

В ФОКУСЕ: К ЮБИЛЕЮ РОССИЙСКОЙ КОНСТИТУЦИИ

Свобода вещания

как результат конституционного правосудия

Виктор Монахов

Как считает автор, разумным способом отметить 15-летие нашей Конституции, применительно к развитию такого ее института, как «свобода массовой информации», будет стимулирование интереса читателей статьи к лучшему пониманию представленного в ней и доселе мало известного у нас германского опыта конституционного судопроизводства по разрешению споров, связанных с реализацией свободы массовой, в немецкой терминологии – общедоступной, информации, распространяемой посредством телевидения. Представление результатов почти полувековой деятельности Федерального конституционного суда Германии по разрешению такого рода споров, результатов, потенциально значимых и в ходе воплощения отечественной конституционной модели «свободы массовой информации» в живую реальность нашего бытия, и является основной целью этой статьи. Автор выражает определенную надежду на то, что на примере конституционно-правового регулирования отношений по телерадиовещательному делу мы, наконец, сможем найти выход из векового лабиринта известной поговорки про немца и русского. Когда то, что хорошо для одного, оказывается плохо для другого.

В жанре вступления

Предложение редакции «Сравнительного конституционного обозрения» поразмышлять по случаю 15-летия Конституции Российской Федерации о том, как соотносится конституционная модель «свободы массовой информации» и реальность ее бытия в родном Отечестве, оказалось весьма и весьма непросто в реализации.

В самом деле, о чем, собственно, говорить в данном юбилейном контексте? Повода для того, чтобы чем-то гордиться, вроде бы нет. То, что свобода массовой информации, как, впрочем, и многие ее «сестры» в семье отечественных конституционных норм, пока плохо приживается в нашем правовом и информационном пространстве, мало для кого представляется новостью. Не говорит об этом либо ленивый, либо ангажированный властью исследователь. Почему не приживается? Ответ един для практически всего корпу-

са норм нашей Конституции, а не только для информационных. И он уже дан в прекрасной статье Владимира Пастухова «Второе дыхание русского конституционализма», увидевшей свет на страницах № 2/2008 «Сравнительного Конституционного Обозрения».

Как ни горько это сознавать, но юмористическая сентенция автора статьи о том, что День Конституции у нас предстает как некий день юриста наоборот в том смысле, что в этот день юристы должны «принимать соболезнования по поводу плачевного состояния российской правовой системы»¹, как говорится, могла бы быть смешной, если бы не была столь грустной.

В то же время хочу отметить и подчеркнуть, что общий вектор позиции Владимира Пастухова по предмету своей статьи (об этом, среди прочего, выразительно говорит уже само ее заглавие!) не столь уж пессимистичен. Во всяком случае, чувствуется, что авторская надежда еще не на смертном одре, а вполне

жива. Настолько, что способна пробудить интерес читателя к тому, чтобы понять, от действия каких факторов, по мнению автора статьи, зависит появление этого так нужного сейчас второго дыхания русского конституционализма.

Ответ своего коллеги и товарища я вполне разделяю. Действительно, от нас с вами, от кого же еще! Более простыми словами — от общества. Напомню, как об этом пишет Пастухов: «Общество, как и любой другой сложно организованный организм, обладает определенной защитной реакцией. В тот момент, когда кризис права превращается в главную угрозу его стабильному существованию (а это будет становиться все более очевидным для самых широких общественных слоев), общество начнет искать пути восстановления правовой системы. И если этот процесс «пойдет»... если конституционные идеи будут востребованы обществом, то государство не заставит себя ждать»².

Давайте же попробуем эту самую защитную реакцию *пробудить* и тем самым *запустить* желанный процесс восстановления отечественной правовой системы. Делать это можно в разных формах. И представление читателям успешного зарубежного опыта реализации их вариантов конституционализма — отнюдь не самая худшая из них.

А если это опыт страны, уже прошедшей тот же путь из тоталитарных варяг в демократические греки, который Россия начала в 1991 году, то, уверен, очень многое из него будет полезным и нам. При внимательном, профессиональном и непредвзятом подходе к его рецепции.

В данном случае читателям журнала и, прежде всего, отечественным юристам предлагается познакомиться с существенными элементами опыта конституционно-правового обустройства форм реализации на территории послевоенной Германии свободы массовой информации в ее главном на сегодняшний день формате — посредством радио и телевидения.

Причем познакомиться не просто для удовлетворения праздного любопытства, а завязывая по ходу этого знакомства своеобразные «узелки памяти», которые потом в нужное время и в нужном месте (в рамках ли законодотворческого процесса — в стенах обеих палат Федерального Собрания; в ходе ли пра-

воприменения — в залах различных судебных присутствий и т. д.) эти «узелки» развязывать и пытаться применить подходящие к нашей информационной и правовой действительности найденные нашими немецкими коллегами удачные конституционно-правовые формулы решений сходных правовых проблем организации и реализации свободы массовой или общедоступной информации посредством телерадиовещания.

Смена веж: от парламентов к конституционным судам

Как известно, мода всеильна. Подчас настолько, что в зону ее влияния попадают не только отдельные индивидуумы, но и целые государства. У них, разумеется, предметы модного обожания и подражания несколько иные, чем у граждан. Иногда это яркая и/или содержательная законодательная формула или целый законодательный акт. Иногда это та или иная государственная или общественная институция, эффективно (а порой, к сожалению, всего лишь эффектно) где-то в чем-то себя проявившая...

В этом «модном» контексте XIX век нередко именуют **веком парламентов**, а вторую половину недавно закончившегося XX века — **веком конституционных судов**. Причем такого рода оценки отнюдь не искусственны. Для них существуют вполне реальные основания. Вспомним, к примеру, хронологический ряд создания конституционных судов хотя бы в послевоенной Европе...

В этом ряду вслед за родоначальницей «модного поветрия» Австрией одна за другой занимали места Германия, Италия, Франция, Португалия, Греция, Испания, Бельгия, Болгария, Венгрия, Польша, Румыния, Хорватия, Словения, Словакия, Чехия, Россия *et cetera*.

Имеются ли в такой последовательности «смены веж» институциональной моды какие-либо рациональные причины? Безусловно. И главной среди них, по-видимому, является то, что именно во второй половине XX века в деле контролирования результатов законодательной деятельности парламентов именно судебный конституционный контроль заслуженно обрел репутацию одного из самых эффективных средств, органично обеспечивающих необходимое и достаточное социально-

правовое качество парламентского законодательства.

В значительной степени именно этим объясняется столь выразительное *триумфальное шествие* конституционных судов, этих «новомодных» в то историческое время органов государственной власти по странам континентальной Европы, прямо-таки взрывное обретение ими своего места под солнцем мирового правосудия.

Новое — конституционное — судопроизводство обеспечило возможность более спокойно и юридически профессионально, без той степени давления политической и иной конъюнктуры, которая неминуемо ощущается в ходе законодательного процесса практически в любом представительном органе государственной власти — парламенте, гармонизировать «продукцию» законотворческой деятельности этих «фабрик законов», вывить и формализовать надлежащее правовое содержание и/или форму основных результатов их деятельности — нормативных правовых актов.

Риску предположить, что, собственно, этот же смысл имел в виду и профессор М. В. Баглай, выделяя в своем выступлении в качестве председателя Конституционного Суда РФ на торжественном заседании в Кремле, посвященном 10-летию этого судебного органа российского конституционного контроля, момент истины, связанный с уникальностью феномена конституционной юстиции: *«Через конституционное правосудие, на базе позитивного права и юридической науки рождаются новые правовые принципы, так сказать, надпозитивное право, независимость которого от политической конъюнктуры обеспечивает высшие и прочнейшие гарантии прав и свобод граждан от возможных посягательств со стороны публичной власти»*³.

Предоставляемая использованием механизма такого **надпозитивного права** благодатная возможность сбалансировать противостоящие социальные ценности, нормы и принципы; сформулировать и предложить «городу и миру» трудные компромиссы, содержащие *решения* доселе казавшихся неразрешимыми проблем; примирить неизбежные коллизии, не выхолащивая при этом содержания конституционно гарантированных прав и свобод граждан, представляет собой

condicio sine qua non (непременное условие), стержень и суть развитых моделей конституционного правосудия как в России, так и за ее пределами.

Представление результатов этого вида правосудия, полученных Федеральным конституционным судом Германии по разрешению споров, связанных с реализацией свободы *массовой*, а в немецкой терминологии — *общедоступной* информации, распространяемой посредством телерадиовещания, результатов потенциально значимых и в ходе воплощения отечественной конституционной модели «свободы массовой информации» в живую реальность нашего бытия, и является целью этой статьи.

Право электронной прессы Германии — дитя Федерального конституционного суда

По глубокому убеждению судьи Федерального конституционного суда в отставке, профессора В. Хоффманна-Рима, **«Система организации деятельности радио и телевидения — это судьбоносный вопрос любого современного общества**. Он представляет собой не только отражение общественного устройства, но и важную компоненту политической системы и социализации граждан. Поэтому *имеет глубокий смысл не пускать на самотек развитие системы радио и телевидения и не заниматься им «как бы между прочим», а активно направлять его»*⁴.

Принципиально важным и значимым представляется то, что в Германии формирование правовой составляющей системы организации деятельности радио и телевидения проходило с решающим участием соответствующих правовых позиций Федерального конституционного суда.

В этом смысле название настоящего подраздела статьи вполне отражает реальность: действующее право радио и телевидения Германии сформировалось как под прямым, так и под опосредствующим системным воздействием правоустанавливающих идей и подходов, рожденных именно в Карлсруэ — месте нахождения Федерального конституционного суда.

Какие же из наработанных там идей и подходов могут быть полезны и применимы в рамках нашей телерадиореальности, нашего

социального опыта и ментальности? Представляется, что в этом смысловом ряду первое место по праву должно принадлежать конституционному принципу **свободы телерадиовещания** как одной из главных концептуальных наработок Федерального конституционного суда в сфере права радио и телевидения Германии.

Строго говоря, в качестве зримой фигуры конституционного текста эта важнейшая на сегодняшнем этапе развития информационного общества информационная и коммуникационная свобода не представлена ни в Основном законе ФРГ, ни тем более в российской Конституции.

Статья 29 Конституции России, самая яркая информационно-правовая звезда на российском конституционном небосклоне, оперирует более широкой категорией: *свобода массовой информации*. Германская «родственница» статьи 29 Конституции РФ в мировом семействе конституционно-правовых норм, регулирующих отношения по поводу массовой информации, статья 5 Основного закона ФРГ, закрепляя гарантии **свободы передачи информации посредством «радио и кино»**, текстуально вообще не упоминает о телевидении как таковом.

В этом контексте весьма симптоматично то обстоятельство, что именно Федеральный конституционный суд реализовал — и весьма успешно — функцию выявления (в терминологии старой классической фотографии — «проявления»), то есть перевода из состояния «негатива» в «позитив») конституционно-правового смысла категории «свобода телерадиовещания», представленной в статье 5 Основного закона ФРГ лишь имплицитно.

Федеральный конституционный суд в целом в ряде своих решений, получивших в Германии широкую известность под общим названием *«решений о телерадиовещании»* (для удобства восприятия зачастую нумерованных по хронологии их появления: первое, второе, третье...), сформулировал категорию «свобода телерадиовещания», возвел ее в ранг конституционного принципа, наполнил конкретным содержанием, а позднее активно занимался ее «апгрейтом» — развитием как общего конституционно-правового, так и отраслевого (применительно к отдельным отраслевым законам) юридического смысла свободы вещания.

Кроме того, и это обстоятельство, с учетом возможного использования подходящего для нас германского опыта, хотелось бы подчеркнуть особо, эти решения Федерального конституционного суда обеспечили то, что *свобода телерадиовещания* на территории Германии предстает не некой *конституционно-правовой фикцией*, а, напротив, является собой динамично развивающийся конституционно-правовой принцип, обретающий все более и более реальную значимость и действенность для всех участников массовых информационных отношений на территории Германии с участием телевидения и радио.

Это в свою очередь позволяет надеяться, с учетом видимой схожести многих составляющих конкретных поводов для споров, что найденные судьями Федерального конституционного суда в ходе разрешения этих споров с участием субъектов электронных медиа формулы и правовые позиции потенциально могут и должны быть востребованы в российских условиях.

При этом давайте условимся, что по ходу знакомства с wybranными местами из обширного, почти полувекового (*первое телевещательное дело* Федеральный конституционный суд рассмотрел в 1961 году) германского опыта конституционного судопроизводства в сфере электронной прессы в подходящих для передачи немецкого опыта местах будем мысленно завязывать виртуальные «узелки памяти», чтобы в итоге получить вполне реальный набор фактического материала для последующих серьезных размышлений по вопросу, вынесенному в подзаголовок этой статьи: чем же этот немецкий опыт может стать для русского?!

Первым «узелком памяти» на этом пути отметим тот непреложный факт, что для реализации своей высокой миссии Федеральный конституционный суд Германии был наделен Основным законом и Федеральным законом «О Федеральном конституционном суде» необходимым и достаточным набором компетенционных полномочий и возможностей.

В их ряду принципиально важными являются нормы абзаца 3 статьи 20 и абзаца 2 статьи 94 Основного закона. Первая из них закрепляет положение о том, что правосудие ФРГ связано **«законом и правом»**, а вторая определяет, что федеральный закон «О Федеральном конституционном суде» полномо-

чен устанавливать, в каких случаях решения Федерального конституционного суда **«имеют силу закона»**. Именно эти четкие, лаконичные и в то же время емкие правовые формулы составили конституционную основу для принятия Федеральным конституционным судом системообразующих германское право радио и телевизионных решений.

Уже **первое решение Федерального конституционного суда о телерадиовещании** от 28 февраля 1961 года⁵, по праву носящее звание *«Magna Charta»* немецкого права в области телерадиовещания, сформулировало принципиальное положение о том, что исторически «юная» коммуникационная свобода — **свобода вещания**, в отличие от своей «старшей сестры», уже обретшей статус классической, **свободы печати** (имеющей почти четырехвековой возраст!), *для своей реализации требует особых законодательных усилий*.

Прагматический смысл этого принципиального положения (*второй «узелок памяти»!*) сводится к двум основным составляющим. **Свобода вещания**, *во-первых*, должна в существенно большей степени и глубже, чем *свобода печати*, регулироваться нормами права. И *во-вторых*, основная, определяющая роль в регулировании разнообразных отношений по реализации этой свободы должна принадлежать именно законодательной, а отнюдь не исполнительной власти.

Специфика реализации этого положения в условиях федеративного государства потребовала от судей Федерального конституционного суда нахождения ответа на резонный вопрос: законодательная власть какого уровня публичной власти (федеративного или земельного) полномочна регулировать отношения в связи с реализацией свободы телерадиовещания?

В ситуации со *свободой печати* эта проблема в Германии решена непосредственно конституционной нормой. В соответствии с пунктом 2 абзаца 1 статьи 75 Основного закона ФРГ, Федерация имеет конституционное правомочие регулировать отношения, связанные с «общим правовым положением печати» в форме рамочных предписаний для соответствующего законодательства земель. При этом выделяю крайне интересный для наших российских условий факт (*еще один «узелок»!*): имея в течение уже более полу-

века такое правомочие *de jure*, германская Федерация до сего дня так и не реализовала его в завершенном виде *de facto*. Хотя — справедливости ради — отмечу, что проект такого федерального закона существует и обсуждается с 1981 года⁶.

По отношению к электронной прессе столь же прямого и однозначного ответа на вопрос о разграничении законодательной компетенции Федерации и земель не содержалось ни в Основном законе Германии, ни в нормах ее отраслевого законодательства. Именно этой правовой лакуной в целях создания лояльного властям предрержащим телевидения (как видите, они тоже этим переболели, ведь ничто не ново под луной!) в конце 50-х годов прошлого века и попыталось воспользоваться тогдашнее федеральное правительство под руководством широко известного и у нас канцлера К. Аденауэра.

Именно под названием «аденауэровское телевидение» этот проект и остался в истории. В ходе своего воплощения идея создания проаденауэровского телевидения получила двух серьезнейших оппонентов и противников. Свободный ганзейский город Гамбург и земля Гессен выдвинули и обосновали в Федеральном конституционном суде принципиальные возражения против самой конституционно-правовой *возможности* регулирования организации и осуществления телерадиовещания со стороны Федерации.

Интересно отметить, что подобные споры (правда, не получившие такого же развития и, соответственно, финала) имели место в 90-х годах прошлого века в Российской Федерации. И у нас проявились свои «федералы», то есть приверженцы тезиса о том, что поскольку «радиоволны не очень уважают границы административно-территориальных единиц», то «калужских и нижегородских» регуляций в этой сфере общественных отношений быть не должно⁷, и свои «регионалы», высказывающие иные точки зрения на эту проблематику, опирающиеся, в том числе, и на германский опыт в этой сфере⁸.

Ответ на вопрос о критерии разграничения законодательной компетенции Федерации и земель в вещательной сфере, предложенный судьями Федерального конституционного суда в их *первом решении о телерадиовещании*, может быть представлен следующей правовой максимой: *в своих основах*

регулирование такого рода отношений *входит в компетенцию земель*.

«В своих основах» в данном контексте означает: принятие системных решений, касающихся вопросов организации как телерадиовещания в целом, так и конкретных публично-правовых телерадиокомпаний в частности; вопросы финансирования публично-правового (в русской транскрипции — *общественного*) вещания; конституционно-правовые условия допуска в эту деятельность частных вещателей, а также определение принципиальных критериев формирования теле- и радиoproграмм осуществляют земли.

Федерации в этой сфере общественных отношений остается, например, правовое регулирование отношений, касающихся системы связи, технической составляющей вещательной деятельности, а также вопросов авторского права.

Отдельный интерес, в смысле возможного заимствования опыта разрешения схожих споров, представляет понятийно-аргументационный срез процесса германского конституционного судопроизводства по подготовке *первого решения о телерадиовещании*. В частности, те участники данного спора, которые представляли интересы «федералов», пытались построить свою доказательную базу на том, что понятия «телерадиовещание» и «связь» надо соотносить как «часть» и «целое».

Однако судьбы Федерального конституционного суда с такой трактовкой не согласились, сформировав на этот счет действующую до сих пор правовую позицию о так называемой «служебной функции связи». Его суть — в установлении особой иерархии между категориями «связь» и «телерадиовещание»⁹.

В соответствии с этой позицией в сфере телерадиовещания «связь» играет чисто вспомогательную, служебную роль, функцией которой является исключительно трансляционно-техническое обеспечение вещания. Легитимность именно федеральной законодательной компетенции в сфере «связи» определяется ее безусловно лучшими возможностями в регуляции отношений по распространению вещательного «сигнала» на территорию всей страны.

Тут нам самое время завязать еще один «узелок на память»: *в технических аспектах распространения несущего ту или*

иную информацию «сигнала» «калужских и нижегородских регуляций» действительно быть не должно, а что касается контента, содержания, которое этот «сигнал» в себе несет, то тут картина меняется с точностью до наоборот...

«Технологический» аргумент разграничения законодательной компетенции Федерации и земель в германском конституционно-правовом пространстве был дополнен еще одним, более весомым в социально-политическом смысле аргументом — так называемой *культурной составляющей телерадиовещания*.

Дело в том, что, согласно давнему и основополагающему положению немецкой конституционно-правовой доктрины и практики, вся сфера культуры в качестве объекта правового регулирования находится в компетенции составляющих Германию земель (в наших условиях — регионов). Иными словами, в Германии действует четкая презумпция отсутствия компетенции Федерации в регулировании отношений культурной сферы жизни и, следовательно, телерадиовещания тоже. Иное возможно только при наличии в *Основном законе* соответствующего явно выраженного *исключения*.

Федеральные земли (регионы!) не оставили втуне предоставленные им законодательные полномочия по регулированию вещания, а, напротив, активно их реализовали. Практически каждая земля приняла закон (и зачастую не один), регулирующий ту или иную сторону вещательной деятельности на своей территории, некоторые из которых, будучи обжалованными в Федеральном конституционном суде, становились объектами анализа его судей на предмет их соответствия нормам Основного закона ФРГ.

Отдельного «узелка памяти», на мой взгляд, заслуживает еще одна составляющая германского опыта обретения свободой телерадиовещания своего надлежащего правового опосредования. Дело в том, что, кроме классического законодательного варианта регулирования деятельности электронной прессы, в Германии активно используется и так называемый *второй*, дополняющий (договорный) вариант публично-правового регулирования этой деятельности, потенциально вполне применимый и в условиях Российской Федерации.

Имеется в виду заключаемые между землями *государственные договоры в области телевидения и радиовещания*. Именно с помощью этого варианта публично-правового регулирования в Германии сумели, не прибегая к правовым возможностям федерального законодательства, отрегулировать большое количество весьма непростых межземельных вопросов осуществления вещательной деятельности. Разрабатывались эти публично-правовые договоры земельными правительствами, а утверждались посредством ратификации парламентами (ландтагами) соответствующих земель.

Сложившаяся система этих договоров достаточно развита. Есть договоры, участниками которых являются все земли. Например, Государственный договор о телевидении и радиовещании в объединенной Германии от 31 августа 1991 года, до настоящего времени являющийся стержнем единой системы организации земельных вещателей в масштабах Германии и получивший уже несколько модернизационных редакций; Государственный договор о создании Второй программы германского телевидения (ЦДФ); Государственный договор о плате за пользование радио- и телевизионными приемниками или подписанный федеральными землями в 1997 году Государственный договор об информационных и телекоммуникационных службах (MDSStV). В то же время существуют государственные договоры, заключенные лишь между отдельными землями¹⁰.

Изучение, а возможно, и заимствование германского опыта использования договорного способа публично-правового регулирования вещательной деятельности в условиях федеративной формы государственного устройства представляется весьма полезным и перспективным. И не только применительно к условиям Российской Федерации, но и, к примеру, в масштабах СНГ.

Следующий *«узелок памяти»* вновь возвращает нас к *первому решению* Федерального конституционного суда о телерадиовещании. Дело в том, что в нем получил закрепление краеугольный принцип организации германского вещания, согласно которому главной общественной миссией телерадиовещания в демократии является не что иное, как **обеспечение многообразия мнений**.

Именно ссылкой на этот принцип и на наличие механизма его реализации в виде имевшихся у общественных вещателей внутренних плюралистических структур управления Федеральный конституционный суд обосновывал существовавший в Германии до середины 80-х годов XX века монополизм субъектов общественного вещания (собственно государственное вещание в Германии, в отличие от России, представлено всего *одним* вещателем — телерадиокомпанией «Дойче Велле» (*Deutsche Welle*), причем вещающей *исключительно* на границу).

После того как в середине 80-х годов прошлого века в вещательную сферу Германии, где до этого существовала монополия общественных вещателей, были допущены частные вещатели (возникшая в связи с этим система вещания в Германии получила наименование *дуальной*), Суд оказался перед необходимостью корректировки своих требований к законодателю, в соответствии с которыми им надлежало действовать при формировании организационно-правовых рамок участия в вещательной деятельности частных хозяйствующих субъектов.

Дальнейшему развитию выявленного в *первом решении о телерадиовещании* конституционно-правового смысла категории «свобода телерадиовещания» было посвящено **третье решение** Федерального конституционного суда о телерадиовещании (дата принятия — 16 июня 1981 года. Предмет оценки — Закон земли Саар «О телерадиовещании»)¹¹.

В этом решении Суд подчеркивает, что свобода телерадиовещания, в отличие от других конституционных свобод, прежде всего, ориентирована не на развитие отдельной личности или реализацию каких-то узких, локальных интересов. Ее главной задачей является обеспечение системообразующей функции демократии — *свободного формирования общественного мнения*. Поскольку, как определили судьи, именно в свободной борьбе мнений состоит смысл демократии, то этот процесс и должен обеспечивать (служить ему) свобода телерадиовещания. В этом смысле судьи Федерального конституционного суда определили свободу вещания как «*служашую свободу*»¹².

При этом Суд подчеркнул, что для реализации такой целевой установки *свободе ве-*

щания, в отличие от других основных свобод, простого невмешательства государства в ее реализацию *недостаточно*. Необходимо еще законодательно закрепленный позитивный порядок, обеспечивающий реальное воплощение на телевидении принципа многообразия мнений.

В развитие этой правовой позиции судьи Федерального конституционного суда решили распространить на отношения, связанные со свободой вещания, так называемую «доктрину существенности». Изначально эта доктрина была сформулирована и нашла применение в рамках правового регулирования деятельности иных субъектов права, а именно атомных электростанций и публичных школ. Ее основополагающий тезис таков: не только в ходе регулирования отношений, связанных со свободой и собственностью граждан, необходимо законодательное регулирование. Все отношения, «существенные для реализации *основных прав*», должны получать исключительно законодательное регулирование, без права делегирования такого рода полномочий исполнительной власти (*еще узелок?!).*

**Чья рука важнее:
государства, рынка, общества?
И нужны ли новый общественный
договор и новая теория
разделения властей?**

Рассмотрим еще один принципиально важный элемент германского опыта конституционно-правового способа регулирования организации и деятельности радио и телевидения. Этот элемент представляет собой еще одну из несущих правовых конструкций уже упомянутого нами **третьего решения** Федерального конституционного суда о телерадиовещании (1981). Имеется в виду правовая позиция этого решения, в соответствии с которой организацию телерадиовещательного дела нельзя оставлять на усмотрение не только исполнительной власти, но и свободной игре рыночных сил тоже.

В этом контексте уместно вспомнить знаменитое суждение о том, что война — слишком серьезное дело, чтобы доверять ее одним генералам. Видимо, суть этой выстраданной человечеством социально-политической максимы вполне можно перенести, естественно,

изменив терминологию, на ситуацию с телерадиовещательным делом. Соответствующий перифраз можно представить примерно следующим образом: *система организации и деятельности радио и телевидения слишком серьезное дело, чтобы доверять ее построению и функционированию только государству, только рынку или только топ-менеджерам вещательных компаний.*

Проблема «как нам социально и лично эффективно обустроить вещательное дело» — из тех, которые общество и власть в принципе не могут решить раздельно. Отсюда следует весьма прагматический вывод принципиального свойства: в ходе такого устройства прежде всего необходимо размышлять над тем, как обеспечить формирование работающих механизмов *взаимодействия* структур гражданского общества и государства. Кстати, практически об этом же, однако, естественно, в более широком контексте говорится и в «Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации», утвержденной Президентом РФ 7 февраля 2008 года № Пр-212. Одна из ее несущих политико-правовых позиций недвусмысленно определяет, что если мы хотим рассчитывать на существенные изменения в информационном развитии России в ближайшем будущем, то должны позаботиться о *совместных* целенаправленных *усилиях* *трех важнейших факторов современного социума — органов государственной власти, бизнеса и гражданского общества.*

Как представляется, развитие такого сотрудничества в информационной сфере жизни личности, общества и государства рано или поздно приведет нас к необходимости определения и закрепления неких новых *правил игры* на национальных и глобальном информационных полях. В определенном смысле, речь может идти о формировании некоего нового варианта «общественного договора» а ля Руссо. Во всяком случае, нам предстоит непростой и, видимо, длительный путь последовательного определения и кристаллизации, сохранения и приумножения точек роста «общественного согласия» внутри такого системообразующего фактора жизнедеятельности личности, общества и государства, каким является их информационная сфера.

По результатам широкого и глубокого обсуждения современного видения составляющих этой проблематики¹³ в родном Отечестве постепенно обретут очертания принципиальные политико-правовые позиции, отвечающие вызовам глобального общества информации и знания XXI века, организации телерадиовещательного дела в нашей стране. И прежде всего — условия формирования на ее территории общественного вещания, института, без сомнения, жизненно важного для сохранения и развития у нас демократии.

В этом смысле заслуживают всяческой поддержки правовые позиции «Концепции развития телерадиовещания в России на период 2006—2015 годов»¹⁴, исходящей от Министерства культуры и массовых коммуникаций Российской Федерации. Согласно этим позициям, «в интересах расширения возможностей общественного телерадиовещания в России представляется целесообразным поддержать инициативы органов государственной власти субъектов Российской Федерации по принятию закона «Об общественном телерадиовещании» и созданию моделей такого вещания в субъектах Российской Федерации».

Это серьезная заявка на изменение ситуации в национальном информационном пространстве, поскольку до сегодняшнего дня в российском вещательном секторе мы имеем близкий к стопроцентному монополизм государства (точнее, его исполнительной ветви), поскольку практически весь метровый диапазон российского национального телеэфира занят либо чисто государственными, либо существенно аффилированными с государством вещательными компаниями, а многократные попытки создания общественного сектора телерадиовещания, прежде всего из-за отсутствия на то властной воли, успеха пока не принесли¹⁵.

Такое положение вещей отнюдь не способствует формированию благоприятной среды для эффективного выполнения российским телевидением и радио высокой миссии гаранта общественных интересов, доверенного лица общества, ориентированного на общественное благо.

Кроме апгрейда классической модели общественного договора «по Руссо», стремительно развивающиеся в мировом информационно-коммуникационном пространстве

процессы достаточно внятно ставят в повестку дня вопрос о необходимости соответствующих корреляций и классической модели разделения властей «по Монтескье». Во всяком случае, все большее число исследователей отмечают, что традиционное представление о модели разделения властей (известная всем *триада* государственной власти) уже не вполне отвечает реалиям сегодняшнего дня. Оно требует, в частности, учета многократно возросшего потенциала властного влияния на ход общественных и государственных дел новых активных факторов социального взаимодействия.

Например, известный финский исследователь медиа К. Норденстренг, подводя итоги интересной дискуссии, состоявшейся в Финляндии между специалистами по конституционному праву, отмечает, что это обсуждение завершилось согласием по поводу того, что классическая доктрина трех ветвей власти более не соответствует действительности, а традиционную властную триаду следует дополнить такими развитыми субъектами социального взаимодействия и взаимовлияния, как профсоюзы, рыночные механизмы и СМИ¹⁶.

Не исключено, что с течением времени суть известного тезиса «кто владеет информацией, владеет миром» потребует определенного конституционно-правового опосредования. Например, в рамках более четкой фиксации разделения публичных властей на два типа власти: государственной и общественной. В этом случае существенную долю закрепленного нормами права «пирога общественной власти» в современном информационном обществе по праву должны получить СМИ. Во всяком случае, те из них, кто работает не в частном, а в *общественном интересе*, выполняя, выражаясь в лексике конституционного права, *специфическую публичную функцию*.

Когда государства в телерадиовещательном деле (как это пока есть у нас) «слишком много» — это плохо. Но и знаменитая невидимая рука рынка в этой сфере общественных отношений отнюдь не панацея, как это многие у нас, по еще неизжитой рыночной наивности, себе представляют. И доверять развитие нашего телерадиовещания одному только рынку также категорически неправильно!

Во всяком случае, практика Федерального конституционного суда с 80-х годов прошлого века твердо стоит на том, что монополю рыночное воздействие на развитие национального телерадиовещания противоречит уже известной нам по их первому решению (1961) «особой миссии телерадиовещания в демократии». Уже тогда Федеральный конституционный суд осознал опасности, грозящие свободе телерадиовещания в результате концентрации власти в сфере формирования общественного мнения в руках одной или нескольких социальных сил. И это осознание сформулировал в виде тезиса, звучащего для россиян, обремененных недавним опытом функционирования «олигархического» телевидения, довольно тревожно: «неверное развитие, получившееся в этой области, если вообще поддается исправлению, то исправляется лишь условно и с существенными сложностями»¹⁷.

Судья Федерального конституционного суда в отставке В. Хоффманн-Рим развивает этот тезис Суда образца 1961 года следующим образом: «Конкуренция вещателей **сама по себе** (выделено мною. — В. М.) не дает реальной возможности высказаться достаточному числу социальных и интеллектуальных групп. Она таит в себе угрозу сосредоточения власти над мнением в одних руках и злоупотреблений этой властью с целью одностороннего воздействия на общественное мнение»¹⁸. Согласитесь, серьезная «информация к размышлению», весомый «*узелок памяти*»!

Возвращаясь к тому аспекту категории «свободы вещания», извлеченному судьями Федерального конституционного суда из недр имплицитности Основного закона, который касается независимости этого вещания от государства, хотелось бы обратить внимание читателя еще на одно обстоятельство, важное для понимания его бэкграунда и динамики дальнейшего развития.

Речь идет вот о чем. Когда мы в России или в иных странах нашего Содружества, в общем-то справедливо, сетуем на то, что социально благая идея о необходимости отделения СМИ от государства пока еще слабо укореняется в наших условиях, мы зачастую забываем о том исторически длинном пути, стоящим за воплощением этой идеи на Западе.

Скажем, в той же Германии свое не просто доктринальное, а нормативное, причем законодательного уровня, закрепление эта идея получила еще во времена железного канцлера Бисмарка в имперском законе «О прессе» 7 мая 1874 года¹⁹. Что же касается России, то у нас, по некоторым оценкам, даже отделение церкви от государства еще не во всех своих аспектах завершено.

Так что легко и быстро «перепрыгнуть» через этап отделения СМИ от государства нам вряд ли удастся. Крот истории может сделать свое дело лишь в отведенное ему время. Не позже, но и вряд ли раньше. В связи с этим уместно вспомнить знаменитую сентенцию насчет причины постоянной красоты английских газонов. Оказывается, нужно всего-то ничего — триста лет их аккуратно подстригать!

Вместе с тем понимание сложности, многомерности и, в силу этого, длительности процесса «отделения СМИ от государства» не должно приводить нас к другой крайности — знаменитому российскому «сидению на печи» в пестовании своего «хотенья» и в ожидании «щучьего веленья».

Единовременно перейти в состояние полной и действенной отделенности СМИ от государственной опеки и влияния невозможно. Но можно и нужно поэтапно, последовательно и неуклонно создавать правовые, экономические, психологические, культурные предпосылки этого.

И одна из важнейших составляющих этого процесса — изучение и учет (намотав на ус, завязав узелки памяти, etc.) соответствующего зарубежного опыта, в частности, касающегося германской интерпретации содержания принципа независимости электронной прессы от государства. Согласно этой интерпретации, никакие государственные органы не имеют права оказывать не только непосредственного, но даже и *косвенного* влияния на содержание радио- и телепрограмм.

Иными словами, должна быть обеспечена (организационно, юридически, технологически и т. д.) определенная равноудаленность всех ветвей государственной власти от рычагов влияния на вещательный контент. Причем обязательство равноудаленности простирается значительно дальше и глубже, чем довольно тривиальный для XXI века запрет на цензуру, включая, к примеру, запрет на «из-

бирательные» меры преференции, господдержку определенного круга «социально близких» той или иной власти программ или передач (еще один *узелок памяти*?!).

Именно в качестве нарушения обязательства равноудаленности всех ветвей государственной власти от телерадиовещания Федеральный конституционный суд в целом ряде своих решений квалифицировал и решительно отвергал попытки земельных законодателей предоставлять исполнительной власти возможность оказания влияния на вещательный контент посредством распределения частот. Кстати, именно потребность в обеспечении реализации принципа независимости электронной прессы от государства подвигла судей Федерального конституционного суда на разработку идеи структурных преобразований в организации общественных вещателей и системы государственно-общественного контроля за осуществлением вещательной деятельности.

Роль статусно-структурных гарантий свободы вещания

Сюжет о роли, которую в деле обеспечения свободы вещания на территории Германии играет правовой статус публичных (общественных) телерадиокомпаний, следует начать с того, что эти телерадиокомпании являются так называемыми *субъектами публичного права*. Это означает, что они являются публично-правовыми организациями, созданными на основании земельного закона или государственного договора, а их задачу и структуру определяет земельный законодатель. Для нас с вами смысл этих формул еще и в том, что эти компании ни в коем случае нельзя отнести к находящимся в собственности или даже просто под управлением государства. Связь с государством у них, безусловно, есть, однако это отнюдь не отношения «власти» и «подчинения».

Далее вновь подчеркнем то значимое для нас обстоятельство, что содержание правового статуса публичных телерадиокомпаний Германии в значительной степени определили именно правовые позиции уже известных нам решений Федерального конституционного суда о телерадиовещании.

В этом контексте особо важное значение имеет конституционно-правовое обоснование

(ему был посвящен целый ряд решений Федерального конституционного суда) осуществления публичными телерадиокомпаниями очень значимой в современном обществе информации и знания социальной функции — *Grundversorgungsaufgabe* — обеспечения основных (базовых) потребностей зрителей и слушателей «такими телерадиопрограммами, которые в наибольшей степени соответствуют классической миссии телерадиовещания — способствованию расширению многообразия мнений».

В последнее время в мировом телекоммуникационном праве реализация этой социальной функции интерпретируется в качестве права субъектов современного глобализованного общества информации и знаний на *универсальную информационную услугу*. Например, Европейская Комиссия недавно обнародовала проект изменений в известную Директиву «О трансграничном телевидении» 1989 года, где эта тенденция получила выражение даже в изменении названия Директивы. Впредь ее предлагается именовать Директивой «Об аудиовизуальных медиа-услугах». Согласно статье 1 (а) предлагаемого проекта, под аудиовизуальной медиа-услугой понимается «услуга, главной целью которой является предоставление сетями электронной связи населению динамических изображений, со звуком или без него, в области информации, развлечения или образования»²⁰.

Естественно, конкретное содержание этой универсальной услуги в каждой стране различно. Например, в России в соответствии с Федеральным законом «О связи» 2004 года под категорией *универсальные услуги связи* понимаются «услуги связи, оказание которых любому пользователю на территории Российской Федерации в заданный срок, с установленным качеством и по доступной цене является обязательным для операторов универсального обслуживания».

В Германии же категория *универсальной информационной услуги* содержит в себе две основные части — *вещательную* и *телекоммуникационную*. Содержание первой описано выше, а содержание второй образует «минимальное предложение телекоммуникационных (Интернет-) услуг для общественности, для которых установлено определенное качество и к которым должны иметь доступ все пользователи независимо от своего

местожительства или работы за доступную цену».

Что же касается конкретных форм организационного устройства германских публично-правовых телерадиокомпаний, то прежде всего следует сказать, что при всех имеющихся различиях в этом деле присутствует некая общая схема. Так, каждую телерадиокомпанию возглавляет единоличный оперативный руководитель, именуемый **Интендант**, который несет персональную ответственность за решение текущих вопросов администрирования компании. Его деятельность находится под контролем двух коллегиальных органов: **Административного совета**, осуществляющего надзор за административной и финансовой деятельностью Интенданта и компании, а также **Совета по вещанию**, определяющего собственно вещательную политику компании.

Совет по вещанию публичной телерадиокомпания, выступающий в роли основного гаранта многообразия мнений в ходе вещания, обычно состоит из представителей основных социальных субъектов территориальных образований, входящих в зону ее вещания: партий, профсоюзов, церкви, религиозных общин, разного рода объединений граждан и т. д. Его главная прагматическая задача — гарантировать, чтобы распространяемые телерадиокомпанией программы не превратились бы в рупор односторонней точки зрения какой-либо группы населения или какого-либо политического направления.

В смысле уяснения задач и состава германских Советов по вещанию весьма значимо решение Федерального конституционного суда от 9 февраля 1982 года, чаще всего так и именуемое «О Совете по вещанию»²¹. Его базовая правовая позиция сводится к тому, что Советы по вещанию призваны способствовать реализации свободы вещания, прежде всего обеспечивая открытость процесса свободного формирования вещательной политики субъекта вещания в целом.

В Германии, в том числе применительно и к частным вещателям, получили развитие следующие организационные модели обеспечения свободы вещания, получившие известность под наименованием моделей внутреннего и внешнего плюрализма.

Модель **внутреннего плюрализма** исходит из того, что в каждой отдельной из частных программ получает выражение все мно-

гообразие существующих мнений. Для достижения этой цели использовался, например, правовой институт обязательного минимума (не менее трех) числа компаньонов в частных вещательных компаниях. В этих же целях вещателям предписывалось создавать представительские органы, как, например, Советы по программам, состоящие из представителей релевантных групп и призванные обеспечить содержательное многообразие соответствующей программы.

Модель **внешнего плюрализма** исходит из того, что многообразие частных вещательных программ складывается из многих разнонаправленных программ и передач, в *своей совокупности* обеспечивающих представительство в вещании многообразия существующих в данном обществе мнений.

В рамках данной модели осуществлять функции вещателя может и один собственник, владелец, но в таком случае ограничивается его участие в других вещательных программах. Зато такого рода вещатели освобождены от необходимости формировать органы наподобие Советов по программам или иные органы, в которых какие-то иные лица, кроме самих акционеров вещательной компании, принимают участие в формировании ее программ.

Федеральный конституционный суд в своем *шестом решении*²² (датированном 5 февраля 1991 года) критически оценил отдельные элементы организации Советов по вещанию публично-правовых вещательных компаний, а также руководящих органов земельных ведомств по СМИ, осуществляющих надзор за деятельностью частных вещателей²³. Имеется в виду, в частности, то, что члены этих Советов в идеале должны представлять в них общественность в широком смысле этого слова, а отнюдь не узкокорпоративные интересы делегировавших их структур. Однако вспомним к случаю русскую поговорку: гладко было на бумаге, да забыли про овраги. В итоге Федеральному конституционному суду пришлось констатировать, что в реальности эта миссия потребовала от отдельных членов Советов «довольно сложной дифференциации ролей, которая законом в лучшем случае может облегчаться, но отнюдь не гарантироваться».

Судья Федерального конституционного суда в отставке В. Хоффманн-Рим говорит об

этом еще откровеннее: «Изначально рассматриваемые в качестве гарантов независимости вещания от государства и других сил Советы по вещанию и Административные советы на деле превратились в факторы политического влияния»²⁴.

Финансовые грани свободы телерадиовещания

Разумеется, задача обеспечения реализации конституционного принципа свободы вещания в Германии потребовала разрешения не только «высоких» политико-правовых («особая миссия телерадиовещания в демократии» и т. п.), но и гораздо более земных проблем. Не стоит забывать, что телерадиовещание всегда и везде — удовольствие весьма и весьма дорогое. Как с учетом этого обстоятельства обеспечить финансовую базу свободы вещания без ущерба ее содержания и без потери качества вещательного продукта? Острые углы этого и многих подобных вопросов, неизбежно возникающих в ходе реализации свободы телерадиовещания, имели и имеют весьма прозаические, но оттого не менее сложные финансовые грани.

Так, *второе решение о телерадиовещании* (оно появилось спустя 10 лет после первого, в 1971 году) было посвящено гораздо более меркантильным проблемам, чем первое²⁵. В ходе работы над ним судьям Федерального конституционного суда пришлось, в частности, заняться поиском ответа на вопрос — являются ли в смысле налоговых правоотношений вообще и налога с оборота в частности телерадиовещательные компании коммерческими предприятиями?

Вопрос возник в связи с тем, что в Германии, по общему правилу, субъекты публичного права в той мере, в которой они выполняют так называемые публичные функции, освобождаются от налога с оборота. В соответствии с этим телерадиовещательные компании публичного права налог с оборота по общему правилу не платили. Однако в 1967 году формулировка закона о налоге с оборота были изменены таким образом, что деятельность телерадиовещательных компаний стала подпадать под определение торговой, промышленной или иной предпринимательской деятельности со всеми вытекающими из этого обстоятельства фискальными последствия-

ми, коснувшимися, в частности, так называемых сборов на телерадиовещание. Эти сборы, составляющие основную финансовую базу деятельности публично-правовых вещателей, стало необходимым включать в налогооблагаемую базу (по ставке 5,5 %), рекламные же поступления подпали под налогообложение еще раньше.

Земля Гессен обратилась в Федеральный конституционный суд, оспаривая эти изменения. Кроме того, целый ряд телерадиовещательных компаний также обратились в Федеральный конституционный суд с конституционными жалобами по поводу данных фискальных новаций, фактически означающих сокращение их доходных поступлений на 5,5 %.

Таким образом, конституционно-правовой смысл *второго решения о телерадиовещании* сводился к разрешению вопросов:

а) можно ли считать публично-правовые телерадиовещательные компании предприятиями в хозяйственно-правовом смысле слова или они имеют какие-то особенности своего правового статуса, позволяющие выделять их деятельность из общеупотребительного понимания «торговой, промышленной или иной предпринимательской деятельности»?

б) какова правовая природа собираемых для финансового обеспечения их деятельности сборов за пользование радио- и телеприемниками?²⁶

На первый вопрос федеральное правительство отвечало однозначно утвердительно, однако суд пришел к иному выводу, положив в обоснование своего вердикта следующие доводы (тут опять появляется веская причина завязать наш «узелочек памяти»!).

Во-первых, Федеральный конституционный суд отметил, что публично-правовые телерадиовещательные компании публичные функции все-таки выполняют. Во-вторых, он подтвердил тот факт, что собираемые для вещательной деятельности сборы не порождают торговых, промышленных или каких-то иных собственно частнопредпринимательских отношений со слушателем или зрителем вещательных передач. Следовательно, по логике суда, уплаченные гражданами и иными лицами сборы нельзя рассматривать как «оплату» или «цену» за конкретные программы, принимаемые ими. Такого рода выплаты — так решил Федеральный конституционный суд — следует квалифицировать в качестве

избранного землями *средства финансирования общего, общественно полезного дела — «телерадиовещания».*

Кстати, как показывает не только немецкий, но и общемировой опыт применения такого способа финансирования общественных вещателей, как специальные сборы с граждан, одним из самых социально значимых преимуществ его является формирование устойчивой психологической связи между гражданином — плательщиком такого сбора и вещателем — получателем платежей. Гражданин знает, за что он платит свои деньги, и дает оценку вещанию. Вещательная организация постоянно осознает, для кого она готовит свои программы и кто должен быть в конечном счете удовлетворен ею. Итогом является то, что общество является не только *бенефициаром* общественного вещания и *плательщиком* за его услуги, но также и его *контролером*.

И наконец, венец правовой позиции Федерального конституционного суда по данной проблеме: если подобного рода выплаты не являются оплатой услуг в частноправовом смысле слова, то федеральный законодатель не имел права обращаться с ними так, как он это сделал, обязав включать в налогооблагаемую базу по налогу с оборота.

В данном случае опять сыграло свою конституционно-правовую роль распределение законодательной компетенции в федеративно устроенном государстве. Дело в том, что регулирование налоговых отношений по налогу с оборота — компетенция Федерации. Но расширять эту компетенцию за счет включения в нее регуляции отношений по сборам за вещание (поскольку они не объект хозяйственного оборота) Федерация не имела права.

Данный вывод дался суду нелегко. Решение Федерального конституционного суда было принято четырьмя голосами против трех, причем пять судей из семи высказали по этому поводу особые мнения.

Правовой режим сборов на телерадиовещание, но уже в контексте анализа конституционности процедуры определения их размера, стал предметом еще двух решений Федерального конституционного суда: **о третьей Гессенской программе** (от 6 октября 1992 года)²⁷ и **седьмом решении о телерадиовещании** (от 22 февраля 1994 года). Подвергнуто в ходе этой конституционно-правовой

проверки процедуру принятия земельными властями решений по определению размеров вещательных сборов. Федеральный конституционный суд признал не соответствующей требованиям Основного закона.

Причем — вновь «узелок памяти»! — по очень значимой и понятной и для россиян причине: поскольку отсутствовала достаточная гарантия того, что земли не будут оказывать через подобный процедурный механизм косвенного влияния на вещательный контент.

В **седьмом решении** Федерального конституционного суда о телерадиовещании одним из значимых предметов конституционно-правовой проверки была правовая позиция Баварского административного суда, посчитавшего, что в содержание принципа свободы телерадиовещания от государства входит правомочие публично-правовых вещателей самостоятельно, без всякого участия государства устанавливать размер телерадиовещательных сборов. Судьи Федерального конституционного суда с такого рода логикой не согласились, опираясь на правовую позицию своего решения *о третьей Гессенской программе*. Смыслом той позиции был следующий тезис: естественная склонность любого социального института к самоутверждению и расширению своей деятельности говорит против того, чтобы предоставить ему полностью автономно определение своих финансовых потребностей.

С другой стороны, посчитали судьи Федерального конституционного суда, определение финансовых потребностей публично-правовых вещательных компаний оставлять в исключительном ведении законодательной власти также неразумно.

Дело в том, что такой вариант решения проблемы неминуемо привел бы к косвенному, но вполне действительному влиянию законодательной ветви государственной власти на вещательную политику телерадиовещателей.

В итоге судьи Федерального конституционного суда пришли к мудрому и справедливому выводу, что поскольку парламенты в числе прочих институтов государственной власти могут и должны подвергаться публичной критике и не в последнюю очередь именно со стороны электронной прессы, то даже потенциальная угроза сокращения размера сборов может привести вещателей к самоцензуре.

В связи с этим общие законодательные решения в сфере телерадиовещания должны строго отделяться от решений по установлению конкретных размеров сборов на телерадиовещание. Государство в лице земельных парламентов, принимая те или иные законодательные решения в сфере электронной прессы ради достижения определенных целей, не вправе пытаться достичь этих целей, используя рычаг финансирования телерадиовещания. Иными словами, нельзя скрывать свой политический интерес между строк решений о сборах на телерадиовещание.

В идеале можно было бы поставить задачу разработать и нормативно закрепить достаточно четкую, инструментальную систему критериев установления размера таких сборов, ограничив ими законодателя в степени, исключающей возможные злоупотребления установлением размера сборов в политических целях. Однако в настоящее время, трезво заключил Суд, разработать настолько аптеккарски точные критерии невозможно. Но каким же тогда может быть выход из этого лабиринта?

Нитью Ариадны, позволившей Федеральному конституционному суду этот выход найти, явилось конструктивное использование категории «процедурного аспекта защиты основных прав». Дело в том, что, согласно германской правовой доктрине, некоторые основные права можно защищать, используя лишь процедурные средства, не прибегая к содержательным. Суд, развивая логику своей тогда еще лишь контурно обозначенной правовой позиции из решения *о третьей Гессенской программе* от 6 октября 1992 года, два года спустя в своем *седьмом решении* о телерадиовещании вывел довольно элегантную судебную-правовую формулу, содержанием которой явилось требование к законодателям определить процедуру установления размера сборов таким образом, чтобы «получался результат, удовлетворяющий требованию свободы вещания от государственного влияния».

Элегантность данного судебной-правового императива не должна вызывать неудовольствия своей якобы неконкретностью. Она только кажущаяся. Как говорили древние, *sapienti sat*, понимающему — достаточно! На самом деле, в этой формуле зримо проявляется общая сущностная природа конституци-

онного правосудия. Она состоит в том, что, формулируя законодателю определенные требования, которым должны, с точки зрения судей, удовлетворять проверяемые ими на оселке Конституции нормы законов, выходящие из-под пера законодателя, судьи при этом не имеют права этим пером водить, подменяя тем самым законодателя.

По несколько хлесткому по своей форме, но, думаю, правильному по сути выражению одного из судей Конституционного Суда РФ, «судьи конституционных судов не должны вылизывать с ткани закона чахоточные плевки несостоятельного законодателя». Как говорится, кесарю — кесарево, а свой чемодан каждый должен нести сам.

Функция конституционного правосудия — как можно более обоснованно и четко указать, что определенная правовая норма по таким-то критериям не удовлетворяет высоким конституционным императивам.

Функция законодателя — получив и изучив соответствующий конституционно-правовой вердикт, самостоятельно провести работу «над ошибками», в результате придя к формуле нормы, совместимой с конституционными императивами.

Весомая роль, применительно к решению острых проблем финансирования публично-правовой телерадиовещательной деятельности на территории Германии, принадлежит и так называемому решению Федерального конституционного суда «*О банкротстве*» от 5 октября 1993 года. В его рамках проблема финансирования телерадиовещания предстала перед судьями в форме вопроса о том, являются ли публично-правовые телерадиовещательные компании в принципе «банкротоспособными». Федеральный конституционный суд решил этот вопрос отрицательно: в отношении имущества публично-правовых телерадиовещательных компаний банкротство проводиться не может.

Система судебных аргументов в пользу такого вывода строилась следующим образом.

Прежде всего, Федеральный конституционный суд в очередной раз повторил свою принципиальную правовую позицию о конституционно-правовом содержании принципа свободы вещания. В этом смысле свобода вещания — это, в первую очередь, свобода от какого бы то ни было государственного влия-

ния на вещательную политику. В случае же применения к публичному вещателю процедуры банкротства назначенный от имени государства внешний управляющий, определяя среди прочего финансовые рамки деятельности управляемой телерадиовещательной компании, тем самым фактически определял бы и содержательные стороны ее вещательной деятельности.

Кроме того, подчеркнул Федеральный конституционный суд, государство как орган публичной власти обязано отвечать по обязательствам публично-правового телерадиовещания. А из этой обязанности следует очень важный вывод позитивного свойства: земли обязаны принимать исчерпывающие меры по предотвращению самой возможности наступления неплатежеспособности публичных телерадиовещательных компаний.

Надо сказать, что случаев такого рода банкротств до настоящего времени в Германии не было. Не исключено, что в этом проявился превентивный, упреждающий характер данной правовой позиции Федерального конституционного суда.

Однако существует и вполне осязаемый, в том числе в финансовом аспекте, результат данного решения. Он выразился в конституционно-правовом обосновании освобождения публично-правовых телерадиовещательных компаний (как небанкротоспособных) от весьма значительного финансового обременения по выплате специальных страховых взносов в фонд возмещения упущенной заработной платы своих работников в случае банкротства.

И наконец, *the last, but not the least* (последнее по месту, но не по значению) — рекламные поступления в финансовую базу публично-правовой телерадиовещательной деятельности на территории Германии.

В этом контексте определенный интерес представляют соответствующие правовые позиции уже не раз упомянутого здесь решения Федерального конституционного суда о третьей Гессенской программе от 6 октября 1992 года. Оно состоялось по конституционной жалобе Гессенской вещательной компании, обжаловавшей законодательный запрет трансляции рекламы в своей Третьей телевизионной программе²⁸. Эта вещательная компания являлась на тот момент единственной публично-правовой вещательной компанией

в Германии, транслирующей в рамках своей третьей программы рекламу, причем в нарушение действующего законодательного запрета на это. Именно против норм этого запрета и была подана жалоба. Однако судей Федерального конституционного суда она не убедила, запрет устоял. Существенные на сегодняшний день правовые позиции этого решения состоят в следующем.

Если законодатель поручает частично или полностью осуществление телерадиовещания публично-правовым компаниям, то предложение 2 абзаца 1 статьи 5 Основного закона требует, чтобы он и в финансовом отношении обеспечил выполнение их задач:

— *обязанности* законодателя организовать финансирование публично-правовых вещательных компаний надлежащим образом корреспондирует *право* таких вещателей, вытекающее из предложения 2 абзаца 1 статьи 5 Основного закона, получить необходимые для выполнения их функции финансовые средства;

— род и объем финансирования публично-правовых вещательных компаний должен соответствовать их функции и не ставить под угрозу защищаемую нормой предложения 2 абзаца 1 статьи 5 Основного закона программную автономию вещателей;

— объем финансирования, вытекающего из этой обязанности, зависит от выпускаемых вещателем программ, соответствующих функции публично-правового радиовещания и необходимых для ее выполнения;

— учетной величиной для определения необходимого для выполнения данной задачи является не каждая отдельная передача-программа, а вся совокупность предлагаемых публично-правовой компанией вещательных программ;

— финансирование публично-правовых вещателей нельзя осуществлять только с помощью рекламных поступлений, ибо это будет препятствовать выполнению ими функции основного обеспечения;

— способ финансирования, в наибольшей степени соответствующий социально-политической природе публично-правового вещания, — сборы на прием вещания со стороны зрителей и слушателей. Смешанное финансирование допустимо, но только при условии, что тем самым финансирование за счет сборов не отодвигается на задний план. Однако

возможность законодательного запрета рекламы для таких вещателей остается, как и обязанность законодателя в любом случае организовать финансирование публично-правового вещания в объеме, необходимом для его деятельности. Законодательное исключение рекламы из отдельных программ в этом смысле ничего не меняет и должно компенсироваться в случае необходимости за счет других поступлений. В целом, вариативность источников доходов может способствовать тому, чтобы смягчить односторонние зависимости и усилить свободу составления программ вещательных компаний.

В ходе подготовки данного дела к слушанию судьи Федерального конституционного суда выяснили, что годовой размер поступлений от рекламы у Гессенской вещательной компании составил всего лишь около 2 % ее общих финансовых поступлений. Следовательно, «цена рекламного вопроса» для нее не была критической. Кроме того, суд отметил, что Гессенская компания не смогла обосновать того, что указанная доля рекламных поступлений снижает объем ее финансирования ниже границы необходимого. Разумные же меры экономии, рационализации процесса производства вещательного продукта, не затрагивающие качества основного обеспечения им населения, как посчитал Федеральный конституционный суд, вещателем в данном случае исчерпаны не были.

Как представляется, собранные нами «узелки памяти» составляют достаточно весомый интеллектуальный задел для дальнейших размышлений над сутью германского — в неминуемом сравнении с российским! — варианта правового регулирования организации и функционирования телерадиовещания в наших странах.

Хотелось бы надеяться, что выявленный в Германии конституционно-правовой смысл категории «свобода вещания» найдет в родном Отечестве заинтересованного исследователя и надлежащее воплощение. Но просто надеяться мало. Давайте с помощью лучика этой надежды, используемого в качестве своеобразной световой ариадниной нити, попробуем хотя бы на примере конституционно-правового регулирования отношений по телерадиовещательному делу найти наконец выход из векового лабиринта известной поговорки про немца и русского, которым ни-

как не везет: что хорошо для одного, оказывается плохо для другого.

И тогда (может быть, к следующему, 20-летнему юбилею?!) мы с полным правом сможем подарить юбилярше и себе кружево из красивых слов про ее крепнущую правосуднающую силу, а не только сегодняшние рабочие узелки памяти.

Виктор Монахов — старший научный сотрудник сектора информационного права ИГП РАН, профессор кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности (Москва), член Российского комитета Программы ЮНЕСКО «Информация для всех».

¹ См.: Пастухов В. Второе дыхание русского конституционализма // Сравнительное конституционное обозрение. № 2(63). 2008. С. 4.

² См.: Пастухов В. Там же. С. 9, 10.

³ См.: Конституционное правосудие на рубеже веков: Материалы международной конференции, посвященной 10-летию Конституционного Суда РФ, 1–2 ноября 2001 года. М.: Норма, 2002. С. 11–12.

⁴ См.: Хоффманн-Рим В., Монахов В. Право радио и телевидения в России. На пути к новой организации электронной прессы. Баден-Баден; Гамбург: Номос; СПб.: Невское время, 1994. С. 49.

⁵ Решение Федерального конституционного суда ФРГ (далее — BverfGE) 12, 205–264.

⁶ См.: Mediengesetz, StF: BGBl. Nr. 314/1981.

⁷ См.: Федотов М. От цензуры к свободе слова // Хоффманн-Рим В., Монахов В. Указ соч. С. 298–299.

⁸ См.: Монахов В. Законодательные основы права радио и телевидения в России // Там же. С. 308–312.

⁹ О современном взгляде на соотношение основных категорий в этой сфере см.: Артищев А. И. Распространение информации и телерадиовещание: соотношение понятий // Представительная власть — XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. 2008. № 2(81), 3(82). С. 54.

¹⁰ См. об этом: «Государственный Договор о радио- и телевидении», изд-во «Интер Национес», Д-53175, Bonn, 1996, 46с.

- ¹¹ BVerfGE 57, 295.
- ¹² Подробнее об этом см.: Medienrecht im Vergleich Deutschland – Russland: Eine Initiative des Petersburger Dialogs = Право СМИ в Германии и России (сравнительно-правовой обзор): Инициатива «Петербургского Диалога» / S. Albert, M. Fedotov. Würzburg: Königshausen und Neumann, 2004. S. 301–302.
- ¹³ См.: Монахов В. Эволюция информации: от безопасности к развитию // ТелеЦЕНТР. 2004. № 4(6). С. 1619 (<http://www.ifap.ru/library/book/023.pdf>).
- ¹⁴ Концепция была разработана в первой половине 2005 года и опубликована на сайте Министерства культуры в июле 2005 года (<http://www.mkmk.ru/info/federalprogramms/>).
- ¹⁵ См. об этом: Федотов М. А. Закон об общественном телерадиовещании. Каким ему быть? Мнение ученых. М.: Фонд развития общественного телерадиовещания, 2002.
- ¹⁶ См.: Норденстренг К. Структура медийной этики // Медийная этика: Начало социального диалога / Под ред. Б. Патина. Левен (Бельгия): Пеетерс, 2000. С. 69–86.
- ¹⁷ BVerfGE 12, 205.
- ¹⁸ См.: Хоффманн-Рим В. Общественное вещание: современное состояние и перспективы регулирования в Германии // Общественное телерадиовещание: Документы, комментарии, рекомендации. СПб.: Лик, 2000. С. 130–158.
- ¹⁹ См.: Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М.: Юридическая литература, 1981. С. 198.
- ²⁰ Проект Директивы Европейского парламента и Совета о внесении изменений в Директиву Совета ЕС 89/552/ЕЕС о координации определенных положений, установленных законодательно, регулятивно либо административно странами-участниками (Европейской Конвенции о трансграничном телевидении) в области осуществления телевизионного вещания, 2005/0260 (COD) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities {SEC(2005) 1625} {SEC(2005) 1626} (<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=9938>).
- ²¹ BVerfGE 60, 53.
- ²² BVerfGE 83, 240–362.
- ²³ Подробнее о структуре и деятельности этих ведомств см.: Монахов В. Опыт обеспечения свободы массовой информации и регулирования деятельности прессы в ФРГ // Бюллетень Судебной палаты по информационным спорам при Президенте Российской Федерации. № 3. 1997. С. 33–46.
- ²⁴ Дополнительную информацию по этой проблеме см.: Menninge W. Rundfunkarbeit als politisches Mandat? // Rundfunk und Fernsehen. 1981. S. 185; Vogel P. O. Tödliches Ende auf Parteisohlen // Evangelischer Pressedienst / Kirche und Rundfunk. 1983. S. 1; Plog J. Organisation und gesellschaftliche Kontrolle des Rundfunks // Fernsehen und Hörfunk für die Demokratie: ein Handbuch über den Rundfunk in der Bundesrepublik Deutschland / J. Aufermann, W. Scharf, O. Schlie (Hrsg.). 2. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1981. S. 52, 55 ff. См.: Ronneberger F. Kommunikationspolitik: Kommunikationspolitik als Medienpolitik. Mainz: von Hase & Koehler, 1986.
- ²⁵ BVerfGE 30, 314.
- ²⁶ Размер этих сборов в Германии вырос с 8,50 немецких марок в 1970 года до 21,47 евро (примерно 42 прежних немецких марки) с 1 января 2000 года. В Британии размер так называемых лицензионных отчислений за право пользования телевизионными приемниками в пределах Соединенного Королевства, которые составляют единственный источник финансирования такого известного вещателя, как публично-правовая корпорация Би-би-си, также постоянно повышается. В 2007/2008 году отчисления на цветное телевидение составляет 11,29 фунта (579,2 руб.) в месяц. Если вам больше 75 лет, то для вас телевидение бесплатно. Если вы официально зарегистрированный слепой, то вы платите только половину абонентской платы. Плата за черно-белое телевидение отдельная и составляет всего 45,5 фунта (2334 рубля) в год. Плата за радиовещание отсутствует. Также существуют довольно развернутые отдельные правила, определяющие абонентскую плату для вторых домов, общежитий, гостиниц, студентов или каких-то иных особых ситуаций.
- ²⁷ BVerfGE 87, 181.
- ²⁸ Третьи программы в Германии – это региональные телепрограммы, распространяемые земельными вещательными компаниями в установленных для них зонах вещания. Первая (АРД) и вторая (ЦДФ) программы – общегерманские.