровня по вопросам верховенства права, 20 апреля 2007 года, стр. 16.

равенством перед законом, представляет собой основной и общий принцип, связанный с защитой прав человека. Как подчеркивается в документе Совета Европы от 2008 года, посвященному этому вопросу<sup>52</sup>, эти два принципа являются принципами прав человека в той же степени, как они являются принципами верховенства права, и прецедентная практика Суда имеет тенденцию применять запрет на дискриминацию таким образом, что нет необходимости ссылаться на этот принцип как на принцип верховенства права, хотя и есть определенное признание того, что права и обязанности всех людей перед законом являются одним из аспектов верховенства права.

64. Запрет на дискриминацию означает, что законы не позволяют осуществлять дискриминацию в отношении отдельных лиц или групп. Неоправданное неравенство в обращении на основании закона запрещается, и всем людям гарантируется равная и эффективная защита от дискриминации по признаку расовой принадлежности, цвета кожи, пола, языка, религии, политического или иного мнения, национального или социального происхождения, собственности, рождения или иной статуса.

65. Равенство перед законом означает, что в отношении каждого человека действуют одинаковые законы, и при этом ни один индивидуум или группа не имеют особых юридических привилегий.

## **V. Новые вызовы**

66. Вызов в будущем состоит в том, как сохранить и далее развить достижения верховенства права при таких обстоятельствах, когда люди подвергаются все большему влиянию новых форм управления и всему тому, что к этому относится. Эта тема связана не только с международными организациями, но она важна и в сфере публично-частного партнерства и во всех областях, которые ранее были исключительно национальными, но которые претерпели изменения и стали транснациональными. Верховенство права должно быть адаптировано к существующей ситуации таким образом, чтобы свобода всех людей обеспечивалась даже в тех областях, где "гибридные" (государственно-частные) участники или частные образования несут ответственность за выполнение функций, которые раньше официально относились к сфере полномочий государственных органов власти. Существо верховенства права как руководящего принципа для будущего должно быть расширено не только на область сотрудничества между государством и частными участниками, но и на деятельность этих участников, возможности которых нанести ущерб индивидуальным правам по своему значению сравнимы с государственной властью. Государственные органы на национальном, транснациональном и международном уровне должны все действовать как гаранты основных принципов и составляющих традиционного верховенства права во всех этих областях.

## **VI. Вывод**

67. Понятие верховенства права не так развито в юридических документах и на практике, как другие столпы Совета Европы – права человека и демократия. Права человека лежат в основе огромного свода конституционных и юридических положений, прецедентной практики как на национальном, так и на международном уровне. Демократия осуществляется через подробные положения в отношении выборов и функционирования институтов власти, даже если часто и нет ссылки на эту концепцию.

68. Что касается юридических положений, связанных с верховенством права, как на национальном, так и на международном уровне, то они носят весьма общий характер и не дают подробного определения данной концепции.

---

<sup>52</sup> Совет Европы и верховенство права – Обзор, CM(2008)170 21 ноября 2008 года, см. пункт 53.



69. Это привело к сомнениям в отношении самой пользы рассмотрения верховенства права как практической правовой концепции. Однако это понятие все чаще включается в национальные и международные юридические документы и прецедентную практику, прежде всего в прецедентную практику Европейского суда по правам человека. При этом мы полагаем, что верховенство права действительно представляет собой основополагающий и общий европейский стандарт для того, чтобы направлять и ограничивать осуществление демократической власти.

70. Цель настоящего доклада состояла в том, чтобы прийти к консенсусному определению, которое изложено выше, наряду с выявлением основных аспектов верховенства права. Задача заключалась в том, чтобы Совет Европы, – международная организация, которая определила верховенство права как один из своих трех столпов, – мог бы внести свой вклад, наряду с другими организациями и учреждениями, в практическое осуществление этого важного принципа через свое толкование и применение его по отношению к своим государствам-членам<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> См. Обзор ситуации в области верховенства права: осуществимость и методология, DG-HL (2010) 21.

## **Приложение: Контрольный список вопросов для оценки состояния верховенства права в отдельных государствах**

### **1. Законность (верховенство права)**

- a) Действует ли государство на основании закона и в соответствии с ним?
- b) Является ли процесс принятия законов прозрачным, подотчетным и демократичным?
- c) Разрешено ли осуществление тех или иных полномочий законом?
- d) В какой степени закон применяется и его исполнение контролируется?
- e) В какой степени правительство действует вне поля, определённого законодательством?
- f) В какой степени правительство использует особые меры, а не общие правила?
- g) Имеются ли в законодательстве государства положения, которые разрешают принимать особые меры?
- h) Имеются ли внутренние нормы, обеспечивающие соблюдение государством норм международного права?
- i) Применяется ли система *nulla poena sine lege* (нет наказания без закона)?

### **2. Правовая определенность**

- a) Все ли законы публикуются?
- b) Если имеется какой-либо писанный закон, то доступен ли он?
- c) Имеются ли ограничения в отношении юридической свободы усмотрения, предоставляемой исполнительной власти?
- d) Имеется ли много положений об исключениях в законах?
- e) Написаны ли законы на доступном языке?
- f) Запрещено ли обратное действие законов?
- g) Существует ли обязанность придерживаться законов?
- h) Подвергаются ли сомнению окончательные постановления национальных судов?
- i) Является ли последовательной прецедентная практика судов?
- j) Является ли законодательство в целом применимым и исполняется ли оно?
- k) Являются ли законы предсказуемыми в отношении своих последствий?
- l) Проводится ли на регулярной основе оценка законодательства?

### **3. Запрет произвольных действий**

- a) Существуют ли конкретные нормы, запрещающие произвол?
- b) Существуют ли ограничения в отношении свободы усмотрения?
- c) Существует ли система полной открытости правительственной информации?
- d) Необходимо ли обосновывать решения?

### **4. Доступ к правосудию в независимых и беспристрастных судах**

- a) Является ли независимой судебная власть?
- b) Является ли генеральная прокуратура в какой-то мере автономной от государственного аппарата? Действует ли она на основе закона, а не в угоду политической целесообразности?
- c) Подвергаются ли индивидуальные судьи политическому влиянию или манипуляциям?
- d) Является ли судебная власть беспристрастной? Имеются ли положения, обеспечивающие ее беспристрастность в отношении индивидуальных дел?
- e) Имеют ли граждане реальный доступ к правосудию, в том числе к судебному рассмотрению действий государственных органов?
- f) Имеются ли у судебной власти достаточные полномочия по возмещению ущерба?

- g) Существует ли признанная, организованная и независимая юридическая профессия?
- h) Исполняются ли судебные постановления?
- i) Обеспечивается ли соблюдение принципа *res iudicata*?

#### **5. Соблюдение прав человека**

Гарантируются ли (на практике) следующие права:

- a) Право на доступ к правосудию: имеют ли граждане эффективный доступ к судебной системе?
- b) Право на юридически компетентного судью
- c) Право на то, чтобы быть заслушанным
- d) *Ne bis in idem*
- e) Запрет на обратное действие принимаемых мер
- f) Право на эффективное средство правовой защиты
- g) Презумпция невиновности
- h) Справедливое судебное разбирательство

#### **6. Недискриминация и равенство перед законом**

- a) Применяются ли законы одинаково ко всем и без дискриминации?
- b) Существуют ли законы, которые являются дискриминирующими в отношении отдельных лиц или групп?
- c) Толкуются ли законы дискриминационным образом?
- d) Существуют ли лица или группы, имеющие особые юридические привилегии?