

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК
ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО ГЕРМАНИИ

Сокращенный перевод немецкого семитомного издания

Том 1

Москва, 1994

Авторы 1 тома:

*Н. АХТЕНБЕРГ, П. БАДУРА, Е. В. БЕКЕНФЁРДЕ, В.К. ГЕК,
В Ш ГЛЕЗЕР, Р ГЕРЦОГ, Я. ИЗЕНЗЕЕ, О. КИМИННИХ,
Г КЛЯИН, Ф. КУНИГ, В. ЛЕВЕР, Г. МАНЕР, Г. РЁЛЛЕКЕ,
Л. ХЕБЕРЛЕ, В. ХЕНКЕ, Х.В. ЦАХЕР, В. ЦЕЕ, К. ШЛАИХ,
Е. ШМИДТ-АСМАН, М. ШРЕДЕР*

Перевод:

Часть 1 - Ю. П. УРЬЯС.

Часть 2 - Л.Д. ЮДИНА.

Часть 3 - Л.В. ГОЛОВИНА, Н. В. КОРОСТЕЛЕВА,
А. А. ПОПОВА.

РЕДКОЛЛЕГИЯ:

*академик Б. Н. ТОПОРНИН (ответственный редактор).
доктор юридических наук Б. М. ЛАЗАРЕВ,
доктор юридических наук Ю. П. УРЬЯС*

ISBN 5—201—01286—3

© — Институт государства и права РАН, 1994 г.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Книгам далеко не всегда предшествует предисловие. Оно может присутствовать, помогая читателю сразу же войти в курс дела, понять замысел издания, сопоставить прочитанное с уже известными работами. Если такого предисловия не получится, то большой беды в этом не будет: читателю стоит только открыть книгу и она скажет о себе и об авторе все что нужно. Но кроме деления предисловий на полезные и бесполезные, хорошие и плохие существует еще классификация по критерию жесткой необходимости. Как бы предисловие ни было написано, важно одно — чтобы у читателя не появилось искаженных, неверных представлений об издании и, если возникнут вопросы, можно было бы найти на них ответы. Именно к последнему виду относится данное предисловие: его просто нельзя не написать. И вот о чем стоит сообщить читателю с самого начала.

В Германии совсем недавно, в середине 1993 г., был завершен фундаментальный проект — вышел в свет последний, седьмой том энциклопедического справочника-словаря по государственному праву этой страны. Двум широко известным профессорам государственного права — И. Изензее и П. Кирххофу — удалось организовать и с успехом завершить труд, аналогов которому в науке государственного права не только Германии, но и других стран мира трудно, практически невозможно найти. Напомним, что первый том был опубликован еще в 1987 г., но учитывая, что на разработку замысла и написание текстов ушли годы, можно понять, как много усилий и времени затрачено на это издание.

Масштабы сделанного не могут не впечатлить даже тех, кто привык не удивляться. Каждый из семи томов насчитывает не менее тысячи страниц. В подготовке многотомника приняло участие более 100 авторов — в сущности, лучших специалистов по государственному праву, представляющих цвет науки. Среди них представители трех поколений государствоведов, многих направлений правовой мысли. Поэтому к уровню и манере изложения могут быть предъявлены самые высокие требования. И они с лихвой удовлетворены.

Структура семитомного труда хорошо продумана. Она позволяет, с одной стороны, соблюсти традиции, обеспечить классический подход к раскрытию основных положений государственного права, а с другой — выделить главное и основное для современного этапа развития. В этом можно убедиться ознакомившись с перечнем томов:

1. Основы государственного строя и конституции.

2. Демократическое волеобразование; государственные органы федерации.

3. Функционирование государства.

4. Конституционные основы финансовой системы. Федеративное устройство.

5. Общее учение о правах человека.

6. Права и свободы человека.

7. Нормативная природа и охрана конституции. Международные отношения.

К сожалению, перевести и опубликовать все семь томов на русском языке — хотя это было бы очень полезно — оказалось невозможным, так как не только потребовало бы огромных усилий и материальных затрат, но и (что немаловажно) много времени. Между тем нужно было как можно скорее донести до российского читателя основные положения государственного права Германии, предложить ему своего рода квинтэссенцию всего труда. Поэтому после обстоятельных взаимных консультаций, прежде всего с организаторами и руководителями всего издания И. Изензее и П. Кирххофом, было принято согласованное решение: опубликовать на русском языке в сокращенном виде не все, а основные разделы семитомника, уместив российский вариант всего в двух томах.

Это была чрезвычайно трудная и, надо признать, во многом неблагодарная работа. Жесткие рамки двухтомника не могли позволить российскому читателю познакомиться со всем богатым и полезным содержанием немецкого издания. Поэтому прежде всего пришлось провести отбор по тематике разделов и отдельных статей, что уже вызвало значительные потери для тех, кто будет знакомиться с трудом только по двум томам на русском языке. Но и такое самоограничение оказалось недостаточным. Если следовать только по этому пути, то за бортом могли бы оказаться многие темы, актуальность которых в российских условиях не вызывает сомнений.

Пришлось прибегнуть и к еще более сложному методу сокращения: с одной стороны, делать немалые купюры в тексте статей, выбранных для перевода, а с другой — сокращать остающийся текст. Если отбор статей можно сравнить с отсечением отдельных компонентов единого архитектурного ансамбля, то к их сокращению больше подходит язык медицины, признающей необходимость «резать по живому». В связи со всем этим издание понесло заметные потери, особенно из-за вычеркнутых уточнений и разъяснений, исторических экскурсов, дискуссионных материалов, ссылок на использованные работы, приводимых законов.

Строгие рамки двух томов служат объяснением предпринятого сокращения. Хочу просить авторов разделов и статей, которые не попали в настоящее издание, принять мои извинения и одновременно выразить сожаление, что их замечательные материалы пока еще не стали доступны российскому читателю. Отдаю себе

отчет в том, что они достойны самой высокой похвалы, очень важны для специалистов и должны в конце концов дойти до широких читательских слоев. Что касается сроков и формы их публикации в России, то это дело будущего. Заранее признаю критику и за сокращения в публикуемых текстах, которые в полном объеме, конечно, смотрятся куда лучше, и надеюсь на то, что чистосердечное раскаяние смягчит мою вину в глазах авторов — глубоко уважаемых и высоко ценимых мною коллег.

Если говорить серьезно, то уверен, что двухтомник вызовет большой интерес у российского читателя — а круг читателей очень широк. «Государственное право Германии» написано не только фундаментально, но и очень четко и понятно. С ним будут знакомиться депутаты и государственные служащие, специалисты как в области права, так и в области политики, истории, экономики, социологии, профессора и студенты, ученые-германисты и, что стоит особо подчеркнуть, те, кто ищет пути решения проблем, связанных с трансформацией российского общества, кого волнуют вопросы развития современного мира.

Сегодня обращение к зарубежному опыту имеет не только теоретическое, но и практическое значение. В развитии общественной мысли в России произошла переоценка многих прежних ценностей, трудное, но закономерное освобождение от обязательных идеологических штампов и стереотипов, свойственных недавнему прошлому. Главное, что происходит в России, можно было бы выразить в нескольких словах: страна идет по пути трансформации общества на началах, отражающих достижения всемирной цивилизации. Это рыночная экономика, демократическая система управления и, конечно же, самое основное — свобода и широкие права человека. Другие государства вступили на этот путь значительно раньше, у них есть весомые, зримые достижения, которые, кстати, дались ценой немалых усилий и потребовали длительного времени. Изучение и анализ их опыта позволяет воспользоваться результатами общечивилизационного процесса, быстрее пройти этап поисков, выбора наиболее подходящих моделей общественной организации, целей и инструментов необходимых кардинальных реформ.

Уважительное отношение к зарубежному опыту не имеет, однако, ничего общего с его апологетикой, слепым копированием, со всем, что нельзя оценить иначе как бездумное подражательство. Эпигонство никогда и нигде — ни в науке, ни в искусстве, ни в политической практике — не было способно даже повторить сделанное, не говоря уже о творческом развитии. Более того, за рубежом, как известно, есть различные конкретные модели государственного и правового развития.

Одни из них являются достижениями человеческой цивилизации, имеющими глобальный характер, и потому могут быть восприняты повсеместно, в самых различных условиях. Другие модели также очень хорошо себя показали, но, будучи порождением многих конкретных факторов (экономических, исторических, гео-

графических и т. п.), имеют ограниченный радиус действия. Их «трансплантация» на другую почву зачастую весьма непродуктивна. И наконец, не исключено, что в других странах были введены модели, которые оказались малополезными, а то и вовсе ненужными. От потерь, связанных с поисками новых решений, никто в мире не застрахован. Критический и одновременно творческий подход к использованию мирового опыта — неперенное условие успеха.

Опыт Германии бесспорно составная часть мирового опыта. Этим уже сказано многое, но не все. Германское право относится к так называемой континентальной, европейской правовой системе в отличие от права США, Великобритании или других стран, объединяемых понятием «общее», или прецедентное, право, или от права многих арабских стран (исламского права). И хотя в последнее время усилились тенденции гармонизации правовых систем, отражающие интеграционные процессы в экономике и торговле, существенные различия между системами права все еще сохраняются. Что же касается России, то она исторически ближе к континентальной правовой системе, в частности к германской школе права. Это предопределяет дополнительный интерес к изучению права Германии.

Но дело не только в преемственности традиций прошлого. Германия привлекает наше внимание и потому, что в исторически сжатые сроки — за десятилетия, прошедшие после окончания второй мировой войны, — страна сумела не только преодолеть кризис, в который ее вверг фашизм, но и войти в число передовых стран современного мира. Немаловажную роль при этом сыграло новое право, рациональности и действенности которого существенно способствовала юридическая наука.

Двухтомник «Государственное право Германии» представляет только одну, но, пожалуй, наиболее важную, ведущую отрасль права. Именно эта отрасль права закрепляет основы правового статуса человека и гражданина, принцип разделения властей, федеративное устройство страны, основы организации государственного аппарата. В России и многих других странах эта отрасль называется несколько иначе — «конституционное право», но несовпадение терминологии не должно смущать читателя. Речь идет, в сущности, об одном и том же. Понятия «государственное право» и «конституционное право» тождественны.

Даже в сокращенном виде «Государственное право Германии» поражает широким охватом вопросов. Но дело не только в этом. Издание отличается завидной содержательностью. Авторы внимательно, последовательно и полно рассматривают поставленные вопросы, привлекают наряду с чисто правовыми исторические, социально-политические и статистические данные, скрупулезно и всесторонне анализируют их. Это материалы высочайшей научной пробы. Более того, в необходимых случаях авторы специально углубляются в теорию вопроса. Не случайно один из семи томов посвящен основам концепции прав и свобод человека.

Издание — отнюдь не сочинение одних профессоров, написанное для других профессоров. Оно обращено к реальной жизни, к практике государственного строя и рассчитано на людей, которые не обязательно имеют диплом об окончании юридического факультета университета. Отсюда как выбор вопросов, так и характер их рассмотрения в двухтомнике. Государственное право предстает перед читателем не в виде набора формальных правил, а как живой социальный механизм, тесно связанный с развитием общества. Хорошо выписаны институты государственного права. Например, Федеральный конституционный суд вызывает интерес и уважение именно потому, что показан в контексте реальных событий.

Еще одно достоинство книги состоит в том, что авторы не ставят последнюю точку после разъяснения того или иного конституционного положения, а, как правило, раскрывают механизм его реализации. Это представляется тем более важным, что для построения правового государства необходимо не только записать правильную и хорошую норму в конституцию и торжественно ее декларировать, но и добиться того, чтобы она была усвоена людьми, а ее выполнение подкреплено действенной системой гарантий, соответствующими структурами и процедурами. Особое значение приобретает разрешение споров в суде. В двухтомнике можно найти ответ на вопрос о том, что нужно сделать в текущем законодательстве, в деятельности государственных учреждений для строжайшего соблюдения правовых норм.

У немецких авторов, разумеется, не отнимешь их хорошо известной черты — педантизма. И прочтение двухтомника показывает, что хороший педантизм весьма полезен. Каждый вопрос рассматривается обстоятельно, последовательно, всесторонне и доказательно. Нет фрагментарности, которая снижает уровень даже интересных книг, богатых новыми идеями. Существенно и то, что педантизм как раз способствует высокому уровню работы.

Успех издания на русском языке, конечно, предопределяется уровнем перевода. Надо сразу же сказать, что нам очень повезло: в переводе приняли участие лучшие силы России. При этом коллектив переводчиков сложился как из специалистов-филологов, так и из ученых, которые сами написали немало первоклассных работ по праву. Их положение оказалось нелегким не только потому, что немецкий текст был весьма сложным, но и по той причине, что им пришлось принять участие (скажу сразу: далеко не добровольное!) в сокращении текста. Причем каждый из них отчаянно боролся за то, чтобы максимально полно подать «свой» раздел, и имел для этого все основания — немецкий текст того заслуживал.

Хотелось бы выразить признательность и благодарность этим замечательным людям: научным сотрудникам Института государства и права РАН — И. А. Ледях, С. В. Полениной, Ю. П. Урьесу и Л. Ф. Фоминой, а также филологам — Л. В. Головиной,

А. Э. Жалинскому, Н. В. Коростелевой, А. А. Поповой, С. А. Реутовой, Е. А. Сидоровой и Л. Д. Юдиной.

Впрочем, о работе институтских коллег можно сказать еще и то, что они совмещали приятное с полезным: их участие в переводе во многом объясняется профессиональным интересом.

Многое сделали для редактирования издания два профессора Института государства и права РАН: Б. М. Лазарев контролировал русскую сторону издания, а Ю. П. Урьяс внимательно следил за тем, чтобы перевод не отдалялся от немецкого оригинала.

Особо следует отметить усилия редотдела Института государства и права РАН во главе с проф. М. М. Славиным и типографии. По российским масштабам они сделали очень многое для ускорения публикации.

Издание двухтомника осуществлено в сотрудничестве и при поддержке Союза фондов содействия немецкой науке (г. Бонн), взявшего на себя расходы по публикации, и при самом тесном взаимодействии с руководителями германского издания профессорами И. Изензее и П. Кирххофом.

*Академик Б. Н. ТОПОРНИН,
директор Института
государства и права
Российской Академии наук*

Часть 1. ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ГОСУДАРСТВА

1. ГОСУДАРСТВО И КОНСТИТУЦИЯ

1. Взаимосвязь государства и конституции

Конституционное государство ФРГ представляет собой прежде всего определенное государственное образование. Но одного этого мало, чтобы попасть в сферу внимания науки государственного права. В первую очередь ей интересны конституционный строй и конституционный закон. Именно в их обличье конституционное государство предстает перед нами как юридически значимая величина. Однако государственность не укладывается в рамки правовой нормы, и потому обращение юридической научной дисциплины к этой стороне бытия конституционного государства может показаться излишним и даже рискованным. И все же конституция не может быть понята без государства. Оно является предпосылкой самого ее существования и объектом конституционного регулирования. Именно в государстве конституция действует и реализуется.

Иными словами, не существует государства без конкретной конституции. Государство как таковое, взятое независимо от своей конституции, — не более чем идеальная конструкция, искусственное создание мысли, абстракция из области общей теории государства. Всякое государственное право обращено к реальному государству, а оно в свою очередь неизбежно заключено в конституционные рамки. Так, государственность ФРГ — не метафизическая конституционная модель, а конституционно-правовая реальность демократического, федеративного, социального и правового государства в форме республики.

В германской теории государственного права наметилась смена парадигмы: термин «государство» часто вытесняется такими понятиями, как «конституция» и «демократия». Постепенно обнаруживается тенденция к тому, чтобы затемнить изначальную связь конституции с государством и создать оторванную от его проблем догматичную теорию самодостаточной, внутренне замкнутой конституции. Причины этого различны. К ним относятся, в частности, отрыв традиционных понятий теории государства от действительности, развитие плюралистических начал внутри госу-

дарства одновременно с процессами интеграции его с внешними явлениями, универсальность системы прав человека, утопические проекты и не в последнюю очередь исторические травмы, нанесенные немцам в результате злоупотребления в прошлом идеей государства и государственной властью.

Однако самому Основному закону внутренняя замкнутость не свойственна. Он ориентирован на государственную действительность, из которой исходит и которую организует в правовом отношении. Конституция формирует государство, но в свою очередь сама формируется им; государство образует естественные начала, детерминирующие содержание и границы действия конституции. К этим началам относятся пространственные и временные реалии, этические, социальные и культурные предпосылки, а также трактовки государства, его образцы и организационные модели, которые универсальны для всех стран современного мира, обеспечивают региональную конституционную однородность группы государств Запада или следуют специально германской традиции и ориентируются именно на германские перспективы.

Государство и конституция образуют в конституционном государстве специфическое интегрированное единство. Государственно-правовой анализ не может разделить субстанцию этих элементов или изолировать один от другого. Единственное, что он может и должен сделать: различать их в понятийном плане.

2. Государство как объект конституционного регулирования.

Содержание текста Основного закона

а) Преамбула

Задача преамбулы Основного закона — определить принципиальное соотношение государства и конституции. Вводная часть, не затрагивая позитивно-правовой материи конституционного регулирования, указывает на лежащие вне права основания его авторитетности, а также истоки конституционного правотворчества. Создатель конституции декларирует легитимность и осознанность своих действий, провозглашает моральные основания своей ответственности, определяет свои цели и устанавливает юридические гарантии. Он указывает территориальные пределы, в которых будут действовать и развиваться принятые им правовые нормы. Преамбула отражает главные конституционные начала и идеи, выступая таким образом как результат прикладной теории государства и теории конституции.

Государство возникает раньше конституции. Только народ, объединенный в государство, дееспособен вообще, а значит, в состоянии принять конституцию. Создателем Основного закона ФРГ является единый германский народ.

Содержание преамбулы соответствует представлению о том, что государство существует до принятия конституции и что этот акт как бы не затрагивает существование государства. С одной

стороны, государственность как таковая не зависит от намерений создателя конституции. Он не принимает решения о том, должно ли существовать государство, а наоборот, исходит из его существования и лишь преобразует его. Государство — первичная материя, а конституция — ее форма. Однако государство — не какое-то бесформенное вещество — первичная материя в духе классической онтологии, это материя вторичная, т. е. лишь отчасти предварительно оформленная, но нуждающаяся в дальнейшем формировании и поддающаяся таковому. Элементы государственности, предшествовавшие принятию конституции, находят только частичное и косвенное отражение в ее тексте.

С другой стороны, предшествующая конституция, как бы черновая форма государства, представляет собой нечто вроде заготовки. Законченный облик государства создается лишь благодаря конституции: в конкретном общественном строе, разграничении властных полномочий и гарантиях свободы, в организационных структурах, целях и пределах государственной власти, а также в системе основных прав граждан. Создание конституции является, таким образом, осуществлением, развитием и завершением государственности. В то же время государство служит конституции в качестве субъекта предусмотренных ею обязанностей и ее гаранта. Государство и конституция в их взаимосвязи выступают как средство и цель. Воля к конституционному творчеству опирается на волю, стремящуюся к государственности; первая стимулирует и подтверждает вторую. Главнейшее положение конституции, предшествующее всем остальным и в них реализуемое, касается осуществления государственности. Оно и представляет собой основополагающий принцип конституции.

*б) Фрагментарное описание конституционного государства.
Содержание регулирования и выбор его объектов*

Основной закон разрешает проблему территории государства, очерчивая пространственные пределы его деятельности. Он указывает и признаки народа как носителя государственности, определяя, кого следует считать немцами (ст. 116 Основного закона), и утверждая в преамбуле, что германский народ осуществляет свою конституционную власть.

Что касается государственной власти, т. е. третьего элемента государства, из которых оно складывается согласно господствующей практике международного права и традиционным воззрениям общей теории государства, то Основной закон провозглашает народ источником всей государственной власти (ст. 20, абз. 2), однако не дает ее определения. Он различает три вида власти — законодательную, исполнительную и судебную, — опираясь на конкретные конституционные нормы: о сфере действия основных прав (ст. 1, абз. 3 Основного закона), о связанности власти конституцией и законами (ст. 20, абз. 3), о разделении властей и разграничении компетенции между участниками федерации. Ограниче-

ние сферы деятельности должностных лиц охватывается понятием «осуществление властных полномочий» (ст. 33, абз. 4 Основного закона). Задачами конституционного регулирования являются: легитимация государственной власти, ее организация, сдерживание, ограничение и определение направлений деятельности. Цель конституционного закона — учредить парламентскую демократию, федеративное и социальное правовое государство, закрепить его формы и цели, но не проектировать государство как таковое. Положения Основного закона опираются на уже сложившуюся концепцию государственной власти; именно поэтому она не превращается в непосредственный предмет нормотворчества.

Основной закон дает только фрагментарную картину конституционного государства, он не предполагает его подробного описания подобно тексту учебников, а преследует лишь интересы практического регулирования. Существование определенных государственных структур самоочевидно и не нуждается в защитной аргументации. Задача конституции правового государства состоит в том, чтобы обеспечить свободу его граждан и связанность государственной власти правом, а не в том, чтобы санкционировать гражданские обязанности и условия осуществления государством его функций. Вот почему Основной закон провозглашает связанность законом и правом как исполнительной власти, так и правосудия, а не законопослушание гражданина, хотя, конечно, предполагает его необходимость.

Прием такого одностороннего регулирования соответствует правилу о приоритетах в правовом государстве, лежащему в основе либеральных конституций. Суть его состоит в противопоставлении принципиально неограниченной свободы частного начала и столь же принципиального ограничения государственной власти. Свобода рассматривается как некая данность, предшествующая государству. С точки зрения либерализма государство представляется неизбежным злом. Конституционный закон создает гарантии того, чтобы это зло не перешагнуло рамки необходимости. Он очерчивает границы государственной власти, оберегая таким образом сферу свободы, и ставит барьеры, препятствующие злоупотреблению властью. Его высший смысл заключается в гарантиях свободы. С этой точки зрения государственную власть следует не гарантировать, а «приручать». В случаях, когда легитимные потребности самоутверждения государства входят в противоречие с правами и свободами граждан, разрешение коллизии следует искать в сфере, подчиненной конституции, прежде всего на уровне обычного закона, который в свою очередь должен уважать прерогативы конституции.

Известное пренебрежение теоретическими проблемами государственности не является особенностью Основного закона ФРГ. Общие начала государства обычно не становятся объектом регулирования для конституционных законов. Это заметно уже в конституциях XVIII в., послуживших прототипами позднейшего правотворчества. Например, основными конституционными проблема-

ми французского Национального собрания были права человека и гражданина, а также народный суверенитет. Но будучи весьма расположено к тому, чтобы поучать все человечество, Национальное собрание не проронило ни единого слова об основаниях и принципах устройства современного государства. В качестве такового оно молчаливо присвоило себе наследие абсолютистской монархии, очертив горизонт, в пределах которого действовали все последующие революции и конституционные реформы. Они предлагали альтернативы традиционным государственным формам, но не государству как таковому.

Первые американские конституции не отличались существенно от французских в выборе объектов регулирования, хотя и не могли опереться на уже сложившиеся государственные формы, поскольку государство и конституция возникли в Америке одновременно. Но и отцам американской конституции не пришлось изобретать государство. Как модель политического устройства оно существовало и до них. Им не нужно было добиваться и согласия относительно того, что представляемый ими народ должен обрести государственную форму существования. Они собрались на Конституционный конвент именно потому, что стремление к государственному объединению стало уже фактом. Однако сложными и нерешенными были тем не менее вопросы о том, в какую форму следует воплотить это единство, на каких условиях и в каких границах должна осуществляться новая государственная власть. Именно в этих пределах существовала потребность в политическом объединении и правовом регулировании. Вопросы о сущности и легитимации государства оставались за пределами горизонта конституционных прагматиков, в сфере философии государства. Так, Гоббс, Локк, Монтескье и другие мыслители разрабатывали теоретические предпосылки, практическим следствием которых стало появление новых конституций.

в) Принципы государства в конституционном законе

Основной закон не формулирует определенным образом концепцию государственности, на которую опирается. Но это не исключает ее реконструкции посредством толкования. Оно может скорректировать односторонние представления о конституционном регулировании, диктуемые потребностями юридической практики, в интересах системного государственно-правового подхода, а также вскрыть смысловые и функциональные связи и заполнить пробелы конституционного текста. Путем такого подхода, «имманентно присущего конституции», можно прояснить некоторые принципиальные черты государственности. За деталями распределения компетенции и процедурами принятия решений просматривается государственный принцип единства решений и их исполнения в условиях свободной демократии.

Конституционно-правовое регулирование государственных функций позволяет составить представление об основных задачах

современного государства, его прерогативах, монополии власти и внутреннем суверенитете. Необходимость организации государственной власти может быть обоснована потребностью обеспечить свободу и равенство при реализации основных прав человека, которые ориентированы на государство не только как на их гаранта, но и как их потенциального нарушителя. Предположительная компетенция земель, которая реализуется путем осуществления государственных полномочий и решения государственных задач, поскольку конституция не устанавливает или не допускает иного (ст. 30 Основного закона), не исключает широкой, заранее не определенной концепции разграничения государственных полномочий, т. е. возможности всеобъемлющей компетенции земель. Формальные и материальные конституционные условия, на которых основано действие любого закона, предполагают неукоснительное соблюдение гражданами законов, соответствующих конституции.

Логика практической жизни позволяет сделать вывод о реальных условиях действенности конституционных норм. Такой подход вполне легитимен, а в определенных пределах и неизбежен; правда, эффективность его ограничена. Исходное представление о реальной или возможной сущности государства необходимо для «имманентного текста» конституции анализа принципов организации государства. Герменевтика свидетельствует, что предварительное понимание предмета составляет необходимую предпосылку возможного толкования текста. Сначала предполагается гипотеза, которая рассматривается применительно к правовой норме и интерпретируется в связи с ней, а в конечном счете может быть подтверждена, модифицирована или отброшена. Правда, имманентный конституционному тексту анализ не снимает выходящего за рамки конституции вопроса о сущности государства. Он обязывает исходить из общих представлений, предшествующих конституционной доктрине, из концепции государства, которой руководствовался создатель конституции.

3. Конституция и общие принципы государства

а) Проблема адекватных конституции концепций государства

Вопрос о сущности государства (а он не исчерпывается пониманием сути конституции) у нас обостряется событиями германской истории. Легко возникает подозрение, что конституцию пытаются использовать против государства, трактуемого как пережиток недемократических форм политического строя. Действительно, у нас существуют традиционные представления, согласно которым государство и конституция — это некие противостоящие явления. Германскую теорию государства XIX и XX столетий упрекают в том, что она консервирует в своих положениях отжившие идеалы бюрократической замкнутости, суверенитета и непартийной нейтральности, которые полностью противоречат принципам демократии, правам человека и плюрализму. Во всяком

случае теория и практика свидетельствуют об ошибочности рассуждений о государстве, не принимающих во внимание существующую в нем конкретную форму правления.

Здесь следовало бы предварительно договориться о смысле некоторых понятий и об уровнях, на которых они применяются. Демократия может войти в противоречие только с недемократической системой, а конституция — только с другой конституцией, например либеральная — с авторитарной. Противоречие с абстрактным государством нереально, оно мыслимо лишь как противоречие с его конкретным правовым или фактическим строем, точно так же как и с его конституцией. Видовое явление не вступает в конфликт с родовым, которым поглощается; конкретное государство не может конфликтовать с государством как родовым понятием. Конфликт, который выдается за столкновение государства и демократии или государства и конституции, возникает в действительности между несовместимыми конституциями, из которых одна (демократическая) действует в своем истинном качестве, а другая (недемократическая) выдается за выражение сути государства, причем такого, которому приданы определенные конституционные формы. Следовательно, государство идентифицируется с соответствующей государственной формой, а в его понятие включается специфическое (несовместимое с демократией) конституционное содержание. Очевидно, что в этой связи не может идти речь о государстве как таковом, т.е. о понятии, абстрагирующемся от конституции.

Критические работы, независимо от того, оправданы или нет исторически их аргументы, не касаются поднятого выше вопроса о государстве. Суть проблемы не в том, чтобы подчинить интересам демократии априорное понятие государства, а в том, чтобы выяснить принципы его организации, соответствующие нуждам демократии и образующие единство, неразрывное с ней.

б) Конституция как продолжение традиций

Определенные категории государственности утрачивают смысл не только потому, что возникли в эпоху, не знавшую демократии. Свободная демократия — результат эволюционного исторического процесса. Ее нормативно оформленные принципы связаны с не-оформленными принципами более ранних периодов политической истории. Однако нельзя разделять их механически, не рискуя подорвать жизнеспособность. «Новый строй», создающий свою конституцию, всегда нов лишь отчасти и потому с неизбежностью должен воспринять элементы прежнего.

Здесь пролегает граница политических возможностей, за которую вопреки любым постулатам о суверенности власти не способен выйти ни один создатель конституции. Он в состоянии придать новые черты лишь отдельным сторонам жизни народа, но не преобразовывать всю ее разом, потому что нельзя оторвать народ от его истории и хотя бы на мгновение остановить течение жизни.

Учитывая, что готовность людей к решительным действиям не всегда соответствует имеющимся в их распоряжении средствам, философы говорят о «невозможности использования представляющих шансов». Это сковывает инициативу и заставляет принять как данность большинство реалий, чтобы провести необходимые в этих условиях изменения. В практической деятельности, чтобы смягчить давление всей совокупности обстоятельств, нужно принять исторические условия за основу действий.

Теория, связывающая современную конституцию с прошлым, позволяет увидеть без прикрас картину государства, соответствующую конституции. Конституционный закон — не только результат кодификации основополагающих правовых норм, но и как бы кодификация их связей с прошлым, которые придают этим нормам смысл, содержание, форму и действенность.

4. Конституционная норма и конституционная действительность

а) Конституция как основа реального строя

Трактовка конституции как совокупности правовых норм, лежащая в основе теории конституционного государства, утвердилась лишь в XVIII в. Ей предшествовало представление о конституции как конкретном облике государства и форме господства. Такое понимание, опирающееся на повседневную реальность, восходит к Аристотелю, который определял конституцию как устройство государства (полиса), имея в виду и его отдельные службы, и систему управления им в целом. Таким образом, конституция была идентична форме государства, а ее понятие носило описательно-типологический характер. Однако конституции отличаются друг от друга и по этическому признаку. В зависимости от того, служит ли конкретное государственное образование общему благу или эгоистическим интересам правителей, его конституция выполняет свое предназначение или пренебрегает им. Таким образом, конституция отражает как характер власти, так и моральный уровень общества.

Существуют хорошие и плохие конституции, но и плохая — все равно конституция. Не оболочка, а именно реальное содержание конкретных конституций позволяет провести между ними различия оценочного характера. С этой точки зрения нет государства без конституции, отсутствие конституции означало бы анархию. Для духовной истории Европы характерно понимание конституции, ориентированное на реальность и безразличное к проблеме ценностей. От «Политеи» Аристотеля и «статут» Фомы Аквинского, Бодена и Гоббса до «реалистических» конституционных определений Сменда и Хеллера понимание конституции всегда отражало нечто сущее, а не должное. Характерное, привязанное к реальности понятие конституции нашло отражение в знаменитой речи Лассалля «О сущности конституции», в которой он назвал «действительное соотношение сил, существующее в обще-

стве», реальной его конституцией, а писаную конституцию иронически обозвал всего лишь «листом бумаги». Аналогичным образом, в духе «науки о реальности», рассматривал конституцию и Хеллер в системе современного ему и прогнозируемого на будущее оформления взаимодействия различных сил, благодаря которому постоянно воспроизводится единство и порядок в обществе.

б) Взаимосвязь конституционной нормы и конституционной реальности

Конституция нормативно провозглашает не реальное, а должное состояние государства. Государственная форма превращается в плод планомерного творчества создателя конституции. Реально властвование выступает не как содержание, а как объект регулирования. Конституция является не отражением действительности, а образцом для нее. Норма и реальность могут вступить в противоречие.

В то же время конституционная норма и конституционная реальность связаны теснейшим образом. Реальные отношения властвования требуют правового закрепления и легитимации. Конституционные положения, претендующие на эффективность действия и нормативную силу, должны учитывать реальные обстоятельства и соответствовать им. Отсюда следует, что конституционные нормы подчиняются своего рода «принципу относительности», т. е. обусловлены и ориентированы на силы, формирующие государство и являющиеся его опорой. Между конституционной реальностью и нормой неизбежна определенная напряженность. Но она не должна переходить границы, за которыми возникает угроза эффективному действию конституционной нормы. Такая эффективность изначально ставится под вопрос, если норма не учитывает реальных обстоятельств и перспектив развития, а ориентируется на недостижимые идеалы. Норма, оторванная от реальности и перегруженная содержанием, подсказанным лишь благими намерениями, может не оказаться ориентиром в жизни государства, а посеять сомнения в конституционности государственного строя и лишить его легитимности. Это относится не только к первоначальному тексту конституции и его более поздним редакциям, но и к последующему толкованию.

Реальная конституция, ориентирующаяся на конституционную норму, составляет единство мирных устремлений, властных функций и решений современного государства на основе его внутреннего суверенитета. Пока конституционная норма и реальность в принципе согласуются, норма укрепляет и усиливает государственное единство. Воля к поддержанию государственности опосредуется стремлением к сохранению конституции. Конституция в состоянии обеспечить консенсус основных сил плюралистического общества. Но он должен непрерывно поддерживаться, хотя может защищаться средствами государства лишь на определенных условиях. Как государственные органы, так и граждане призваны

в меру своих возможностей заботиться о том, чтобы уважение к конституционной норме сохранялось и укреплялось в общественном сознании.

Интерпретаторы конституции, полагающие, что они могут игнорировать действительность, лежащую в ее основе, рано или поздно сделают для себя «открытие», что конституция изменяется. Жизнь государства идет своим чередом и в какой-то момент не получает адекватного нормативного регулирования; ожидание, что на основе прежней нормы удастся управлять действительностью, тщетно. В то же время попытка толкования, синхронизирующего конституционную норму с непрерывно меняющейся реальностью, порождает опасность принесения ее в жертву самой сути нормативного регулирования. Опасность существует, когда интерпретаторы полагают, что устранение раздела между конституционной нормой и реальностью должно превратиться в перманентный процесс их взаимного соподчинения с помощью толкования норм; конституционные нормы призваны воспринимать изменения реальности. При таком подходе их может захлестнуть поток изменений, который они должны направлять и регулировать. Конституционная теория пока не разрешила дилемму, как избежать «размягчения» конституционного государства, не оказавшись в государстве, застывшем в своем развитии и оторванном от реальности.

II. ДОСТОИНСТВО ЧЕЛОВЕКА КАК ОСНОВА ДЕМОКРАТИЧЕСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

1. Достоинство человека, культура и личность

Несмотря на существование обширной практики Федерального конституционного суда ФРГ, до сих пор не выработано достаточно четкой и удобной формулировки относительно того, как следует понимать достоинство человека. В различных определениях этого понятия угадывается между строк, что все они исходят из представлений о достоинстве, присущих различным и своеобразным культурам. В результате возникает проблема культурной зависимости таких представлений, в том числе и прежде всего проблема их религиозных истоков. Например, возникает вопрос, не противоречит ли положение женщины по нормам ислама понятию человеческого достоинства, общепринятому в западном мире (универсальному)? Справедливо ли известное утверждение американского социолога У. Самнера, что обычаи не могут породить права?

Ответить на этот вопрос можно только с позиций конкретной государственно-правовой системы. Причем в данном случае следует руководствоваться тезисом, согласно которому совокупность личностно ориентированных гражданских прав и обязанностей

должна позволить каждому человеку стать, быть и оставаться личностью. Среди правовых гарантий личного бытия, личностного существования в различных сферах жизни человеческому достоинству принадлежит первое место: от того, каким образом человек становится личностью, зависит и понимание его достоинства. При этом следует различать две проблемы: как формируется персональная идентичность в конкретном обществе и в какой мере можно исходить из общей для различных культур (и потому универсальной) концепции идентичности личности.

Знакомясь с различными психологическими и социологическими концепциями по данной проблеме, мы обнаруживаем в них нечто общее не только терминологически, но и по существу: оказывается, становление личности происходит в условиях свободы, заключенной в известные рамки. К ним относится, в частности, правовая надстройка общества. Через нее принцип достоинства формирует у каждого индивида определенные нормативные представления о сущности личности, несущие на себе отпечаток той культуры, в условиях которой они возникли.

Однако содержание понятия «достоинство человека» может быть проанализировано не только с сугубо культурологической точки зрения. Уже при знакомстве с общими для различных культур концепциями идентичности выясняется, что определенные основополагающие компоненты человеческой личности принимаются во внимание во всех культурах, а значит, и входят в содержание концепции достоинства человека, не сводимой к культурным особенностям.

Кроме того, ориентиры, на фоне которых происходит свободное, но определенным образом направляемое превращение человека в личность, отнюдь не статичны. Конкретные, т. е. социально закрепленные, возможности развития и контактов (например, в виде стереотипов поведения, в частности «цеховых правил» в профессиональной сфере) являются частью таких (не только правовых) ориентиров. В результате культурный компонент представлений о достоинстве человека оказывается подверженным влиянию времени, а сами ориентиры становятся подвижнее и разнообразнее в связи со все более широкими возможностями ориентации. Возврат к традиционному застывшим представлениям затрудняется и даже становится нереальным.

Иными словами, конституционное государство осуществляет принцип достоинства человека, превращая граждан из объектов воздействия в активно действующих субъектов. В этом смысле эволюция понятия «достоинство человека» есть история возникновения и развития отношений между государством и гражданином, а по мере исчезновения различий между государством и обществом станет историей отношений между гражданином и государством, идентичным обществу. Это отчасти оправдывает попытки трактовать достоинство человека как реализацию отдельной сложившейся личности или как самостоятельность действий индивида. (В современной практике они видны, например, в осуществле-

ний права личности на «самоопределение в сфере информации».) Понятие становления личности и гарантий ее прав мы трактуем очень широко ввиду разнообразия ориентиров, определяющих суть человеческого достоинства, в число которых входят социальные и правовые возможности и условия.

Дополнительные коррективы в чисто культурологическое понятие достоинства человека вносит разрушение государственных, а вместе с ними и культурных границ «в мировом сообществе» (Луман). Понятие достоинства человека формируется сегодня уже не только внутри одного общества или одной культуры. Оно складывается и развивается в процессе взаимовлияния различных культур, в особенности под воздействием пактов о правах человека. Развивая концепцию достоинства человека, нельзя упускать из виду «индивидуальную» культуру политического сообщества, но ее не следует и абсолютизировать. Понятие человеческого достоинства отчасти связано с определенной культурой; оно входит в культурный контекст, но в своем развитии обнаруживает тенденцию к приобретению универсальных черт.

2. Принцип уважения человеческого достоинства — базисная норма Основного закона ФРГ

Конституция, провозглашающая принцип уважения человеческого достоинства (ст. 1, абз. 1), декларирует тем самым свое понимание государства и права и выдвигает на передний план личные интересы. Уважение и защита человеческого достоинства как обязанность конституционного государства служит предпосылкой решения всех частных проблем правового регулирования. Принцип достоинства индивида — фундаментальная норма государственного строя, более того, он образует основу конституционно организованного общества и создает многомерное защищенное пространство, оберегающее его конституционно-правовое состояние от грозящих опасностей.

Для большинства зафиксированных в Основном законе прав личности характерна более или менее тесная связь с принципом достоинства человека. Соответствующие этому исходному принципу отдельные основные права гражданина, а также цели государства и варианты государственных форм служат его защите. В историческом процессе развития всего комплекса конституционных прав их четкое подтверждение или текстуальное обновление напоминает о базисном постулате защиты человеческого достоинства. Оно гарантируется благодаря совершенствованию всей системы основных прав личности в условиях возникновения в жизни общества новых «опасных зон». В формулах позитивного права, защищающих отдельные основные права, отразился мучительный негативный опыт нарушений человеческого достоинства. То что в рамках ст. 1, абз. 1 Основного закона может быть описано лишь негативно, т. е. с точки зрения возможного нарушения права, и с помощью формулы, имеющей в виду лишь объ-

ект защиты, формулируется затем уже более субъективно и с позитивных позиций в нормах об отдельных основных правах личности (например: «Каждый имеет право на охрану касающихся его сведений»). Взаимосвязь между ст. 1, абз. 1 Основного закона и отдельными правами гражданина видна и в том, что формула, указывающая на объект защиты, выглядит лишь как первый шаг к конкретизации понятия человеческого достоинства применительно к определенной сфере жизни или реальной ситуации. Она позволяет сделать второй шаг к развитию всей системы основных прав, в частности к закреплению в конституции принципа равенства граждан (ст. 3 Основного закона). Формуле человеческого достоинства могут быть приданы более четкие контуры уточнения сути уже обеспеченных (классических) или новых основных прав. Таким образом, в истории и современной действительности происходило и происходит взаимодействие ст. 1, абз. 1 Основного закона и норм, касающихся отдельных прав гражданина. Не случайно попыткам ограничительного толкования этих прав сопутствует стремление рассматривать их отдельно от ст. 1 Основного закона.

Правовая теория, нередко опирающаяся лишь на конкретные факты, должна постоянно иметь в виду исторические тенденции. Тогда мы поймем, что принцип достоинства человека есть постоянная «структурная норма», касающаяся государства и права. Призыв к его уважению и защите, в сущности, обращен к обществу в целом. Принцип уважения человеческого достоинства оказывает своеобразное побочное влияние на общество, конституируя его. Об этом свидетельствует конкретная судебная практика, относящаяся к применению этого принципа. Она уже так далеко продвинулась в установлении связей между достоинством личности и отдельными основными правами, в которых этот принцип и реализуется, что науке остается лишь придать такой практике теоретическое «обрамление»: прежде всего в теории конституционного государства. Принципиальное содержание идей социального правового и культурного государства есть вывод из конституционно-правовой заповеди уважения и защиты человеческого достоинства, провозглашенной в интересах установления связей «принципов» с реальной жизнью.

Поскольку отдельные основные права касаются многих аспектов анализа целей государства, учение об этих целях и задачах, а также о служении государства общему благу должно быть как бы спектральным анализом воплощения принципа человеческого достоинства в действиях государства, а также ограничений его компетенции и потенциальных возможностей. Правовое государство, действующее в интересах достоинства человека, превратилось ныне в государство социальное. Задачи конституционного государства в сфере культуры также могут определяться интересами обеспечения достоинства личности.

Конституционное государство покоится на двух основаниях: народном суверенитете и достоинстве человека. В духовной исто-

рии общества оба эти понятия до сего времени обсуждались и реализовывались чаще всего порознь. В политике и научной полемике народный суверенитет выступал как антипод монархической государственности. До наших дней его классическое понимание в духе Руссо («Вся государственная власть исходит от народа») отражается в текстах писанных конституций и в научной традиции. Привлекательность этого принципа столь велика, что вносимые в него поправки второстепенны; принципиальные сомнения на его счет едва ли возможны, а попытки дать содержательные варианты конституционных текстов крайне редки. Даже заявление Д. Штернберга о том, что «не вся власть исходит от народа», проникнуто невольным почтением к оспариваемой им позиции Руссо. Необходимость внесения корректив в учение об «абсолютном» народном суверенитете диктуется как современным пониманием демократии, построенной на принципах разделения властей и правовой государственности, так и плюралистическим содержанием воли народа. Сегодня становится актуальной задача освобождения понятия народного суверенитета от исторических наслоений и его анализа в связи с принципом защиты достоинства человека.

Сравнение текстов основных законов конституционных государств обнаруживает, что в старых конституциях народ выступал как первичный элемент триады, определяющей само понятие государства. Текстуально традиционная доктрина народного суверенитета выражалась формулой: «Вся государственная власть исходит от народа», — что не мешало принижать гражданина до состояния объекта действий государственной власти. Обращает на себя внимание и конституирование национальной государственности: народ (вопреки интересам этнических меньшинств) рассматривается как единое образование — нация (например, говорят: «германский народ»).

Почти незаметно новые конституции избрали иной путь. Они теперь или модифицируют формулу народного суверенитета, или ставят систему основных прав в столь очевидную зависимость от гарантий достоинства человека, что это не может пройти бесследно для трактовки традиционной формулы. Например, ст. 1 (о достоинстве человека) корректирует ст. 20, абз. 2 Основного закона ФРГ (о власти народа). Если, согласно конституционному проекту Парламентского совета (ст. 1, абз. 1), готовившего Основной закон ФРГ, «государство существует ради человека», то вся государственная власть должна исходить от народа. Но ведь первоосновой этого положения и является достоинство человека! Именно она есть «архимедова точка опоры» всех проявлений и взаимосвязей властного начала, характерных для конституционного государства. «Господство народа» (опосредованное им и служащее ему) — лишь логическое следствие предыдущего тезиса. Предпосылкой же является защита человеческого достоинства (распространяющаяся, в частности, на отдельные основные субъективные права) как юридический фундамент существования

государства и народа, а также передачи всех властных полномочий народом государству и легитимации этого процесса.

Параллели между принципами защиты человеческого достоинства и народного суверенитета очевидны, например, в ст. 1 и 2 Конституции Греции 1975 г. Ее ст. 1, абз. 2 гласит: «Основой государственной системы является народный суверенитет», а абз 3 — «Вся власть исходит от народа и существует для него» и т.д. В то же время ст. 2, абз. 1 устанавливает основную обязанность государства — уважать и охранять человеческое достоинство. Таким путем принципиально увязываются концепции народного суверенитета и достоинства человека. Еще более определенно связь между ними формулирует ст. 1 Конституции Португалии 1976—1982 гг.

Народ не столько первичная сила, созданная природой, сколько результат плюралистических культурных процессов, который закреплён в Основном законе конституционного государства и неизменно проявляется в его культурных особенностях. Он состоит из «обладателей основных прав», т. е. граждан. Именно от них и исходит в конечном счете вся государственная власть. Вот почему уважение и защита достоинства человека — основная обязанность конституционного государства, точнее, его долг гарантировать основные права. В этом смысле ст. 1, абз. 1 Основного закона закрепляет потребность государственной формы, иначе говоря, оправдывает само существование государства. Достоинство человека — альфа (!) и омега народного суверенитета. Народ не мистическая величина, а сообщество людей, каждый из которых обладает собственным достоинством. Это исторически возникшее и развивающееся сообщество лиц, проживающих на определенной территории, сообщество, имеющее свои публичные институты и сознание ответственности, подчиняющееся правовым началам (в кантовском смысле).

Народ есть демократически конституированное сообщество, сознательно ориентирующееся на защиту достоинства человека и видящее в этом свой долг. Такое понимание существа дела позволяет избежать опасностей, которые возникали из сознательного преувеличения роли коллектива и приводили к проявлениям тоталитаризма. Любой авторитет организации вторичен по своей природе; нет достоинства государства, существует лишь достоинство человека.

С точки зрения отдельного гражданина несомненна логическая связь между достоинством человека и принципами свободной демократии. Формула Дюрита, согласно которой гражданин есть объект государственного воздействия, затемняет тот факт, что существует позитивно-правовая связь между достоинством человека и демократическими политическими правами гражданина на участие в формировании государства (Конституция Швеции говорит о правах народа).

Статья 1 Основного закона, а также избирательные права по его ст. 38 (и права, закреплённые в ст. 21 и на ней базирующие-

ся, находятся в логической связи со ст. 21 Основного закона. Правда, компромиссная формула, которая привела бы к «одному знаменателю» положения ст. 1 и 20, пока не найдена. Да она и вряд ли возможна в условиях, когда противоречия между индивидом и обществом, точнее — конституированным сообществом, создают чреватую конфликтами напряженную обстановку, правовое признание которой столь характерно для современной государственности. Однако народ отнюдь не враждебен государству или системе основных прав личности, напротив, он изначально подчинен ей и связан с конституционной государственностью; в глубинном смысле основные права человека и есть права народа (народные свободы).

Достоинство как явление культуры, рассматриваемое с универсальных и специально культурологических позиций, конкретизированное в принципах свободы, непосредственно служит силам, поддерживающим демократию. Повсюду, но с особым успехом в Германии, всяческие разновидности либерализма, позитивизма, а также буржуазные традиции, включая образцы мышления, свойственные германскому конституционализму, стремились отделить демократию как чисто государственную форму от связанных с политикой основных свобод личности. Именно поэтому сегодня нужно недвусмысленно подчеркивать связь между человеческим достоинством, основными свободами и последовательной демократией.

Отсюда не следует, что предпочтение должно быть отдано какой-то определенной форме демократии. Можно предположить, что на фоне укрепления системы основных прав человека ее плебисцитарный элемент усилится в той же мере, в какой конституция (подобно Основному закону ФРГ) будет делать ставку на представительную форму демократии. Поэтому опрометчиво рассматривать непосредственную демократию как особенно подходящую для обеспечения достоинства человека и столь же сомнительно видеть в одной только представительной демократии истинную ее форму. Только представительной демократии уже достаточно, чтобы создать условия, в которых достоинство человека выступает как сила, поддерживающая демократию. Это достоинство, рассматриваемое как право на участие в политике, есть, в сущности, основное право на демократические условия существования. Оно служит опорой демократии, и вместе с тем нужно признавать за народом его основные права. Совокупности отдельных индивидов, обладающих основными правами, соответствует в идеальном случае сумма основных прав, превращающих население в граждан конституционного государства.

Сказанное должно предопределять понимание избирательного права (например, в ст. 38, 39 Основного закона) и права на участие в формировании демократии. Вместе с политическими принципами ст. 5 и 8 (право на свободу мнений, печати, собраний и демонстраций) они служат функциональной базой демократии и выступают как конкретное проявление заряда граж-

данской активности, заключенного в формуле защиты человеческого достоинства. Лишение какой-либо группы лиц (скажем, так называемых бывших) избирательных прав означало бы нарушение этого достоинства. Люди превратились бы в объект действий государства с неизбежными последствиями для всей системы общественных отношений и утратили бы свою идентичность как личности (ведь даже в отказе от голосования может раскрыться личность гражданина). Независимо от редакционных погрешностей конституционных текстов внутренняя связь человеческого достоинства (трактуемого с политических позиций) и демократического избирательного права весьма ощутима в конституционном государстве; она одного с ним корня.

3. Защита человеческого достоинства как основного права гражданина

Первая задача ст. 1, абз. 1 состоит в том, чтобы защитить человеческое достоинство от посягательств со стороны государства (негативная защита). Этот классический подход неизменно актуален, в частности ввиду возможного вторжения государственных органов в личную сферу индивида. Но интересы защиты достоинства, человека требуют от государства, кроме того, активных действий и предоставления ему соответствующих прав на случай возможных нарушений конституционного принципа в повседневной жизни. Здесь защита достоинства человека рассматривается как конституционное требование активности государства, его обязанности предпринимать позитивные действия, защищать одно из основных прав личности.

Теория свободы государства в его отношениях с человеком неприемлема. Универсализм принципа его достоинства приобретает сегодня все большее значение. На конституционные гарантии прав личности способно посягать не только государство, но и общество с его разнообразными группами, пользующимися политическим влиянием. В этой связи тезис Дюринга, согласно которому человек выступает как объект воздействия государства, должен быть распространен и на общество.

Двойной смысл принципа защиты достоинства человека состоит в следующем: он предполагает установление субъективного публичного права, т. е. основного права индивида, защищающего его от посягательств государства (и общества); одновременно он является обращенным к государству требованием оберегать достоинство человека от посягательств общества, действующих в нем групп. Государство, таким образом, обязано создавать предпосылки того, чтобы на достоинство человека не посягала и третья сила, кроющаяся в общественных структурах.

Эту свою обязанность государство осуществляет в классических формах, т. е. защищая право личности, но может прибегать и к активным действиям; оно призвано также создавать материальное право и процессуальные гарантии, охранять такое право

материально и идейно. При этом возможно и сочетание различных подходов.

Достоинство человека защищается разнообразными нормами материального и процессуального права. Достаточно вспомнить о материальном праве на защиту интересов личности в германском гражданском праве (поддерживаемом практикой Федеральной судебной палаты), а в семейном праве — о возможности для одного из супругов оспорить право другого, нарушившего брачное обязательство, на восстановление семейных отношений. Примерами защиты достоинства личности могут служить право на охрану сведений, касающихся конкретного человека, и гарантии его прав при исполнении судебного приговора.

В процессуальном плане непрерывно совершенствуется система судопроизводства, усиливаются гарантии эффективности судебной защиты. Сейчас достоинство человека гарантируется не только общими судебными процедурами, но и административно-процессуальным правом и нормами, касающимися лиц, которые находятся на государственной службе. Процессуальные гарантии относятся к числу важнейших, защищающих достоинство человека. Они включаются в перечень прав и свобод граждан, например в Конституциях Греции (ст. 6), Испании (ст. 17, абз. 4).

Уважение и защита человеческого достоинства требуют усилий государства в материальной и духовной сферах. Оно предполагает, в частности, право гражданина на получение прожиточного минимума, которому корреспондирует соответствующая обязанность государства. Ярким тому примером является вытекающее из ст. 1 и 20 Основного закона (принцип правового и социального государства, идея демократии) право на социальное обеспечение, закрепленное в § 1, абз. 2 Федерального закона о социальной помощи,

Среди инициатив нашего конституционного государства, которые могли бы служить укреплению достоинства человека, но находятся в полном пренебрежении, первое место занимает определение государственных задач в школьном образовании и связанном с ним воспитании. Решение их могло бы стать примером создания правовых норм, обеспечивающих человеческое достоинство, а вместе с тем и внедрения этого принципа в сознание людей средствами воспитания, т.е. духовными. Особой задачей государства в школьном воспитании как части его обширных полномочий в сфере культуры является практическое осуществление принципа достоинства человека. Этот принцип служит государству (и родителям) в деле воспитания, хотя и ставит определенные границы воспитателям.

О содержании понятия «достоинство человека» можно говорить применительно ко всей его жизни — от рождения до смерти. Но в ряде случаев этот конституционный принцип действует даже до и после упомянутых событий. Примерами могут служить защита личного достоинства умершего и дискуссия о правах плода во чреве матери.

Достоинству изначально присуща коммуникативная, социальная функция, которая проявляется в личных контактах и общественных отношениях. Достоинство человека, конечно, предполагает существование внутреннего мира, но не только его. Самоопределение и личная ответственность столь важны для формирования достоинства человека, как его открытость социуму, ответственность перед другими людьми и обществом в целом. Гуманитарная сторона конкретных основных прав тоже выступает как часть принципа человеческого достоинства.

Реальное самосознание каждого лица отражается в содержании принципа достоинства. Из него вырастает и самосознание общества. Государство и право, конституция и политика могут лишь служить ему опорой и защитой, поддержкой и помощью.

Народ, который перманентно не желает признавать достоинство отдельного человека и соответственно действует, в конечном счете не может быть организован на основе принципа уважения такого достоинства даже с помощью юридического инструментария. Содержание понятия человеческого достоинства, так же как и его нарушения, обнаруживается не только в повседневном существовании индивида и его свойствах, но и в особых ситуациях, касающихся общества в целом (пример тому празднование годовщины конституции или провозглашение состояния обороны). Немаловажно и самосознание аутсайдеров и сектантов. Первыми помощниками в толковании рассматриваемого понятия должны быть искусство и наука.

Особую роль в поддержке и защите принципа человеческого достоинства должно играть конституционное государство; от этого зависит легитимность власти. Человеческое достоинство, являющееся основой конституционного государства и его властей, в свою очередь нуждается в их защите. Статья 1 Основного закона формулирует эту мысль совершенно ясно, предвещая итог возможной дискуссии о необходимости закрепления в конституции системы прав личности. Эта статья непосредственно определяет обязанность законодателя, что позволяет вести защиту принципа человеческого достоинства «наступательными методами», но вместе с тем ставит проблему границ его действия (достоинство других людей), а также вопрос о его обладателях (самих людях) и необходимых средствах защиты.

III. РЕСПУБЛИКА

1. Правовые основы

«Германское государство является республикой», — гласило первое положение Веймарской Конституции. Этот конституционный принцип стал частью названия и современного германского государства. В заголовке Основного закона ФРГ, в его ст. 20,

абз. 1, и ст. 21, абз. 2 наше государство именуется Федеративной Республикой Германией, причем использование данного названия означает правовое закрепление республиканского принципа.

То обстоятельство, что название «ФРГ» имеет определенный правовой смысл, с очевидностью вытекает из ст. 28, абз. 1, которая обязывает земли соблюдать принципы республиканского государства «в духе настоящего Основного закона». Эта формула несомненно связана со словом «республика» как частью названия нашего государства (использованного ст. 20, абз. 1). Такая, единственно мыслимая связь между статьями Основного закона придает терминологии упомянутого положения нормативный характер. Признание республиканского начала как конституционного принципа подразумевается и в ст. 79, абз. 3, которая не допускает легального отказа государства, опирающегося на Основной закон, от республиканской формы правления. Это относится и к землям, поскольку ст. 28 связана по содержанию со ст. 20. Иное их толкование привело бы к абсурдному выводу, будто конституционный принцип республиканского строя может быть отменен в землях только потому, что слово «республиканский» не использовано в ст. 79, абз. 3, а значит, должно быть опущено и в ст. 28. Такой подход противоречил бы определенно выраженной воле законодателя, создавшего Основной закон.

В Главном комитете Парламентского совета ныне действующая ст. 20, абз. 1 Основного закона обсуждалась сначала в такой формулировке: «Германия является демократической и социальной республикой», — что явно напоминало ст. 1 Веймарской Конституции. Слова «федеративная республика» были внесены в текст Редакционным комитетом, т. е. по редакционным соображениям, и формула статьи получила следующий вид: «Германия является ... федеративной республикой», — что прежде всего подчеркивало взаимосвязь конституционных принципов республиканского строя и федерализма; лишь в дальнейшем, в результате перестановки слов в предложении, такое сочетание превратилось в название нашего государства: «Федеративная Республика Германия». Но намерение авторов первоначального текста — провозгласить Германию республикой — оставалось неизменным. Слово «республика» незыблемо сохранилось в полном названии Основного закона в соответствии с его реальным содержанием и как дань демократическому, социальному пафосу республиканской традиции. Оно имеет тот же конституционно-правовой смысл, что и ст. 1 Веймарской Конституции: государство, опирающееся на Основной закон, является республикой; дополнение же, вводимое ст. 79, абз. 3, означает, что наше государство должно оставаться таковым во все время его существования.

В землях ФРГ республиканский принцип четко выражен лишь в конституциях Баден-Вюртемберга, Геосена и Нижней Саксонии. Баварская Конституция употребляет термин «свободное государство». В остальных землях (кроме Рейнланд-Пфальца) республиканское правление признано косвенно — путем провозглашения

их частями Федеративной Республики Германии. Согласно же ст. 28 Основного закона, все земли должны быть республиканскими.

Республиканский принцип является частью конституционного понятия «основы свободного демократического строя». Оно образует фундамент этого строя, который защищается законодателем от любых посягательств путем установления правила: партии, другие объединения и отдельные лица, совершающие подобные посягательства, отстраняются от участия в политической жизни (ст. 21, абз. 2; ст. 9, абз. 2; ст. 19), а судьи в таких случаях должны отстраняться от должностей (ст. 98, абз. 2). Для защиты от подобных посягательств законодатель допускает даже определенные ограничения прав и свобод граждан (ст. 10, абз. 1; ст. 11, абз. 2), предусматривает создание специальных ведомств (ст. 73, п. 106), разрешает применение Вооруженных сил (ст. 87а, абз. 4) и сопротивление граждан таким посягательствам (ст. 20, абз. 4).

Опасения, что правовые последствия подобных мер будут испытывать на себе безобидные и законопослушные обыватели, совершенно не обоснованы, поскольку любые мероприятия властей подчиняются принципу и условию целесообразности. Правильно понятый республиканский принцип столь тесно и существенно связан с другими конституционными началами, что его защита необходима для сохранения свободного общества.

2. Понятие республики

Четкое определение и толкование конституционных понятий затруднено ввиду их абстрактности и большей частью политического, а потому спорного происхождения. Но мы вряд ли ошибемся, отыскивая смысл конституционного принципа в исторических и политических событиях, которым он обязан своим существованием. Такой подход позволяет разглядеть некоторые опасности, от которых государство может уберечь конституционный принцип своего республиканского строя, а вместе с тем увидеть и элементы государственности, особенно подверженные этим опасностям.

Республиканский принцип потому не допускает какой-либо религиозной или идеологической легитимации, что его содержание сложилось в борьбе с нею в прошлом и с попытками восстановить ее в настоящем или в обозримом будущем. С царствами, княжествами и королевствами, даже конституционными, прочно связано представление о неограниченных полномочиях властей и их абсолютной безответственности за все происходящее в государстве. Поэтому они и не должны существовать впредь. Тоталитарные государства правого и левого толка запечатлелись в памяти людей тиранией, произволом и преследованием невинных жертв. В основе всего этого лежала идеология, которая исключала всякую ответственность «вождей» перед гражданами и поощряла жестокие преследования противников режима якобы во имя достижения идеальных целей.

В наши дни и в обозримом будущем различимы опасности, угрожающие республике. Они кроются в политических амбициях, имеющих глубокие иррациональные корни. Так, «последовательный» социализм, независимо от того, опирается ли он на религиозные, моральные или научные основы, может приводить к тому, что его движущие силы более не чувствуют себя связанными конституцией, законами, правом и общественным мнением об их значении. Они проповедуют братство, во имя осуществления которого должны быть ликвидированы всякие препятствия, в том числе закон, права и свободы противников. Сказанное относится и к последовательному либерализму, и к политизированному христианству, забывающему о существовании «двух царств». Сказанное касается и борцов за мир, и участников альтернативных и прочих движений, если они руководствуются убеждениями, которые, независимо от происхождения, не допускают включения этих движений в систему государственного волеобразования, смягчающего и ограничивающего их амбиции. Всякий радикализм в политике противоречит идее республики, так как его истоки лежат за пределами сообщества равных людей. Поскольку наше государство — республика, радикализм оказывается направленным против существующего строя; если же его представители придут к власти, их действия как правящей силы также будут направлены против закона, права и воли большинства. Новейшая история Германии и России учит, что не только ложная, но любая иррациональная легитимация государственной власти неизбежно разрушает свободный республиканский строй.

Чтобы уберечь республику от подобных опасностей, следует знать, какие ее элементы особенно легко уязвимы. Именно они прежде всего и образуют правовое понятие республики. Опасностям догматической идеологии и радикализма в первую очередь подвержены принципы большинства и легальности, потому что как раз им не в состоянии подчинять свои действия люди, безоглядно уверенные в своей правоте. Оба эти принципа являются частью республиканского принципа организации механизма власти. Из него следует, что все органы власти должны избираться большинством, а право управлять получает лишь тот, кто избран таким образом. Из него вытекает также, что в коллегиальном органе решение принимается большинством. (Права меньшинства могут препятствовать определенным действиям, но не должны диктовать общий курс политики.)

Поскольку управление государством осуществляется только его органами, вопросы свободы и собственности граждан, их прав и обязанностей могут решаться лишь актами в форме законов, а также правовых решений и распоряжений, основанных на конституции и законе, но не вопреки этим легальным началам со ссылкой на «лучшее понимание» предмета или «полную очевидность» необходимости иного решения.

Принципы большинства и легальности — не просто замена идейного единства или непосредственной материальной справед-

ливости, которые обладают своими преимуществами и могут быть использованы против этих принципов как чисто формальных. Они являются правовыми институтами, выросшими на почве исторического опыта и защищающими свободу всех граждан от претензий некоторых из них на якобы особую легитимность их действий»

Определяемое с возможной точностью понятие республики, закрепленное в конституционном праве ФРГ, содержит следующие признаки: отказ от какого-либо независимого и длительного обладания государственной властью, основанного на индивидуальном праве; ориентация государственного строя ФРГ на человеческий разум и опыт; создание государственных органов на основе согласования интересов правителей с нерушимостью гражданских свобод; формирование государственных органов путем свободных выборов и на ограниченный срок, осуществление ими власти на основе конституции, закона и права; «лучшее понимание» дела или «большая очевидность» решений не могут быть основанием права, на котором строится система управления. Условиями сохранения республики служат личное участие людей в управлении государством и их гражданские добродетели.

Перечисляемые ниже статьи Основного закона содержат специфические нормы, обеспечивающие существование республиканского строя:

ст. 4 — свобода вероисповедания, совести и мировоззрения предполагает в принципе нейтралитет государства в этой сфере, т. е. его независимость от каких-либо доводов «высшего порядка», которые могут приводить в своих личных интересах вполне лояльные граждане;

ст. 20, абз. 2 — государственная власть осуществляется через специальные государственные органы;

ст. 38, 39, 63, 54 — обладатели государственных полномочий избираются на ограниченный срок;

ст. 33, абз. 4, 5; ст. 97, 98 — в исполнительных органах и судах властные полномочия осуществляются лицами, состоящими на государственной службе;

ст. 20, абз. 3 — осуществление любых функций государственной власти связано законом и правом.

3. Соотношение с другими конституционными принципами

Конституционные принципы существуют не сами по себе. Они в совокупности конституируют государство и потому должны толковаться во взаимосвязи. Эти принципы могут дополнять и корректировать друг друга. Демократия и правовое государство не делают излишним принцип республиканского устройства, как кое-кто полагает. Напротив, все они находятся во взаимозависимости.

Соотношение между принципами республики и федеративного государства не нуждается в комментариях. Уже имперская Конституция 1871 г. собрала воедино монархии и республики, не вы-

звав при этом никаких государственно-правовых осложнений. Еще меньше оснований для беспокойства существует в ФРГ, государства — члены которого могут быть, согласно ст. 28 Основного закона, только республиками.

а) Республика и демократия

Республика означает свободный строй; демократия, в сущности, и есть свобода. Республика берет свое начало в римской, а демократия — в греческой традиции. Оба государства античного мира повлияли на формирование нашей культуры, но различным образом. Рим оставил нам закон, преданность прошлому и осторожное обращение с ним, а Греция — свободную мысль и творчество. Такие законодатели, как Солон и Клисфен, демократизировали Афины, но, поскольку верхушка общества не желала подчиняться установленным правилам, реальная конституция постоянно колебалась между тиранией и олигархией — двумя формами личного господства.

Римская знать после Цезарей господствовала в Сенате и других государственных учреждениях, а народ выносил решения на плебисцитах, голосуя «за» или «против» конкретных актов власти. Плебеи вторглись в государственный механизм, не разрушенный ни тиранами, ни господством римского народа. Свобода в республике стала более ограниченной, но и более надежной. Со средних веков до новейшего времени установленный порядок определял существование сообществ, но свобода не давала им покоя. Она прокладывала себе дорогу «естественными» правами, сопротивлением масс, социальными конфликтами и, наконец, революциями. При этом постоянно ощущалась потребность в противостоянии стихии, чтобы ввести стремление к свободе в рамки организованного свободного строя. Именно здесь расходились греческая и римская традиции, демократическая и республиканская, утопическая и реально-политическая стороны освободительных движений, хотя в словоупотреблении прежних времен понятия они не различались.

Во всех революциях и конституантах XIX в. сталкивались стремление к свободе, с одной стороны, и необходимость власти и порядка — с другой. Когда в XX в. идея полной свободы и равенства выродилась в тоталитарную идеологию, возник опирающийся на массы вождизм, который выдавал себя за истинную и законченную демократию. При появлении движений, требующих «больше демократии» и настаивающих на создании «подлинной», или «базисной», демократии, свободный строй был вынужден обороняться от «чистой» демократии, а республиканский принцип перестал рассматриваться как непременно демократический.

Однако при свободном строе демократия и республика нераздельны, а именно — демократия, понимаемая как равная для всех свобода, дополняет республиканскую форму правления. Демократия республиканского типа, пусть зачастую скудная и ненадеж-

ная, — это упорядоченная свобода. Демократическая республика есть строй, который не дает развернуться стихийному стремлению к свободе, а служит ей, способствует ее подъему и расцвету вплоть до равномерно распределяемых социальных благ, равных выборов, равного доступа к государственным должностям, образованию, к собственности и участию в формировании политической воли. Стремление к «чистой» демократии и «полному» освобождению вместо стабильного государства ведет к борьбе против него. В самом определении «чисто» демократического государства уже содержится его отрицание. Вот почему сегодня при употреблении слова «демократия» в политике и государственном праве обычно добавляется эпитет: «представительная», «парламентская», «непосредственная», «правовая», «свободная», «западная» и т. п. В сравнении с термином «подлинная» все эти эпитеты носят характер сдерживающих дополнений; они способны прикрывать определенные интересы, но во всяком случае отрицают возможность существования демократии в чистом виде.

Любые попытки оправдать необходимую обществу правительственную власть (являющуюся по своей сути формой господства над людьми), выдавая ее за представительство граждан или его замену, за технический аппарат или орган по осуществлению полученных по мандату и делегированных прав, очень скоро обнаруживают свой фиктивный характер. Республика — это несомненно господство, осуществляемое через государственные учреждения, но демократическая республика как современное государство в отличие от аристократических республик далекого прошлого базируется на принципе равной для всех свободы и вместе с тем на убеждении, что одного братства недостаточно, чтобы сохранить это равенство, что различия между людьми неустранимы, как и основанное на них неравенство способностей и сил, не препятствующее их сосуществованию, что свобода должна обеспечиваться не отрицанием власти, не реализацией эфемерных идей или разрушением всех препятствий на пути к самореализации подлинного гуманизма, а только правовой организацией сил, претендующих на правительственную власть.

Короче говоря, демократия должна быть республиканской, а республика — демократической, открывающей широкий простор свободе. Но демократия — не призыв к тотальному освобождению, а гарантия сохранения и равного распределения упорядоченной свободы.

б) Республика и правовое государство

Встречаются высказывания, что правовое государство подобно демократии не нуждается в республике, поскольку воплощает ее содержание. Такое утверждение кажется оправданным, поскольку оба они допускают пользование властью только на основе закона и права. Но при ближайшем рассмотрении обнаруживается, что понятие правового государства более узко и относится к иной

сфере, чем более старое понятие «республика». Оно возникло в начале XIX в., когда абсолютизм, освободивший государство от всяких уз «высшего права», был преодолен и государственная власть должна была вновь установить свои связи с правом. В теории первыми обратили на это внимание Моль и Велькер, вернувшись к пониманию права как выражения здравого смысла, однако в либерально-индивидуалистической интерпретации. Государство, с одной стороны, представлялось им силой, поддерживающей высший нравственный порядок вещей, хотя и секуляризованный, противостоящий теократии, а с другой — силой, действующей не столько во имя общественного блага, сколько для защиты индивидуальной свободы отдельного человека. Таким образом оно в любом случае оказывалось антиреспубликанским.

Во второй половине столетия идеи высшей легитимности утратили значение и понятие правового государства приобрело формальный характер. Его содержание составляли такие организационные принципы, как разделение властей, связанность исполнительной власти правом (при позитивистском понимании закона), судебная защита права в виде формального контроля за действиями властей. Все это было сопряжено с защитой основных прав и свобод личности, если они были оформлены нормами закона. Государство защищало свободу индивида как важнейший материальный элемент существующего строя, имевший немалое общественное влияние благодаря важной роли дома и семьи, а также общественной активности буржуазии. В отличие от традиционного понятия республики, слившегося с идеями демократии в радикальных движениях кануна революции 1848 г, понятию правового государства не хватало элемента товарищеской общности, народности, в частности из-за цензового избирательного права, препятствовавшего созданию власти, поддерживаемой большинством граждан и сильной своим авторитетом и популярностью, что всегда было особенностью республики. В то же время реальное государство обладало подобными чертами, проявлявшимися в национальном самосознании и личности Бисмарка.

Новое государство, опирающееся на Основной закон, должно стать правовым в материальном смысле. Под правовым государством понимаются в данном случае не только его социальные задачи и ответственность, но и признание таких «надпозитивных» прав, как человеческое достоинство, свобода и справедливость. Вполне обоснованно подсказанное историческим опытом предостережение, что сохранение в новом германском государстве этих начал, даже при условии их правовых гарантий, сопряжено с определенным риском. Но именно перечисленные ценности остаются основой смысловой определенности рассматриваемого понятия и залогом реализации требований, связанных с идеалами и символами веры, которые, хотя и не входят в формальное определение правового государств, не могут быть отброшены государством, построенным на формально-правовой основе. Если в прежние времена признание этих ценностей было не более чем легальным,

то сегодня оно может опереться на такие «позитивные» нормы Конституции, как ст. 1; ст. 2, абз. 1; ст. 20, абз. 3 Основного закона, предписывающие всем властям соблюдение закона и права. Такой подход обеспечивается, как было показано при анализе проблемы демократии, соблюдением конституционного принципа республики, отвергающего всякую высшую легитимацию действий государства.

Не защищенными от искажения и выхолащивания остаются и элементы правового государства в формальном смысле. Например, разделение властей хотя и закреплено в ст. 20, абз. 2 Основного закона, но смысл его там не раскрыт. Республиканский принцип правления позволяет дать ему определенное толкование, независимое от исторических случайностей и оценки соотношения властей в духе представлений Монтескье или модернизированного переосмысления его идей. Этот принцип распространяется на существенные правила организации государственного механизма, которые весьма важны для обеспечения свободы и справедливости. Он также оберегает всю систему государственных органов, ведомств и функций от злоупотребления ими во имя любого господства, оправдываемого иррациональными мотивами или интересами личной власти. Такая опасность всегда существует для законно созданных учреждений со стороны партий, союзов предпринимателей и трудящихся, церкви или новых политических движений.

Наконец, республиканский принцип предотвращает перерождение господства законов (вместо господства лиц), характерного для правового государства, в бесчеловечную систему абстрактных правил или в инструмент скрытого господства людей, обладающих анонимной властью. Конституционный принцип республики напоминает о том, что в условиях законного государственного строя правят живые люди и задача состоит не в том, чтобы их заменить, а в том, чтобы придать их действиям официальный характер. Но это означает уже не просто господство закона, а утверждение личного элемента в системе государственной власти, хотя и при известном его ограничении. Возникают условия для проявления личных добродетелей как правящей элиты, так и рядовых граждан. В прежние времена, когда от правового государства требовалась объективная разумность действий и обеспечение субъективных прав и свобод, такие добродетели весьма ценились. Когда правовое государство становится орудием осуществления определенных целей и интересов и стремится только к успешному достижению соответствующих целей, таких добродетелей ни от кого не ждут, за них не воздают должного, но и никого не порицают за их отсутствие. Конечно, они проявляются и сейчас, но не занимают должного места в общественной системе ценностей. Со времен Рима республика нуждалась в общественных добродетелях и давала им простор. Всякому, кто приветствует такие добродетели или сетует на их нехватку, можно напоминать о значении принципа республики.

Очевидно, что формальному понятию правового государства не хватает конкретного содержания. Из сказанного выше следует, что это содержание нужно искать скорее в республиканской традиции, чем в высшей сфере объективных ценностей. Республиканская идея не только не теряет значения в связи с принципом правового государства, но и служит его необходимым дополнением, защищая государство от идеологических перегрузок.

в) Республика и социальное государство

Принцип социального государства, как и социальная проблематика вообще, не относится к традиционному перечню конституционных аксиом и потому исторически не связан с идеей республики. Но так же как демократия и правовое государство, он нуждается в дополнении республиканским началом.

Смысл принципа социальной государственности постепенно проясняется. Общее мнение сейчас таково, что понятие социального государства следует толковать не только наблюдая проявление всех его возможностей, но и учитывая исторический опыт социальной политики и ее отдаленные перспективы. Законодательство, правосудие и практика управления давно учитывают социальный принцип в различных традиционных и новых сферах деятельности, придавая ему конкретное содержание и определяя его границы, а также направление и сферы его действия в будущем. Но за рамками этих подходов существуют взгляды, придающие принципу социального государства существенно большее значение. Не переходя в своей аргументации границ толкования конституции, их сторонники открыто руководствуются идеологическими и политическими мотивами, рискуя нарушить существующее равновесие конституционных принципов.

Социальные движения, подобно всем другим великим движениям в новой истории Европы, борются за свободу, но свободу «разделенную». После столетий, когда ее приобретали отдельные лица, группы и социальные слои, она должна быть теперь в равной мере доступна всем, сначала в виде безопасности, а затем внешней и, наконец, внутренней независимости. Столь высокая цель, равнозначная, в сущности, прогрессу человечества, грозит обернуться абсолютом, подчиняющим себе любые доводы разума, если ей не противостоит принцип, помогающий осознать и превратить в программу действий первоочередные современные задачи и предпосылки ее осуществления. Отсутствие такого принципа ведет к пренебрежению свободой и собственностью при их нынешнем распределении «во имя будущего» или к их полному устраниению (в социалистических государствах). Но идеологическому оправданию государственного произвола могут служить не только такие теории, «о и позитивизм общественных наук, полагающих, что им по плечу социально-техническая организация и управление обществом «через головы» его граждан. Им также должен противостоять определенный конституционный принцип. Но принципом

этим не может быть отдельно взятый принцип демократии, так как она в свою очередь подвержена опасностям идеологической абсолютизации.

Принцип правовой государственности в его формальном выражении может быть истолкован как чисто инструментальный, о чем свидетельствует содержание этого принципа, которое вполне могло бы уложиться, например, в тексты Конституций ГДР и Советского Союза. Его материальный смысл также подвержен идеологизации. Что касается конституционного принципа республики, то он признает легитимацию обладания властью и ее использования только на основе выборов или должностных полномочий и не допускает иного. Поэтому он в состоянии удерживать в определенных рамках социальные движения, не вступая с ними в противоречие.

Для истории городов-республик в отличие от «истории королевств и княжеств» характерна борьба сословий, которая заканчивалась уступками и принятием в число равноправных граждан представителей низших слоев (плебеев, ремесленников, наемных рабочих). Эти процессы не обходились без применения силы, но не сопровождались ликвидацией конституций, основанных на принципах свободы; открытая дискуссия по поводу спорных идей и программ проходила при сохранении внешних рамок общественного порядка. Республиканские конституции городов, освоив вековой опыт, приобрели прочность, достаточную для того, чтобы выдерживать социальные столкновения, и гибкость, необходимую чтобы соответствовать возникавшим социальным требованиям. Республиканский принцип служит необходимым дополнением к принципу социального государства; первый обеспечивает действие второго, но не позволяет ему превратиться в единственную и абсолютную доминанту организации государства.

Таким образом, существование свободного государственного строя ФРГ гарантируют вместе взятые конституционные принципы демократии, правового и социального государства и республики.

IV. ДЕМОКРАТИЯ КАК КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРИНЦИП

1. Народ — носитель государственной власти

Утверждение демократии как формы государства и образа правления, предписанных Основным законом, означает не отмену или преодоление политического господства, организованного в государственных формах, а именно определенную организацию этого господства. Государственная власть (и сопряженное с ней господство человека над человеком) сохраняется и действует в условиях демократии, но не растворяется в ложно понимаемой идентичности правящих и управляемых, даже в тех случаях, ког-

да речь не идет об отношениях господства и подчинения. Однако ее осуществление конституируется, легитимируется и контролируется народом, т. е. гражданами государства, так как она выступает в форме самоопределения и самоуправления народа, участвовать в котором могут на равных правах все граждане. Демократия как форма государства и способ правления превращается таким образом в организационный принцип обладания государственной властью и ее осуществления. Содержание этого принципа раскрывается в ряде принципиальных положений, характеризующих структурные элементы демократии.

Стержнем всякой демократии является представление о том, что народ есть носитель государственной власти и ее обладатель. Это положение равносильно провозглашению определенного принципа государственного строя. Оно имеет и многообразный правовой смысл. Отграничивая власть народа от всех других проявлений властного начала, упомянутое положение направлено против любых возможных носителей и обладателей государственных полномочий, кроме самого народа, и отвергает их претензии на господство. Ни монарх, ни определенный общественный слой (например, дворянство), ни какой-либо класс не должны претендовать на эту роль; ее может играть только народ. Таким образом, принцип демократии подводит итог историческим сражениям за власть в государстве. Он отвергает господство тех или иных идей и идеологий в чистом виде, с которыми всегда выступают конкретные люди, их интерпретирующие или осуществляющие, будь то «господство разума», «требования прогресса» или «божественное право». Конечно, в условиях реальной демократии и в самом деле могут господствовать принципы разума, законы прогресса или божественное право, определяющие характер общественного строя, но только постольку, поскольку это желательно и приемлемо для народа как носителя государственной власти.

Защитное начало принципа демократии распространяется и на идею божественного господства, если она понимается как прямое осуществление власти именем Бога или косвенное — через его земных наместников. Бог может мыслиться и быть признан высшим основанием и началом всего сущего, включая государственный строй и государственную власть. Однако он не может обладать государственными полномочиями, которыми он распоряжается через посредников своей божественной воли и которые он кому-то передает для ее осуществления или у кого-то отбирает. В этом смысле демократия связана с секуляризацией политического господства. Воля Божья как высший закон имеет правовое и политическое значение в данных условиях не сама по себе, а только в той мере, в какой народ признает ее содержанием своей собственной воли.

Этому тезису не противоречит упоминание Бога в преамбуле Основного закона. Не затрагивая всей глубины и правового значения поднятой проблемы, преамбула говорит не о «божественной власти», а об ответственности германского народа перед Богом;

такая ответственность предполагает как раз наличие у народа собственных, недетерминированных полномочий на принятие решений, которые могут быть использованы различным образом.

В позитивном плане, с точки зрения конституирования власти, положение о том, что народ является ее носителем и обладателем, означает, что любое использование и осуществление государственных полномочий должно быть конкретно опосредовано народом. Решение государственных задач или реализация властных полномочий нуждается в легитимации, исходящей от самого народа или восходящей к нему (так называемая непрерывная цепь демократической легитимации); это положение с полной определенностью сформулировал Федеральный конституционный суд. Однажды легитимированная власть не может стать автономной, она постоянно и конкретно должна быть связана с народной волей и нести ответственность перед народом. Только при этом условии деятельность государственных органов, не совпадающих с народом и организационно отдаленных от него, можно рассматривать как осуществление государственной власти народом через эти органы (ст. 20, абз. 2 Основного закона). Представление о народе как исходном и конечном пункте демократической легитимации является базовым в понимании демократии.

Живой основой демократии как образа правления и формы государства являются его граждане, т. е. вся совокупность людей, объединенных в политическое функционирующее сообщество и образующих его опору. Связь с ним определяется и ограничивается правовыми узами гражданства, суть которых в официальной принадлежности к сообществу людей, на которых зиждется система государственной власти. Судьба граждан неразрывно связана с жизнью и судьбой государства, которое они образуют - и на которых оно "опирается; таким образом, государство — это политическое сообщество людей, связанных единой судьбой. Они в той же мере пользуются его успехами и достижениями, в какой страдают от его внутренних слабостей и грозящих ему извне опасностей. Они должны делить с государствами тяготы внутренней и внешней политики и поддерживать его внутренние и внешние инициативы. Они и только они образуют в политическом смысле народ, от которого исходит государственная власть и который осуществляет ее в духе ст. 20, абз. 2 Основного закона.

В довольно широко распространенном представлении о том, что демократия состоит в ее легитимации всеми, кого так или иначе касается деятельность государственной власти, игнорируется политический характер государственного механизма и суть самой демократии как формы государства и формы правления: пока мир во всем его политическом многообразии существует в виде отдельных образующих его самостоятельных государств и пока они организованы и обособлены в виде политических единиц, представляющих сообщества людей, служащих им опорой, понятие народа будет оставаться понятием политическим. Отказ от него в пользу представления просто о сообществе людей, об-

ладающих определенными правами и свободами, стал бы возможен в условиях их осуществления в совершенном человеческом обществе с соответствующим такому состоянию людей мировым государством. Но подобно идее о сочетании власти с полной свободой такое представление относится к области утопии.

Не больше оснований и для того, чтобы считать народом всех тех, кто образует низы общества, т. е. обычных граждан, имеющих дело с законодателем или с органами власти и управления, независимо от того, выступают ли они как организации гражданских инициатив, базисные группы или просто лица, затронутые государственными мероприятиями. Понятие народа в демократическом смысле имеет в виду всю совокупность граждан государства, проявляющих гражданскую активность, причем индивид выступает лишь как часть этой совокупности. Любые группировки граждан остаются лишь частями народа, даже если они благодаря своей сплоченности и активности становятся влиятельной силой; и в этом случае они еще не народ и даже не его представители.

Демократическому понятию народа соответствует правило, согласно которому право на участие в управлении государством, прежде всего активное и пассивное избирательное право, предоставляется гражданам конкретного государства, т. е. лицам, обладающим гражданством. Избирательное право — право не просто человека, а гражданина. Это относится равным образом к выборам в Бундестаг и ландтаги. На выборы в местные представительные органы данный принцип распространяется в той мере, в какой коммунальное самоуправление выступает, согласно ст. 28, абз. 1 Основного закона, как часть демократического государственного строя, а не просто как учреждение чисто управленческого характера или форма неполитической автономии.

2. Самоуправление и самоопределение

В основе демократии как формы государства и формы правления лежит идея политической свободы; она проявляется в результате распространения принципа самоопределения и самоуправления на отдельного человека и народ в целом. Именно это обстоятельство служит ее принципиальным и несокрушимым правовым основанием и придает ей моральный авторитет, выходящий за рамки рассуждений о ее целесообразности. Связь между демократией и свободой вытекает из современной трактовки последней как субъективной свободы, подразумевающей автономию индивида. Свобода понимается и реализуется как независимость личности в ее мышлении и действиях от давления извне. Суверенный индивид должен быть своим собственным законодателем, самостоятельно формулирующим мотивы своего поведения, а не получающим предписания от посторонней власти или авторитета. Соответственно фундамент и содержание социально-

го и политического строя определяются не нормативно заданными свойствами человеческой природы или божественной воли Творца, а детально прорабатываемыми законодателем принципиальными решениями людей, живущих в условиях этого строя.

Идея свободы была заложена уже в теории общественного и государственного договора, развитой в учении о государстве, построенном на разумных правовых началах. Именно использование понятия договора позволяет подчеркнуть, что отдельно взятый, свободный и суверенный индивид существует первично, независимо от социальных и политических связей, а государство возникает в результате волеизъявления, продиктованного доводами разума и целесообразностью, по собственному усмотрению индивидов, которые распоряжаются, таким образом, своей изначальной свободой и соглашаются на ее ограничения. Его цели и задачи также зависят от их усмотрения и определяются договором об учреждении государства. В рамках такой трактовки свободы демократия выступает как адекватная форма политического господства: в соответствии с современной теорией автономии личности существующий порядок устанавливается именно теми, кто ему потом подчиняется. Задача демократии состоит в том, чтобы согласовать принцип индивидуальной свободы и самоопределения с существованием политического господства, верховенства и подчинения, приказа и послушания.

В таком подходе проявляются либерально-индивидуалистические корни и компоненты демократии. С полной определенностью они выражены в кантовском категорическом императиве разумного поведения, согласно которому долгом гражданина является «подчинение только тому закону, на принятие которого он дал свое согласие», даже если первоначально такой императив мыслился как понятие трансцендентальное. Эта идея придала некоторый пафос либеральным политическим движениям XIX столетия и породила их демократические тенденции.

Формы, в которых демократия выражается как принцип индивидуальной свободы и самоопределения, не являются непосредственными. Они выступают как опосредованные, поскольку всегда необходимы некоторые обязательные правила жизни общества. Это опосредование проходит две стадии, порождающие своеобразные метаморфозы индивидуальной свободы.

На первой стадии место автономной свободы индивидов в формировании и определении начал их осуществления занимает демократическая свобода участия в управлении обществом и государством. Она предполагает право и свободу участия в определении общественного строя, принципам которого подчиняются все граждане. Жизнь ей дают так называемые демократические основные права, обеспечивающие и гарантирующие гражданину возможность такого участия. К их числу наряду с избирательным правом и правом доступа к государственным должностям относятся основные права, обеспечивающие связи между людьми, такие, как свобода мнений (включая свободу печати и ин-

формации), свобода собраний и объединений. Как сказано в решении Федерального конституционного суда по поводу свободы мнений, она имеет «несомненно конституирующее значение» для демократии. Именно эта свобода образует правовой фундамент открытого процесса выработки общественного мнения и формирования политической воли, обеспечивающего беспрепятственное участие всех граждан в этом деле, что совершенно необходимо для функционирования демократии в условиях свободы. Свобода мнений (включая свободу печати и информации), свобода собраний и объединений — в равной мере либеральные и демократические права. Такая их двойственность не порождает различного содержания вытекающих из них правовых гарантий. Это скорее единые по своей сути основные права и свободы, гарантийный характер которых порождает двойной эффект: они защищают свободу индивидов устанавливать межличностные связи от целенаправленного вмешательства и злоупотреблений со стороны государства и вместе с тем обеспечивают свободную выработку общественного мнения и формирование политической воли по направлению «снизу вверх», т. е. от индивидов и гражданского общества к государственной власти, принимающей политические решения. Всегда подразумевалось, что упомянутые основные права гарантируют не вообще свободы граждан, «не зависящие от воли государства», но именно их политическую свободу. Вот почему они во всей их совокупности всегда признавались не только правами человека, но одновременно и правами гражданина. Основной закон (ст. 5, абз. 1) отступил от традиции: если свобода мнений, печати и информации признается за каждым человеком, то свободой собраний и объединений в ФРГ могут пользоваться только немцы (ст. 8 и 9 Основного закона), т. е. граждане этой Республики.

На второй стадии демократическое право всех граждан на участие в управлении обществом и государством превращается в автономную свободу всего народа, выступающего в качестве единого коллектива. Содержание демократической общей воли, складывающееся в результате свободного участия граждан в ее формировании, не предопределено заранее; оно формируется в итоге свободного и открытого процесса выявления политической воли и поиска верных решений на государственном уровне. Автономная свобода индивидов переносится на политическое сообщество и воспроизводится в автономной свободе коллективно действующего народа-суверена. Таким образом, свобода, понимаемая как проявление демократии, предполагает возможность определять характер политического строя и правопорядка. Правовые обязанности, связанные с таким подходом к демократии, касаются способов и процедур конституирования демократической общей воли, обеспечения свободы всех граждан, их права участвовать в управлении государством и других демократических основных прав, образующих ее фундамент. Эти обязанности сами по себе не предопределяют конкретного направления дей-

ствий демократической власти, а скорее всего обеспечивают возможность менять его или придерживаться прежнего курса. Таким образом, демократия формальна, поскольку не препятствует свободному выбору направления действий демократической власти, что зависит от курса, заданного властью свободными гражданами или их представителями и обеспеченного постоянным консенсусом.

Против такой трактовки выступают авторы, утверждающие, что демократия, закрепленная Основным законом, защищает совокупность ценностей, имеющих определенное материальное содержание, и потому не должна рассматриваться только как демократия формальная. Возможно, это мнение справедливо, но оно упускает из виду соображение решающего значения. Конечно, содержание демократии в духе Основного закона ограничено некоторыми условиями, сформулированными, в частности, в ст. 1, абз. 1; ст. 20, абз. 3; ст. 79, абз. 3, а также в разделе об основных правах. В результате демократия выступает как строй, при котором уважается достоинство человека, а также действуют начала правовой и социальной государственности. Вопрос лишь в том, исчерпывается ли таким образом содержание демократического принципа, закрепленного в ст. 20, абз. 2 Конституции в качестве главного постулата, формирующего весь конституционный строй ФРГ; может быть, его содержание складывается как раз в результате взаимодействия различных взаимосвязанных и сбалансированных фундаментальных принципов. По мнению Федерального конституционного суда, основы свободного демократического строя, о которых говорится в упомянутой норме, представляют собой «режим власти в правовом государстве, построенный на принципах самоопределения народа в соответствии с волей большинства в условиях свободы и равенства». Таким образом, эти основы гарантируются сочетанием элементов демократии и правовой государственности.

Если гарантии незыблемости конституции, подобные закрепленным в абз. 2 ст. 79 Основного закона, выходят за пределы условий, необходимых для обеспечения демократического волеизъявления, они выступают не как реализация принципов свободы и демократии, а как ограничение их содержания. Тогда целью становится предотвращение правовыми средствами «легальной революции», т. е. кардинального изменения политического строя и правопорядка, и попытка заранее связать будущие поколения современными идеалами. Такие намерения свидетельствуют о том, что политическое сообщество утратило уверенность в своих силах, как это случилось с немецким народом после поражения 1918 г., а также в результате извращений, которые претерпел государственный строй Германии в 1933—1945 гг.

3. Равенство прав на участие в осуществлении политической власти

Демократия и равенство связаны теснейшим образом. Обладателями политической власти, от которых зависит ее легитимация, должны быть не отдельные выходцы из народа, а все составляющие его индивиды, причем выступающие совместно и на равных основаниях. Таким образом, равенство политических прав есть непереносимое условие демократии. Поскольку она базируется на принципах свободы и самоопределения, такие права должны быть равными для всех; демократия всегда предполагает равенство в условиях свободы.

Равенство, поддерживаемое и обеспечиваемое демократией, имеет прямое отношение к приобретению (или удержанию) политической власти, осуществляемой государственными органами и учреждениями. Его суть состоит в том, чтобы обеспечить всем равные шансы на обладание этой властью. Вот почему равенство распространяется на все права, открывающие путь к власти или связанные с ее приобретением; очевидно, что это права на участие в реализации такой власти. К ним относятся активное и пассивное избирательное право (ст. 38, абз. 1 Основного закона), право доступа к государственным должностям (ст. 33, абз. 2), а также демократические права и свободы, образующие основу равноправия граждан, участвующих в управлении государством. Особое значение в этом контексте приобретает принцип равенства политических партий, связанный с конституционными положениями о равенстве всех граждан перед законом и с формированием парламента из представителей всего народа (ст. 3, абз. 1; ст. 21; ст. 38, абз. 1 Основного закона).

Равенство с точки зрения демократии — это равенство политическое, не тождественное равноправию в обычном его понимании. Оно реализуется как равенство прав в определенной сфере, а именно при участии в формировании политической воли и осуществлении властных полномочий. Само по себе оно не предполагает реализации принципов равноправия в других сферах жизни, например в доступе к профессиональной деятельности или в отношениях между мужчинами и женщинами в семейном праве. Равенство в области демократии не гарантирует и социального равенства. Оно может уживаться с расслоением внутри народа, сохранением неравенства между богатыми и бедными. Однако равенство прав на участие в осуществлении политической власти устраняет все препятствия, стоящие на пути к реализации принципов социального равенства. Оно ведет к тому, что социальные проблемы, включая достижение социального равенства, могут беспрепятственно превращаться в проблемы политические, что и происходит на практике в борьбе за симпатии избирателей. В условиях современного индустриального общества это приводит обычно к созданию достаточно представительного «государства благоденствия».

Равенство как условие демократии специфично постольку, поскольку непосредственно связано не с общим представлением о равенстве всех людей, а с принадлежностью к народу как политическому сообществу. Оно существенно отличается от общего представления о равенстве, которое служит основой и опорой единой системы гражданских прав, не выделяющей специально права политические.

Принадлежность к народу как политическому сообществу формально и юридически решающим образом зависит от института гражданства. Совокупность граждан государства образует народ в политическом смысле, который выступает вовне как общество, отделенное от других коллективов, а внутри страны организован в государственных формах и осуществляет самоуправление на основе равных для всех прав по участию в реализации политической власти. Равенству как условию демократии не противоречит такое положение, когда политически организованный народ или его демократическое государство подчиняют существующему строю других людей, находящихся на его территории, без предоставления им прав на участие в осуществлении власти. Такое противоречие могло бы возникнуть, если бы основанием равенства в упомянутом смысле служила не принадлежность к определенному народу, а лишь зависимость людей от государственной власти.

Специфичность равенства как условия демократии отнюдь не исчерпывается сказанным. Выходя за рамки формально-правового статуса личности, предопределяемого гражданством, оно предполагает существование некоего внутреннего субстрата, так называемого материального равенства, на котором базируется институт гражданства. В этом плане равенство рассматривается как однородность общества, существующая независимо от права. Именно она обеспечивает его относительную монолитность, служащую первичной основой демократической организации государства, построенного на строгом соблюдении принципов равенства прав на участие в осуществлении государственной власти. Применительно к кардинальным проблемам политического строя граждане ощущают себя единым сообществом равных; они не воспринимают и не рассматривают других как нечто экзистенциально иное или чуждое им и готовы на этой основе к компромиссам и лояльному исполнению решений, принимаемых большинством.

Такая однородность общества может предопределяться единой религией, языком, культурой или политическими идеалами. Современная демократия, начало которой положила Великая Французская революция, чаще всего опирается на национальную однородность, рассматриваемую в качестве предпосылки единства общества. В государствах, неоднородных в национальном отношении или сталкивающихся с массовой иммиграцией, такой подход нередко создает серьезные политические проблемы, тем более что исторически и политически трактуемое понятие нации

отнодью неоднозначно. Французскому, политически окрашенному понятию нации (распространенному и в англосаксонских странах), согласно которому нация строится на общем политическом стремлении жить в условиях определенного государственного строя, противостоит культурно-этническое понятие, принятое в Германии и странах Центральной и Восточной Европы, рассматривающих в качестве нации общий язык, историю и культуру. В нацию, понимаемую как политическое образование, можно войти и даже в ней ассимилироваться; в нации как образовании культурно-этническом человек рождается.

Проблемы достижения национальной однородности могут быть решены в результате возникновения новой единицы национально-политической общности в виде государства, олицетворяющего нацию. Оно может существовать как надстройка над различными культурно-этническими группами (как в Швейцарии) или поглощать их (как в США). Другой путь видится в организации государства, разделенного на явно федеративные или автономные части, где культурно-этнические особенности отражаются на политическом уровне. Если не удастся ни то, ни другое, а также остаются безуспешными попытки какого-либо сочетания обоих подходов (как в Северной Ирландии), сохраняется постоянная угроза насильственной ассимиляции малых народов господствующей нацией, их депортации или попыток отделения, предпринимаемых национальными меньшинствами. История XX в. дает достаточно примеров именно такого развития событий.

4. Система принятия решений большинством голосов

Демократия как форма государства и форма правления базируется не в последнюю очередь на принятии решений большинством голосов. Для нее это не просто технический прием, без употребления которого практически не могут появляться никакие решения, а скорее ее принципиальная особенность. Основания и границы такого подхода к принятию решений определяются основополагающими принципами демократического строя.

Внутренняя потребность демократии принимать решения большинством голосов вытекает из принципов свободы самоопределения индивидов и равенства их в условиях демократии. Для пользования свободой участия в управлении государством не ограниченного круга людей, а всех граждан нужно, чтобы при формировании основных начал существующего строя было непременно достигнуто по меньшей мере единодушие большинства. В меньшинстве могут остаться как сторонники, так и противники обсуждаемых принципов, но таковы неизбежные последствия равенства. Чтобы все граждане обладали равными правами на участие в управлении и равными возможностями на принятие политических решений, любое политическое мнение должно иметь «равный вес»; их качественная дифференциация недопустима, будь то по мотивам более интенсивного участия сторонников определенного мне-

ния в демократическом процессе принятия политических решений или по принципу «старшинства», применяющемуся когда-то каноническим правом.

С точки зрения равенства как элемента демократии голоса могут только подсчитываться, а не взвешиваться. В любом случае для принятия решения необходимо и достаточно большинства голосов. Равно свободные граждане служат опорой власти, но именно в этом качестве они и подчиняются ей. Требование квалифицированного большинства для принятия определенных решений не означает, как правило, ни расширения, ни усиления демократических начал. Оно служит лишь защите интересов меньшинства и дополнительно гарантирует надежность решений по некоторым конкретным проблемам. В результате они не попадают в зависимость от неустойчивого и колеблющегося большинства, разумеется, лишь до той поры, пока оно таким остается. Принцип квалифицированного большинства может служить поддержанию существующего положения вещей или закреплению определенных имущественных отношений. Он применим в условиях правовой государственности для ограничения и сбалансирования полномочий демократической власти в соответствующих сферах жизни и деятельности, в частности для обеспечения основных прав граждан. С точки зрения демократии требование квалифицированного большинства оправдано там, где ставятся под сомнение кардинальные начала демократического строя, например права и свободы граждан или принципы равенства как условия демократии. Оно может служить и защите меньшинства в случаях, когда определенной группе граждан не гарантирована не зависящая от правового регулирования идентичность с другими гражданами, которая служит обязательной предпосылкой подлинного равенства. Правда, в таких случаях более продуктивным представляется признание автономии меньшинства и некоторое отграничение его от центральной государственной власти, принимающей решения.

Право большинства принимать обязательные для всех решения не может ставиться под сомнение ссылкой на то, что демократия в значительной мере опирается на общественный консенсус и служит его достижению, во всяком случае по принципиальным политическим вопросам. Действительно, исходным пунктом и формой принятия демократических решений является привлечение к этому делу всех граждан на основе их равных прав по участию в управлении государством. Такие решения появляются в процессе свободного публичного формирования политической воли и поисков парламентских компромиссов на основе определенных процедурных правил. Но в конце этого процесса должна быть обеспечена возможность и правомерность принятия решений. Исползование принципа большинства является здесь необходимым следствием демократической свободы и равенства граждан или их представителей.

В какой мере принятию окончательного решения предшествует стремление к консенсусу и поиск такового, насколько в таком

процессе дает о себе знать готовность большинства пожертвовать своими преимуществами в пользу единства и достижения компромисса — все это зависит от демократической политической культуры и той реальной атмосферы, в которой используются блага демократии.

V. ПАРЛАМЕНТСКАЯ ДЕМОКРАТИЯ

1. Парламентаризм

Парламентская демократия как форма государства базируется на принципах народного суверенитета и предполагает существование специального конституционного органа, в котором это принцип воплощается, а именно — выборного органа народного представительства с правом принятия решений парламентским путем. От парламентской демократии следует отличать парламентаризм и парламентскую систему правления. Под парламентаризмом понимается уходящая корнями в средневековые форма представительства народа в виде избираемого или созываемого собрания, которое обладает определенными совещательными правами или полномочиями на принятие решений в рамках конкретной системы власти или государственного строя. Но только в условиях демократического самоопределения народа на основе равного избирательного права парламентская ассамблея приобретает характер демократически легитимированного народного собрания. Именно принцип парламентского представительства отличает парламентаризм демократического конституционного государства как от коллегии советников феодального сюзерена или органа корпоративного сословного представительства более позднего периода, так и от представительных корпораций социалистического государства (в виде Советов).

Исторической предпосылкой современного парламентаризма явилось возникновение национальных государств и замена сословных структур сообществом активных граждан, являющихся опорой государственной власти. Эпоха национальных парламентов, формировавшихся в условиях ограничения избирательных прав для части граждан, породила кратковременную систему парламентского суверенитета, когда основу государственной власти составляло буржуазное общество, требовавшее от парламентариев образованности и владения имуществом. Эталоном этой формы парламентаризма служили британская Палата общин после Первого билля о реформе парламента 1831 г. и французская Палата депутатов после июльской революции 1830 г. Благодаря праву парламента принимать законодательные акты о налогообложении, заменившие систему сословного распределения податей, а также благодаря его бюджетным правам, позволившим подчинить рас-

ходы исполнительной власти парламентским решениям, реальные возможности правительства по руководству государством в условиях эффективно действующего принципа социальной государственности были практически поставлены в зависимость от сотрудничества с парламентским большинством.

При президентских формах правления по американскому или французскому образцу, когда избранному народному представительству противостоит легитимированный в результате плебисцита руководитель или глава правительства, более резкое ограничение законодательной и исполнительной властей также не может устранить зависимость правительства от парламента. Однако здесь налицо существенное отличие от парламентской системы правления, сложившейся в XVIII в. в Англии и послужившей прообразом для многочисленных конституций, включая и Основной закон ФРГ. При парламентской системе правления право назначения и отстранения правительства принадлежит парламенту, а отношения между двумястами конституционными органами регулируются таким образом, что правительство ответственно перед парламентом и подчинено определенным правилам парламентского контроля.

Последовательное осуществление принципа суверенитета народа на основе равного избирательного права, упразднение монархии и постепенное создание с конца XIX в. широкой системы государственных гарантий благосостояния и социальной справедливости привели к существенной трансформации парламентаризма. Смена ориентиров и новое разграничение задач государственных органов в условиях социальной государственности изменили конституционно-правовую функцию законодателя, усилили позиции правительства в отношениях с парламентом и привели к такому росту влияния на парламент и правительство со стороны организаций, выражающих различные интересы, а также средств массовой информации, что они практически приобрели право вето.

Развитие системы партий, поддерживающих разнообразные связи с группами, представляющими различные интересы, а также институциональная зависимость парламентской демократии от участия партий в формировании политической воли народа непрерывно усиливают характерные особенности политических процессов и государственной деятельности, присущие партийному государству. Эти особенности все более четко проступают в результате политизации всех существенных сфер общественной жизни, оправдывают конституционно-правовую институционализацию партий (ст. 21 Основного закона) и омрачают систему парламентского правления противостоянием правительственного большинства и парламентской оппозиции, руководствующихся различными политическими мотивами. Конституционное право и политическая практика ФРГ вынуждены принимать во внимание особенности парламентаризма социального и партийного государства, в котором, кроме того, действуют союзы, представляющие различные интересы.

2. Парламентская система правления

Институциональная особенность парламентской системы правления в ФРГ состоит в том, что Основной закон предусматривает наличие правительства как конституционного органа государственной власти, обладающего определенной самостоятельностью по отношению к парламенту и действующего в собственной сфере политических полномочий, где оно не связано и не может подменяться решениями парламента. Однако и в этой сфере правительство ответственно перед парламентом и подлежит его контролю. Зависимость правительства от парламента состоит и в том, что принципиальное решение о назначении кабинета принимается парламентом (он, согласно ст. 63 Основного закона ФРГ, избирает Федерального канцлера), а также в том, что именно парламент может вызвать падение правительства, выразив ему недоверие (согласно ст. 67 Основного закона, Бундестаг вправе сделать это, избрав нового Федерального канцлера). Ответственное правительство появилось на свет впервые как существенный элемент конституционной монархии, но продолжает существовать и сегодня в условиях конституционного строя парламентской демократии, основанного на разделении властей.

Парламентская система правления гарантирует приоритет народного представительства и в этом смысле должна рассматриваться как государственный механизм, последовательно осуществляющий принцип народного суверенитета. Однако она ставит пределы парламентской деятельности, руководствуясь идеей разделения властей и юридически зафиксированными полномочиями различных государственных органов на принятие собственных решений. Конституционное право признает определенную самостоятельность от законодательствующего и контролирующего правительства парламента исполнительной власти, облеченной правами на государственное руководство и реализацию законов. Соответственно парламентская система правления может пониматься как препятствие для парламентского абсолютизма и митингующей демократии.

Ответственность правительства и его зависимость от доверия парламента — всего лишь традиционные понятия, которые отражают взаимные права и обязанности обоих конституционных органов, вступающих в особые конституционно-правовые отношения в рамках парламентской системы правления. Парламентская ответственность состоит в том, что глава правительства и отдельные министры должны отчитываться в ведении ими государственных дел. Парламент может требовать таких отчетов, пользуясь правом вызова на свои заседания любого члена правительства, правом интерпелляций, а также учреждения исследовательских комиссий и следственных комитетов (ст. 43, абз. 1; ст. 44 Основного закона). Парламентский контроль может еще более эффективно осуществляться через специальные органы, такие, например, как Уполномоченный бундестага по обороне или обладаю-

щий широкими полномочиями Комитет по петициям (ст. 45в и 45с Основного закона).

Способы, которыми правительство справляется с возложенной на него ответственностью, не только влияют на оценку его деятельности общественностью, но и создают основу для формирования мнения о нем внутри парламента и принятия парламентских решений. Осуществление парламентского контроля может повредить репутации правительства и отдельных министров, но может и укрепить ее. Он не распространяется на оценку юридической безупречности отдельных действий правительства, например конкретных внешнеполитических мероприятий или кадровых решений, а также на проверку правомерности или противоправности сомнительных актов исполнительной власти. Решающими в этих случаях остаются соответствующие предписания, определяющие компетенцию правительства, и процедурные правила его действий, а также нормы материального права, применяемые в конкретных случаях. Правовые обязательства или поручения не могут возлагаться на правительство принятием второстепенных решений (постановлений), выражающих не оформленное законодательное одобрение или неодобрение действий правительства, а также содержащих парламентские рекомендации и предложения в адрес исполнительной власти.

Для Федерального канцлера и Федерального правительства парламентская ответственность и непосредственно связанные с ней юридические последствия приобретают истинное значение только в момент, когда Бундестаг лишает доверия главу действующего правительства, избирая вместо него нового Федерального канцлера (ст. 67 Основного закона). Пока не проведена такая процедура вынесения вотума недоверия или пока встречает одобрение большинства членов Бундестага ходатайство Федерального канцлера о выражении ему доверия (ст. 68 Основного закона), правительство пользуется поддержкой парламента и продолжает действовать. Выражение доверия — государственно-правовой акт, характер которого зависит от политических обстоятельств и даже от личных симпатий отдельных депутатов; лишение правительства доверия — высшая санкция в системе его парламентской ответственности.

3. Парламентское представительство

Государственная власть исходит от народа, но осуществляется им только в конституционно регламентированных формах, т. е. путем выборов и голосований, а также через специальные органы законодательной власти, исполнительной власти и правосудия (ст. 20, абз. 2 Основного закона). Органом, непосредственно олицетворяющим принцип народного суверенитета, является парламентское народное представительство — Бундестаг. Именно его наличие свидетельствует о том, что государственной формой ФРГ является представительная, т. е. опосредованная выборами, пар-

ламентская демократия. В этих условиях формирование политической воли народа возлагается на народное представительство, самостоятельно принимающее наиболее ответственные решения. В передаче парламенту законодательной власти реализуется принцип народного суверенитета как основы легитимации правопорядка. На эту систему опирается функция закона как гаранта демократии, которая в свою очередь вызывает к жизни демократически мотивированный принцип законности управления в правовом государстве.

Народный суверенитет, провозглашенный Основным законом, не связан с идеей, которая на языке прежних ученых и философов именовалась демократической. Ведь в соответствии с ней демократия в собственном смысле слова состоит в осуществлении государственной власти непосредственно решениями народа, которые он принимает путем голосований или нормотворчества народного представительства. Поскольку организационное общество немислимо без власти, реальная демократия не может существовать непосредственно, а должна носить представительный характер. Непосредственная, или плебисцитарная, демократия, предполагающая «идентичность властвующих и управляемых», не способна быть принципом политической формы, противостоящей представительству равных граждан; она всего лишь теоретическая конструкция господства народа без государства. Демократия как форма государства есть эгалитарно контролируемое и легитимированное представительство в виде органов, избранных народом и самостоятельно принимающих решения. Только осуществление политической власти в представительных формах обеспечивает ее господство на основе правовых норм. Парламентское представительство означает, что избранный народом парламент, и только он, реально гарантирует признание и одобрение государственной власти народом.

Парламентское представительство — это конституционный принцип, уточняющий пути осуществления народом своего суверенитета. С точки зрения политики и теории государства идея, выдвигающая на первый план и оправдывающая высокое положение народного представительства, не отражает полностью правовых отношений между избирателями и депутатами, народом и его представительством, но создает политическую и правовую основу целого ряда конституционных принципов и учреждений, в частности демократических норм избирательного права, положений о статусе и задачах Бундестага, институционализации политических партий, депутатском мандате и парламентских фракциях (ст. 20, абз. 2; ст. 38, 21; ст. 38, абз. 1). Отсутствие постоянной правовой связи между избирателями и депутатами привело сторонников государственно-правового позитивизма к ложному выводу о том, будто парламентское представительство — всего лишь фикция. Это суждение, возникшее, по-видимому, как следствие методологического упрощения правового явления, коренится в ошибочном представлении о трансцендентной воле народа, ко-

торая может существовать вне политического процесса и конституционно-правового строя с его выборами и органами представительства.

Парламентская демократия, базирующаяся на всеобщем и равном избирательном праве, на принципах политического равноправия всех социальных слоев, т. е. на эгалитарном самоуправлении народа, рассматривает народное представительство как элемент самоорганизации общества, живущего в конституционно-правовой системе. Неизбежно связанные с этим обстоятельством изменения основных государственно-правовых понятий по сравнению с постулатами эпохи либерального конституционного государства сказываются прежде всего в ином определении роли последнего, т. е. в практическом преобладании его социальных задач, размежевании позиций и претензий организаций, представляющих различные интересы, в преобразовании политических институтов по нормам партийного государства и в антигосударственных акциях и кампаниях фундаменталистских демократических движений.

Место постепенно формирующихся и почти незаметно изменяющихся социальных структур, которые служили опорой политического господства, заняло олигархическое посредничество между гражданским обществом и государством, часто осуществляемое нестабильными группами и коалициями, в особенности политическими партиями, играющими решающую роль в конституционно-правовом плане. Это порождает разрушительно влияющие на парламентскую демократию стремления к достижению тактических или прагматических компромиссов даже по принципиальным вопросам, к авантюрным акциям и даже к плебисцитарному цезаризму «народных вождей».

В качестве проектов, которые предусматривают замену демократии, опирающейся на парламентские принципы, предлагаются разнообразные концепции базисного демократического представительства и социалистической системы Советов. Предполагаемое самоопределение народа в такой демократии должно представлять собой, по идее, упразднение политического господства над людьми, но практически оборачивается заменой власти конституционного государства господством олигархии, не связанной никакими институционными ограничениями. Реальные плебисциты не упраздняют в духе идей Руссо господства человека над человеком. Их результатом становится чаще всего приход к власти какой-либо более или менее стабильной группировки или объединения группировок, действующих без правовой регламентации и большей частью не контролируемых участниками плебисцита. Политика, выступающая в обличье базисной демократии или власти Советов, не является, в сущности, ни политическим господством в государственных формах, ни простым «управлением вещами» в духе утопии Сен-Симона.

Идея демократии может быть осуществлена политически и в конституционном плане только в демократически организованном государстве; однако ей свойственна особая черта утопических

программ. Как государственная идея и идеал она есть не столько модель и апология устойчивого порядка, сколько принцип критического отношения и готовности к изменению любого строя и системы господства. Чем более косны и прочны группы, олигархии и аппараты, реализующие народное представительство, тем более определенно выступает вне правительственных учреждений потенциал демократической идеи, преследующий цели развития и преобразований, вплоть до радикальных представлений о будущей непосредственной демократии, обходящейся без всякого господства над людьми. Движения, которые выступают за базисную и непосредственную демократию с их лозунгами равенства и товарищества всех людей, лишают легитимности политические процессы, протекающие в формах парламентского представительства, подрывая в особенности политику партийного и технократически администрирующего государства, осуществляющего свое господство для достижения всеобщего благосостояния.

Парламентская демократия благодаря выполнению выборным народным представительством его полномочий на принятие самостоятельных решений гарантирует формирование государственной воли, подчиненной государственному праву и связанной им. В то же время она обеспечивает процессы формирования общественного мнения и выработки общей воли с опорой на систему политических прав и свобод граждан. Представительный характер парламентской демократии отражает как упорядоченность политического господства, так и конституционно-правовые основания и ограничения государственной власти. Одна из особенностей Основного закона состоит в том, что он укрепил парламентское представительство, а вместе с тем и положение Бундстага в политическом процессе, не предусматривая и не допуская плебисцитарных процедур.

В отличие от Конституции Веймарской Республики Основной закон ФРГ решительно отказался от системы выборов Президента народом и от плебисцитов (ст. 41, 73 и др. Веймарской Конституции). Согласно Основному закону, не допускаются ограничения или дополнения парламентских полномочий на принятие решений посредством использования плебисцитов. Правда, конституции некоторых земель в отличие от Основного закона Федерации ввели плебисцитарные процедуры, например для принятия конституционных изменений на случай предусмотренного народного опроса по определенным законопроектам, а также участия граждан в законодательстве посредством референдумов и народных инициатив. Однако в соответствии с распределением компетенции между Центром и землями на основе принципов федерализма предметы ведения и полномочия Федеративной Республики не могут быть объектом голосований, проводимых в соответствии с плебисцитарными процедурами, допускаемыми конституциями отдельных земель.

4. Парламентское представительство в партийном государстве

Демократизация избирательного права по внутренней логике развития парламентского представительства вывела политические партии на господствующие позиции в демократическом процессе формирования общественного мнения и выражения воли народа в условиях парламентаризма. Такой ход событий, который завершился отмиранием элитарных парламентов, наметился в Англии после Второго билля о реформе парламента 1867 г., а в Германии — после Франкфуртского Национального собрания, избранного на основе всеобщего и равного избирательного права, и введения демократического избирательного права на выборах в Рейхстаг Северогерманского союза и кайзеровской империи. На основе этого опыта сложилось сначала чисто политическое, а после 1918 г. и государственно-правовое представление о том, что политические партии являются «необходимыми посредниками между электоратом и требуемым для эффективного правления парламентским большинством» и что деятельность партийной системы представляет собой «естественный демократический процесс» (Ф. Науман).

Уже давно мнение, согласно которому парламентская демократия неизбежно должна выступать в форме партийного государства, стало столь же привычным, как и представление о том, что своеобразные изменения парламентаризма в духе партийной государственности были существенным образом предопределены наступающей индустриализацией с ее социальными проблемами, приведшей с помощью равного избирательного права к ориентации государства на новые задачи, отраженные в социальной проблематике.

Классические институты конституционного государства и парламентской демократии были вовлечены в глубокий процесс изменений, связанный с расцветом партийной государственности, акцентированием политических интересов различных организаций, влиянием общественного мнения, выражаемого прежде всего средствами массовой информации, а главное — вызванный самим государством благодеяния с его идеалами равенства и социальной защищенности граждан. Все более очевидным стержнем развития демократического конституционного государства становится упорядочение экономических процессов и борьба за распределение общественного продукта, которую ведут организации, представляющие различные интересы.

Усиление бюрократического и технократического влияния на жизненные потребности людей в социальном государстве со стороны партий и органов власти поощряет внепарламентские альтернативные движения. Чем меньше индивид воспринимает демократические выборы и деятельность организованного по партийному принципу народного представительства как результат его собственного волеизъявления, тем больше потребность в надеж-

ном представительстве подталкивает его к формам властвования на принципах плюрализма или базовой демократии.

Основной закон четко зафиксировал положение партий в условиях конституционного строя и таким образом институционализировал их (ст. 21 Основного закона). Возникшая еще во времена Веймара теория партийного государства, углубленная и последовательно развитая Г. Ляйбхольцем в концепции плебисцитарного преобразования демократии, вполне может опереться на действующую конституционную статью о статусе партий. Она рассматривает партийное государство как суррогат непосредственной демократии в государственной сфере; партии выступают здесь как рупор организованного народа, выборы — как плебисцитарные голосования по поводу политических программ и движений, а парламент — как вспомогательный плебисцитарный орган политического волеобразования.

Хотя из ст. 21 Основного закона не вытекает с неизбежностью дальнейшее развитие парламентской демократии в духе партийного государства, учение о связи современной демократии с такими представлениями оказало влияние на практику Федерального конституционного суда, которая, правда, неоднозначна. Если в решениях, приравнивающих партии к конституционным органам и признающих концепцию связанности парламентского мандата с партийной принадлежностью его владельца или регулирующих выплату депутатам жалованья, ФК.С склоняется к толкованиям с позиций теории партийного государства, то в решениях о финансировании партий явно просматривается ограниченность их конституционно-правовой институционализации. Конституционно-правовой статус партий оправдан их связями с институтами парламентской демократии и ограничен ими. В остальном они действуют в общественной сфере, не регулируемой специальными нормами, касающимися прав партий, и подчиняются общей для всех системе политических свобод. Более жесткое регулирование соответствовало бы отвергнутой ФК.С «концепции партийного государства, доведенной до радикального логического конца».

Конституция закрепляет роль партий в системе демократии как «содействие формированию политической воли народа» (ст. 21, абз. 1). Употребляемая иногда нейтральная формула о политическом процессе не должна затемнять основного представления о том, что стержнем демократической конституции является направляемая ею и с ней связанная политика. В партийном государстве и законодательство (а может быть, именно оно) в первую очередь зависит от политической деятельности партий. Государственно-правовое понимание и конституционные задачи законодательства не могут быть определены без учета борьбы или соревнования партий на пути к достижению власти, приобретаемой в соответствии с эгалитарным принципом большинства, и без закрепления конкретных задач государственной деятельности. Плебисцитарное перерождение выборов стирает четко проводимое в теории различие между выборами в собственном смысле,

в результате которых конкретные лица становятся депутатами (или лишаются мандатов), и голосованиями, которые непосредственно решают конкретные вопросы или приводят к власти главу государства или правительства. Партии как гаранты определенных программ и политических платформ выступают посредниками в проведении плебисцитарных по сути своей голосований, которым придается облик выборов. Назначение главы правительства, которое часто рассматривается как первоочередная и важнейшая задача парламента, в партийном государстве зависит от результатов парламентских выборов. Победивший на выборах партийный лидер и глава правительства приобретает в итоге определенную автономию от своей партии и парламента, опирающуюся на его личную легитимацию, которая зависит от фактического плебисцита. Однако при возникновении конфликтов партийные интересы, отражающие волю электората, могут одержать верх вопреки итогам выборов, носящих объективно или субъективно характер плебисцита.

Факторы партийной государственности и груз задач государства благоденствия ведут к -тому, что значительная часть деятельности парламента протекает в партийных фракциях и комитетах, а отдельные депутаты обязаны в принципе поддерживать монолитность фракций и принятое в них разделение труда, необходимые для обеспечения работоспособности парламента и эффективности его политики. Пленум парламента — арена публичных дискуссий, аргументации и критики политических намерений; для принятия необходимых решений требуется их подготовка в комитетах и фракциях. Эффективность законодательной деятельности парламента зависит от того, что законодательная инициатива принадлежит правительству и, как правило, используется им с опорой на предварительные разработки партий правительственного большинства и министерской бюрократии. Уже в конце прошлого века было констатировано и исследовано наукой государственного права характерное для современного управления и законодательства развитие парламентаризма в формах «правления кабинета» в Англии и «правления комитетов Конгресса» в США. Давно замечено также, что при парламентской системе правления, построенной на разделении труда и «кооперации» действий парламента и правительства, их институционные различия в значительной мере перекрыты противостоянием правительственного большинства и оппозиционного меньшинства парламента, не участвующего в правительстве.

VI. ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО

1. Основной закон ФРГ и правовое государство

Понятие правового государства возникло на рубеже XVIII и XIX вв. как своеобразная программа ограничения государственных притязаний. Однако сама эта идея и соответствующие ей ин-

ституты появились в более ранний период истории германского и европейского права в целом. Основной закон ФРГ подвел итог этому развитию в нормативном конституционном регулировании. Он обязывает формировать всю общественную и государственную жизнь, пользуясь средствами и руководствуясь критериями права как особого фактора порядка. Принцип правового государства не сводится к защите человека от государственных притязаний, а преследует двойную цель: в равной мере ограничивать и обеспечивать деятельность государства, чтобы таким образом гарантировать достоинство человека, свободу, справедливость и правовую защищенность его как в отношениях с государственной властью, так и между индивидами.

Теоретическое содержание понятия правового государства не может быть выражено в однозначной и простой дефиниции. Оно складывается из различных качественных и структурных элементов, для понимания которых конституционный текст предоставляет существенный, но недостаточный понятийный материал. Для постижения правовой государственности кроме конституционно-правовых определений важны нормы обычного законодательства и конкретные данные, касающиеся традиций и правовых представлений. Именно на такой поэтапный процесс формирования конституционного понимания правового государства постоянно указывал Федеральный конституционный суд. «Принцип правового государства, — как отмечалось в его решениях, — неполно сформулированный в Конституции, не содержит всесторонне определенных рекомендаций и запретов; он требует конкретизации в зависимости от реальных обстоятельств; при этом должны, конечно, сохраняться в целом основополагающие элементы правового государства и государственности». Таким образом, упомянутый процесс движется от общего понятия через анализ позитивно-правовой конкретики к формированию принципа.

Термин «правовое государство» Основной закон употребляет лишь однажды — в ст. 28, абз. 1. Там сказано, что «конституционный строй в землях должен соответствовать принципам республиканского, демократического и социального правового государства». Упоминание всех других принципов очерчивает сферу, в которой могут действовать земли, конкретизируя идею правовой государственности, а последовательное перечисление характеристик государства, предшествующее упоминанию интересующего нас понятия, подчеркивает основополагающий его характер по отношению ко всем другим конституционным нормам, имеющим политическое значение. Статья 28, абз. 1 содержит не просто перечисление признаков государства; здесь сводятся воедино основные идеи, пронизывающие всю Конституцию и представленные прежде всего в ст. 20, абз. 1 Основного закона; они еще раз объединяются в ней общим понятием в связи с их фундаментальным значением для всех территорий, входящих в состав ФРГ. Таким образом, нормами, закрепляющими принцип право-

вой государственности, следует считать не только ст. 28, абз. 1, но и ст. 20, абз. 1 Основного закона.

Конкретные нормы, гарантирующие правовую государственность, формируются на различных конституционных уровнях. Ее теоретическая конструкция покоится на двух главных опорах: субъективно-правовом принципе достоинства человека (ст. 1 Основного закона) и объективно-правовом разделении властей, характерном для конституции правового государства. Оба компонента обеспечивают реализацию правовой государственности в двух направлениях: ст. 1, абз. 1 Основного закона обязывает государственную власть в равной мере уважать и защищать достоинство человека и принимать практические меры для ее охраны, а принцип разделения властей конституирует и ограничивает функции государственных органов.

Важнейшими конкретными проявлениями конституционной правовой государственности, покоящейся на упомянутых теоретических опорах, выступают разнообразные основные права, а также законодательство об управлении и правосудии с соответствующими рабочими гипотезами. Они раскрывают принцип правового государства как сочетание субъективных прав гражданина и объективного порядка государственной деятельности. С этой целью в обеих сферах формируются гарантирующие их существование материальные, процедурные, институционные и организационные элементы. Другие конкретные проявления правовой государственности рассредоточены по различным статьям и разделам Основного закона. К ним относятся, например, гарантия ответственности государства за действия должностных лиц по ст. 34 или правила опубликования законов согласно ст. 82 Конституции. Многочисленные конституционные нормы касаются правосудия: это ст. 19, абз. 4; ст. 100, 101, 103, 104, составляющие как бы специальный подраздел регулирования, соответствующий традиционно уважительному отношению именно к этой властной функции в условиях правового государства.

При системном подходе к рассматриваемому предмету должны быть упомянуты и нормы Основного закона, касающиеся в первую очередь иных объектов регулирования, однако влияющие и на расстояние правовой государственности. В их число входят, например, положения ст. 83 и следующих за ней, а также ст. 28, абз. 2 о распределении полномочий между Центром и местами; им свойственны характерные черты норм правового государства, обусловленные историей германской конституции. Среди проявлений правовой государственности в конституционном законе почетное место принадлежит принципу единства основополагающих правовых норм и их реализации, гарантированному распределением компетенции (например, в ст. 74, п. 1) и созданием профессионального чиновничества (ст. 33, п. 4 Основного закона).

Зададимся еще раз вопросом: является ли идея правового государства всего лишь собирательным понятием для отдельных гарантий, зафиксированных конституционным правом, или она вы-

ступает как самостоятельный принцип, обладающий собственным содержанием? Углубленный анализ показывает, что ссылки на толкование принципа правового государства в судебной практике и специальной литературе эклектичны и поверхностны, а подлинное решение проблемы следует искать в соответствующих формулировках конкретных конституционных норм.

Проф. Ф. Куниг, например, склоняется к мнению, что на все вопросы правовой государственности можно найти ответы в нормах, касающихся этой проблематики, и обращение к якобы стоящему над ними принципу правового государства методологически несостоятельно. От такого подхода он ждет ясных, юридически доказуемых выводов; его предложение и в самом деле выгодно отличается от столь частого смещения понятий конституционного права и политических программ, которое происходит со ссылкой на принцип правового государства. Этим путем следует идти во всех случаях, когда результат может быть получен на основе анализа конституционных норм, относящихся к рассматриваемому вопросу. Использование термина «правовое государство» при этом не более чем способ краткого обозначения предмета, в принципе допустимый, но требующий подробной аргументации для раскрытия сути дела.

Но и на этом пути нельзя найти ответа на все возникающие вопросы. Это относится прежде всего к организации государственного механизма, процессуальному праву, опубликованию правовых норм и доказательности соответствия тех или иных решений принципам правового государства. Достаточно четкой ориентации не дает и анализ системы основных прав, поскольку возникающие проблемы могут быть поняты как проблемы прав человека, однако лишь в некоторых отношениях, а не во всей их полноте. В качестве эффективного средства анализа основные права личности могут быть использованы только при условии их расширительного толкования, что в свою очередь требует дифференцированной оценки содержащихся в них гарантий. Иными словами, элементы каждого основного права дают для надежного суждения по этим проблемам не больше, чем сам принцип правового государства. Подробные и детальные сведения о защитных механизмах не могут безоговорочно применяться в области слабо разработанных понятий, касающихся процессуального права, и норм, регулирующих деятельность органов власти; дифференцированный подход к системе основных прав человека или к различным особенностям каждого из них в отдельности приведет скорее к дроблению процессуального права и упомянутых норм, что не может служить укреплению правопорядка. Напротив, обращение к принципу правового государства гарантирует разрешение проблемы в требуемой общей форме. Своеобразную задачу этот принцип выполняет и в тех случаях, когда речь идет о понимании нормативно регулируемых объектов как единой системы, о концентрации их вокруг одного защищенного правом Центра или определенных институтов, а также для исследования пробелов в

праве или их противоречивых оценок. Обращение к принципу правового государства раскрывает функциональную сторону рассматриваемых явлений. Но должный вес приобретают при этом и правовые традиции, влияющие на формирование упомянутых институтов.

Таким образом, принцип правового государства действует на двух уровнях, между которыми, в свою очередь, возможны переходы: он играет декларативную роль сокращенного обозначения понятий в сфере, где существуют подробные гарантии прав, и конститутивную там, где речь идет о формулировании общих понятий и описании системы. Часто термин «правовое государство» применяется, чтобы соединить обе сферы. вполне очевидно, что выяснение сущности дела в областях, не защищенных специальными конституционными нормами, представляет существенные трудности, но это не основание для полного отказа от разработки и анализа самой проблематики. Федеральный конституционный суд справедливо заметил по поводу процессуальных требований, диктуемых принципом правового государства: «Учитывая широту и неопределенность этого принципа, к нему нужно подходить с осторожностью, выбор возможных альтернатив при нормативной конкретизации любого конституционного принципа, как правило, дело законодателя. Только в случае, когда с учетом всех обстоятельств, включая противоречия, заложенные в самом принципе правового государства, становится очевидным, что требования, диктуемые идеей правовой государственности, не могут быть гарантированы, возможны конкретные выводы на основе самой этой идеи, касающиеся, например, организации уголовного процесса, причем в рамках основных процессуальных форм, определенных законодателем».

2. Понятие правового государства

Рассматриваемые здесь представления характеризуют исторически сложившиеся типовые понятия, тенденции или модели. Они не носят строго догматического характера, но тем охотнее используются в качестве терминов в повседневном словоупотреблении. С научной точки зрения решающее значение для понимания правового государства имеют формы, которые придают ему общая концепция конституции и ее отдельные нормы, разумеется, с учетом конституционных традиций.

Правовым в формальном смысле является такое государство, которое признает в качестве своих неперенных особенностей и институтов разделение властей, независимость суда, законность управления, правовую защиту граждан от нарушения их прав государственной властью и возмещение ущерба, нанесенного им публичными учреждениями. Понятие правового государства сложилось исторически и само по себе менее формально, чем это представляется на первый взгляд. Но решающим для данного

понятия является то, что оно подчеркивает подчиненность государственной и общественной жизни типичным элементам, характерным для права (законодательные основы принятия решений, распределение компетенции между органами власти, процессуальные нормы). Правовое государство остается чисто формальным, если его существо исчерпывается поддержанием этих юридическо-технических элементов, а содержание законодательного процесса не ориентируется на более высокие идеалы нормотворчества.

Правовое государство в материальном смысле гарантирует именно такое направление государственной деятельности, в частности связывая законодательство конституционными принципами и нормативно устанавливая систему прав граждан. При таком подходе правовое государство в материальном и формальном смысле не антиподы, а единое образование, сочетающее материальные и формальные элементы права. Согласно ст. 1, абз. 3; ст. 20, абз. 3; ст. 79, абз. 3 Основного закона, правовая государственность складывается из формальной и материальной составных ее частей. Ввиду их взаимосвязи недопустима какая бы то ни было недооценка формальной стороны дела. Ведь формальные элементы относятся к сущности права, отличая его тем самым от других систем ценностей. Форма — «заклятый враг произвола» (Иеринг), а упорядоченная процедура — главное условие ясности государственных решений. Связанность власти законом должна гарантировать предсказуемость и надежность ее актов. Эта связанность сводит воедино правовое государство и демократию. Материальные элементы права должны как бы растворяться в формальных, но материальная компонента правового государства не может быть направлена на самовольную реализацию субъективных представлений об общественном благе.

В связи с рассматриваемым понятием правового государства должна быть упомянута его конституционная оценка как государства социального. Вместе с другими его характеристиками, данными в ст. 28, абз. 1 Основного закона, она ведет к тому, что упрощенно именуется антиномиями конституционно-правовой государственности. Кроме того, в качестве антитезы либеральному правовому государству данный термин характеризует определенный исторический этап в развитии государства. Это описательное словоупотребление, претендующее на обобщение, конечно, поверхностно. Правовым государством эпохи расцвета либерализма считалось государство, завоеванное буржуазией в XIX в. Для характеристики его часто употреблялся плеоназм «либеральное и правовое». Принципами такого государства были индивидуализм, гарантии свободы и собственности, защита граждан, уважение границ и невмешательство в дела других стран. Ему противопоставляется социальное правовое государство, к которому склонялась еще Веймарская Конституция и которое недвусмысленно провозгласил Основной закон ФРГ. Оно вводит в действие право на социальное обеспечение и нормы, формирующие и преобразую-

щие социальные отношения; такое государство упорядочивает и направляет экономические процессы, не предоставляя их самим себе. Правда, мы иногда упускаем из виду, что реальная практическая деятельность государства XIX столетия была менее сдержанной, чем этого требовала его модель. В повседневной управленческой деятельности либеральное правовое государство не отбрасывало традиций государства благоденствия; здесь тоже выдвигались и ставились новые задачи регулирования общественных процессов, например в градостроительстве или пенсионном обеспечении. Рассматриваемые явления не должны восприниматься как антитезы; речь идет лишь о различных акцентах, подобно тому как это имеет место при употреблении на первый взгляд противоречивых понятий правового государства в формальном и материальном смысле.

3. Сущность правовой государственности

Конституционное провозглашение правового государства — это прежде всего установление специфической организации общественной и государственной жизни, а именно — построение ее на принципах права. В соответствии с его целями должно быть упорядочено социальное поведение, а индивиду гарантирована сфера самостоятельности, защищенная организующей силой правовых норм, которая, согласно традициям античности, раннего христианства и эпохи Просвещения, рассматривается как необходимость гуманизма.

В связи с идеей правовой государственности право рассматривается как средство создания четкого, рационального порядка, касающегося масштабов деятельности институтов и процедур. Эта фундаментальная функция касается правопорядка в целом. Таким образом, с точки зрения правового государства важными юридическими гарантиями служат не только нормы государственного, но равным образом и гражданского, и уголовного права. Отдельные сферы единого правопорядка имеют общую юридическую основу в виде фундаментальных принципов нерушимости права, запрета его произвольного применения, а также принципа служения и верности праву.

Как видно из ст. 1 и 20 Конституции ФРГ, основополагающая идея права сводится к следующим постулатам: право представляет собой неразрывное единство формальных и материальных элементов; является совокупностью регулирующих норм объективного права и субъективных прав; сочетается с обязанностями, порождая в этой связи понятие ответственности.

На такой основе социальный строй превращается в правопорядок, индивид — в субъекта права, а его отношения с другими людьми в важных сферах жизни, нуждающимися в защите, — в правоотношения, что прежде всего касается его связей с государством. Право, понимаемое таким образом, должно гарантировать

как преемственность, так и необходимую изменчивость существующих отношений. Будучи средством сознательного воздействия на общество, оно служит также важнейшим инструментом социальной демократии. В то же время право не стремится охватить все жизненные проявления, более того, оно враждебно всякому тоталитаризму и противопоставляет такого рода стремлениям упорядочение и умеренность.

Как определенный фактор порядка и стабильности право стремится объединить и объяснить почти все многообразие жизни. Особые качества правового регулирования могут быть переданы терминами «дистанция» и «дифференциация». Дистанция, создаваемая правовым государством, гарантирует индивиду простор достаточный, чтобы найти свое место как в отношениях с другими индивидами и организациями, так и с самим государством;

при этом основные права человека «поддерживают дистанцию» в его отношениях с государством, а частное право (особенно ясно это выражено в сфере вещного права—§ 903, 1004 Гражданского кодекса) служит разграничению сфер их деятельности. Но и государственные структуры нуждаются в дистанцировании от борьбы общественных сил; оно становится в этом случае условием поисков взвешенных решений, предполагающих обуздание групповых интересов, неподкупность чиновничества и независимость правосудия (в частности, от общественных предубеждений). В решении принципиальной задачи сохранения дистанции сходятся гарантии классического разделения властей и формы размежевания общественных сил. Такое сохранение дистанции предполагает как отделение государства от общества в смысле понимания их функциональных различий, так и защиту государством индивида от произвола общества.

Со всем изложенным выше тесно связана проблема дифференциации в правовом государстве. Это государство воспринимает отдельного гражданина как конкретную индивидуальность и презюмирует достоинство человека. Государство призвано защищать и уважать его как данность, а не формировать или преобразовывать в духе надуманных идеалов равенства. Элементарные стремления правового государства к дифференциации определяют границы любых официальных программ воспитания и перераспределения. И данный элемент правотворчества влияет на организационные начала государства. Например, его федеративная структура облегчает идентификацию личности в дифференцированном жизненном пространстве, которое также обладает своими особенностями.

В конечном счете дифференциация есть условие функционирования всех защитных правовых механизмов. Сама конституция базируется на идее дифференцированных гарантий: основные права личности, полномочия органов власти, возможности контроля дифференцируются в зависимости от осуществления определенных охранительных задач. Следовательно, правовое государство не может увенчаться ни запретом на полную юридикацию отношений,

ни претензией на подчинение закону всей жизни общества. Ничто не противоречит методам правового государства в большей мере, чем отказ от дифференциации, который в наши дни нередко проявляется в стремлении к установлению всеобъемлющих сверхгарантий Границы правовой государственности более подвижны и изменчивы, чем это кажется сторонникам примитивных представлений конструктивной юриспруденции.

Правовое государство по самой сути своей требует наличия конституции, оформленной в виде нормативного документа и обязывающей государственную власть действовать на основе установленного ею порядка. Приоритет конституции, зафиксированный ст. 20, абз. 3 Основного закона и подтвержденный применительно к системе основных прав граждан ст. 3, абз. 3, включает положения конституции в систему норм права, установленных государством, заполняя таким образом пробел, оставленный устаревшей правовой традицией. Последовательным развитием этой тенденции является учреждение конституционного правосудия. Упомянутые выше гарантии, подкрепленные запретом изменения конституции, установленным ст. 79, абз. 3 Основного закона, косвенно гарантируют незыблемость конституционного права и его особое место в правовой системе.

Исторически конституция возникла как соединение идеи планомерного государственного устройства, признающего систему основных ценностей, с идеей кодификации законодательства, отражающего «веления разума». На этой почве, конечно, не должен вырасти новый тоталитаризм. Конституция правового государства стремится наметить пути и границы развития жизни общества, а не ввести нормативно новый абсолютизм определенных ценностей. Такая конституция есть источник национального права высшего ранга, но жизнь в соответствии с конституцией не сводится просто к ее исполнению.

Правовое государство применяет различные модели и методы воздействия на жизнь общества, причем важными элементами такого государства служат сфера политических действий, отведенная носителям государственных полномочий, и сфера индивидуальной свободы, в которой действуют субъекты частного права.

Конституционное правосудие, действующее в границах своих полномочий, обращает внимание на это разграничение прежде всего в тех случаях, когда ему приходится проверять конституционность законов. Конституционные рамки, задачи и рекомендации должны scrupulously анализироваться с точки зрения их нормативного значения. Не исключено, что при этом обнаружатся особенности, которые с трудом вмещаются в четко определенные сферы права. В такое положение нередко попадает тот, кто пытается применить принцип правового государства. Бывает, что и самой конституции недостаточно, чтобы дать конституционно-правовую оценку политико-правовым или этико-правовым идеям организации общества. Парламент и Конституционный суд действуют в подобных

случаях на широком поле, где решаются своеобразные задачи выражения политических мнений, но определять эти задачи может только законодательство.

4. Незыблемость права

Незыблемость правовой системы — существенный элемент правового государства. Однако следует иметь в виду, что она нередко входит в противоречие с другими требованиями правовой государственности, в частности с касающимися соблюдения принципа справедливости в каждом конкретном случае. Ее трудно свести к единой краткой формуле. Во всяком случае незыблемость правовой системы не подразумевает защиту индивида от всех превратностей судьбы. Речь идет о специфической защите личности правовыми средствами в правовых ситуациях, короче говоря, о надежности правопорядка. Такая надежность создает прежде всего стабильность государственных решений. Положения, принятые однажды с соблюдением должных формальностей, не могут изменяться произвольно; для этого требуется соблюдение определенных процедур, а нередко и условий, ограничивающих допустимость самих таких изменений. Кроме того, незыблемость правовой системы обеспечивает возможность предвидеть содержание государственных решений. Для этого необходимо существование внутри данного правопорядка реальных его масштабов и эталонов. Незыблемость правовой системы действует прежде всего как объективный принцип для реализации идеи разделения властей, очерчивая полномочия и сферы свободы в самом широком смысле слова.

Надежность правовой системы должна быть гарантирована как в обычных, так и в конфликтных ситуациях. С точки зрения гражданина ее незыблемость означает возможность безоговорочно полагаться на нормы права, а это, в свою очередь, придает правовой системе дополнительную прочность благодаря субъективным факторам. В итоге более высокая эффективность правовой системы поддерживает положение, благоприятное для граждан, ей доверяющих. В этом отношении особенно существенным фактором выступает система прав человека, прежде всего ст. 14 Основного закона. На практике эта идея приобретает различные институциональные формы, определяющие действия всех трех ветвей власти.

Для обеспечения устойчивого мира в правовой сфере, утвердившегося после периода сомнений в ценности права, особенно важны решения органов правосудия, рассчитанные на стабильность. Юридическая сила судебных решений выступает при этом как соответствующий конституции элемент правовой государственности. Возобновление завершенных судебных процессов должно оставаться исключением из правил. Процессуальные сроки — признанный институт, гарантирующий скорейшее вступление ре-

шений и приговоров в законную силу. Иначе обстоит дело с изменениями в судебной практике: ввиду особой структуры судопроизводства правосудие вряд ли может строиться на системе самоограничений.

В сфере исполнительной власти надежность правовой системы проявляется прежде всего в стабильности административных актов, которая, так же как их правомерность, должна быть конституционным элементом правовой государственности. Формирование в деталях института принятия решений, в частности обеспечение их полного соответствия праву и справедливости в каждом конкретном случае, а также надежности и гибкости управления, является задачей законодателя, который создал конституционно безупречную модель, например, в § 48—51 Закона об административных процедурах. Столь же взвешенное решение еще предстоит принять законодателю по поводу нормативных актов управления. От него идея надежности правовой системы требует прежде всего достаточно четкого определения самой сути регулирования. Требования, конкретизирующие это положение для каждого отдельного случая, могут содержаться, в частности, в специальных конституционных нормах (например, в ст. 80, абз. 1; ст. 101, абз. 1; ст. 103, абз. 2). В известной мере они определены также принципом связанности законодательства конституционным строем (ст. 20, абз. 3 Основного закона).

VII. СОЦИАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВО

1. Конституционные установления и цель социального государства

«Федеративная Республика Германия является демократическим и социальным федеративным государством» (ст. 20, абз. 1); «Конституционное устройство в землях должно соответствовать принципам республиканского, демократического и социального правового государства» (ст. 28, абз. 1) — таково содержание конституционных статей, на базе которых ставится вопрос о социальной цели государства. Основной закон отказался от изложения какой-либо подробной социальной программы, заменив ее воспроизведенными выше краткими формулами. При этом объявлена единая социальная цель государства, а не совокупность различных его целей.

Однако сама эта цель не расшифрована. Государство только охарактеризовано, точнее — названо социальным (ст. 20, абз. 1). Суть такого нормативного регулирования должна быть раскрыта на практике. Если реальное устройство общества, т.е. политика, право и фактические отношения, включая социальное положение людей, за которых оно несет ответственность, не совпадает с конституционно-правовой характеристикой общества, то оно должно

быть изменено таким образом, чтобы достичь соответствия. Констатация социального характера государства становится задачей, целью и правовой нормой. Более определенно нормативный характер этого положения проявляется в ст. 28, абз. 1, утверждающей, что существуют принципы социального правового государства, которым должен соответствовать конституционный строй в землях.

Социальное государство связано с федерацией, республикой, демократией и правовой государственностью. Социальное начало вплетено в венок фундаментальных норм, определяющих сущность государства, и подобно всем этим нормам не может быть упразднено (ст. 20, абз. 1—3; ст. 79, абз. 3 Основного закона). И все же способ формулирования социальной идеи Основным законом существенно отличается от других характеристик, которые конституция дает построенному на ее основе обществу. Во-первых, в терминологическом плане: по правилам немецкой грамматики термины «федеративное государство» (ст. 20, абз. 1) и «правовое государство» (ст. 28, абз. 1 Основного закона) представляют собой единые имена существительные (*Bundesstaat*, *Rechtsstaat*), а термин «социальное» употребляется как прилагательное к ним — «социальное федеративное государство» (ст. 20, абз. 1) или «социальное правовое государство» (ст. 28, абз. 1). Во-вторых, по сути: под республикой, демократией, федерацией, правовой государственностью понимаются организационные и процедурные принципы, обеспечивающие условия нормального существования общества и государства, а под социальной государственностью — само это существование. Что такое демократия, федеративное или правовое государство, более или менее определенно разъясняет сам Основной закон. Понятие «социальное государство» употребляется в его тексте без пояснений. Очевидна в данном случае несоразмерность реальной совокупности общественных отношений и связей и единственного слова «социальный», которое должно служить масштабом для их оценки. Задачи республики, демократии, федеративного и правового государства в том и состоят, чтобы воздействовать на социальные отношения и их развитие.

2. Понятие социального государства

Четкому пониманию термина «социальное государство» долгое время препятствовали три обстоятельства: неоднозначность самого слова «социальное»; неопределенность задач государства, которое, согласно современным теориям, должно не просто быть олицетворением власти, но институтом, существующим для людей; наконец, утрата ясных критериев в результате военной катастрофы, крушения германского рейха в 1945 г. и бедствий послевоенных лет.

Постепенно на вопрос о сущности социального государства выкристаллизовались три ответа. Первый связан с пониманием

социального в самом общем плане, не подразумевающим каких-либо оценочных суждений; социальное здесь равнозначно общественному, или связанному с обществом. Термин «социальное государство» в этом смысле означает, что государство несет ответственность за существование общества. Его автономия не абсолютна: маятник не должен качнуться от тоталитарного господства государства над обществом к либеральному государству, исполняющему лишь роль «ночного сторожа». Другая интерпретация обращается к трактовке слова «социальное» как указанию на общественный статус человека, его связь с обществом. Термин «социальное государство» в таком смысле подчеркивает существование обязанностей индивида по отношению к другим людям и обществу в целом. За этой трактовкой скрывается тревога за то, как бы маятник не качнулся от тоталитарного подчинения к не связанности индивида никакими общественными узами. Однако мнение большинства склонилось к третьей трактовке, согласно которой социальное государство — это организация, помогающая слабому, стремящаяся повлиять на распределение экономических благ в духе принципов справедливости, чтобы обеспечить каждому достойное существование. Сторонники такого подхода обратились к обыденному пониманию слова «социальное» и связали государственность с конкретно-историческим политическим движением, преследующим социальные цели. К такому решению проблемы подталкивали как требования времени, так и необходимость сформулировать хоть какие-то рекомендации относительно направления, в котором должно развиваться общество. В результате были даны ответы на вопросы о том, как обеспечить ответственность государства за развитие общества (в духе первой, самой общей трактовки социального государства) и в какой мере, с какой целью должен быть связан с обществом индивид (в соответствии со второй трактовкой, подчеркивающей социальные обязанности). Таким образом, третья трактовка социального государства восприняла идеи и первой, и второй.

3. Элементы социальной государственности

а) Достойный человека прожиточный минимум

Для первого этапа развития германского социального государства характерна его ответственность за предоставление каждому гражданину прожиточного минимума. С середины XVIII в. законодательство о бедных обязывало общины оказывать все большую реальную помощь нуждающимся. В XIX в. эта ответственность переместилась с коммунального уровня на общегосударственный. Главным свидетельством гарантированности прожиточного минимума, обеспечиваемого обществом, сегодня является социальное вспомоществование: «Каждый, кто не в силах самостоятельно добыть себе средства к существованию и не получает при этом никакой посторонней помощи, имеет право на личную и ма-

териальную поддержку, которая соответствует его специфическим потребностям, побуждает к самопомощи, обеспечивает участие в общественной жизни и гарантирует достойное человека существование» (§ 9 Общей части Кодекса социальных законов ФРГ). Основной закон, непосредственно затрагивая этот предмет, указывает, что государственное социальное обеспечение входит в законодательную компетенцию федерации и земель (ст. 74, п. 7 Основного закона).

Следует заметить, что ответственность общества за обеспечение человеку достойного существования вторична. Социальное государство руководствуется исходным представлением, согласно которому каждый взрослый имеет возможность и обязан зарабатывать на себя и содержание своей семьи (супруги и детей). С этой целью конституция провозглашает индивида свободной личностью. Ответственность общества наступает лишь в том случае, когда это исходное представление не может реализоваться и потребности человека не могут быть удовлетворены надлежащим образом.

Конечно, все это постоянно порождает трудные проблемы выяснения диалектического соотношения ответственности социального государства и автономии общественных процессов и отношений. С одной стороны, следует подчеркнуть субсидиарность ответственности общества с точки зрения упомянутого выше исходного представления, с другой — само социальное вспомоществование должно содействовать его реализации.

Упоминание о заработках предполагает, естественно, наличие работы. Конституции земель и международные соглашения подчеркивают в этой связи существование права на труд. Основной закон ФРГ, напротив, упоминает лишь «право свободного выбора профессии и места работы» (ст. 12, абз. 1 Основного закона). Данное положение обеспечивает свободу в общественной системе трудовой деятельности. Но право на труд остается и в условиях действия Основного закона необходимым политическим программным требованием. О том, насколько оно важно, свидетельствует нынешний «кризис трудового общества» (термин XXI Германского конгресса социологов—1983 г.). Переворот в организации и распределении труда, характерный для современности, ставит под вопрос всю систему гарантий социальной государственности, вплоть до элементарнейшего требования, согласно которому каждый человек должен заботиться о получении трудового дохода для удовлетворения своих потребностей.

Вторым базисным элементом упомянутого исходного представления о личной ответственности каждого за его собственное благосостояние является семья. Именно от нее зависят условия жизни детей. И в этом случае Основной закон выдвигает на первый план принцип автономии (ст. 6, абз. 1), что, конечно, является необходимым, но не всегда достаточным условием для того, чтобы семья оправдывала возлагаемые на нее надежды. Поэтому социальное государство должно защищать и поддерживать в со-

циальном плане семью, детей, родителей, но прежде всего матерей. Требование личной ответственности, предъявляемое к человеку в обычных ситуациях, может быть ограничено, если удовлетворение определенных потребностей превышает силы индивида и его семьи. Именно поэтому социальное государство несет особую ответственность за доступность таких жизненно важных благ, как продовольствие, жилье, помощь в случае болезни, необходимый уход и т. д.

Однако, даже полагаясь на ответственность социального государства, не следует забывать, что все социальное в существенной мере происходит в обществе и зависит от него. Примат личной ответственности предполагает действие принципа независимости общественных отношений и процессов. Для его осуществления нужно кроме уважения свободы труда и автономии семьи выполнить еще четыре условия. Первое: возможность для индивида получить причитающуюся ему часть благ, обеспечивающих существование, а также право обладать, пользоваться и распоряжаться ими. Главную роль в этой связи играет институт собственности (ст. 14 Основного закона). Второе: возможность для общественных сил обеспечивать отдельных людей необходимыми благами и услугами. Здесь решающим средством служит сплав свободного общества и рыночной экономики. Третье: люди должны иметь возможность объединяться в коллективы (помимо семьи) для приобретения необходимых благ и услуг. В этом плане особенно важны свобода союзов (ст. 9, абз. 1) и объединений (ст. 9, абз. 3). И наконец, четвертое: не должно быть монополии государства на оказание помощи, когда она может быть предоставлена для обеспечения первоочередных нужд людей без него. Общественным силам надо дать простор для оказания альтруистической помощи. Свобода всех таких действий есть реализация права на свободное развитие личности (ст. 2, абз. 1), а свобода объединения (ст. 9, абз. 2) — важная гарантия эффективных действий.

б) Социальное равенство

Равенство всех, кто принадлежит к роду человеческому, есть самое общее и самое прочное основание социальных движений. Вместе с тем стремление к равенству было столь универсальной причиной всех политических изменений, происшедших между XVIII и XX вв., что различные движения могут рассматриваться как многочисленные реки, впадающие в единое море человеческого равенства. Существенное продвижение к равенству связано с переходом от феодально-монархического государства к эгалитарной демократии, и в особенности с отменой сословных привилегий. Другой причиной послужили практические выводы из идеи правового государства, подразумевающей равенство всех перед законом. Представление о социальном равенстве связано прежде всего с общественными и экономическими факторами.

Но и они по-разному ассоциируются с пониманием социального. Отмена крепостного права, упразднение ипотечной задолженности, ликвидация цехового строя кажутся событиями слишком далеким прошлого, чтобы влиять на современное социальное сознание. Напротив, противоречия между трудом и капиталом, предпринимателями и рабочими представляются классическими проявлениями социального неравенства. До наших дней для требований социального равенства характерна тенденция свести воедино рабочий вопрос и социальные проблемы.

В самом деле, в течение XIX в. представление о социальном неравенстве все более определенно сводилось к двум связанным между собой, но не идентичным феноменам — бедности и наемному труду. В результате потрясений первой мировой войны со всеми ее последствиями, а затем политических и общественных событий Веймарского периода очень скоро проявились новые признаки социального неравенства: в качестве социальных групп, находящихся в затруднительном положении, стали рассматриваться мелкие крестьяне, арендаторы, переселенцы, квартиросъемщики, многодетные семьи, матери, дети и молодежь, инвалиды войны и т. д. Несколько позже, после второй мировой войны, стало ясно, что качественная оценка положения людей может относиться не только к определенным группам, но и к жизненным ситуациям (например, к возрасту, к регионам проживания), к личным особенностям (здоровью, образованию и т. д.). Оказалось, что проявлений социального неравенства можно насчитать сколько угодно. Но существенной всегда, начиная с коренного рабочего вопроса, остается одна их особенность — экономическая оболочка. Неравенство создает социальные проблемы тогда, когда порождается экономическим неравенством или ведет к нему.

Способы реагирования общества на социальное неравенство, попытки его устранения, смягчения или контроля за его последствиями различны. Это могут быть социальные коррективы, вносимые в частноправовые отношения (пример тому создание трудового права, правовая защита квартиросъемщиков и арендаторов); государственное вмешательство в общественные отношения (охрана труда, надзор за воспитанием, помощь молодежи и т. д.); обеспечение общедоступности наиболее важных благ и услуг (регулирование цен, обязательность заключения договоров о снабжении энергией и т. п.); предоставление государственных учреждений частным лицам (в сфере обслуживания, образования и здравоохранения); поддержка общественных инициатив (в особенности путем субсидий); создание благоприятных социальных условий существования посредством установления определенных обязанностей частных лиц (например, по отношению к инвалидам); улучшение социального положения путем государственных выплат (социальных пособий); сглаживание имущественного неравенства за счет средств, мобилизуемых государством (налогов, взносов, пошлин и т. д.); смягчение экономического неравенства

путем обобществления некоторых экономических ценностей или их передачи в общественную собственность; перераспределение ценностей (например, путем земельной реформы); корректировка социального неравенства мерами процедурного характера (обеспечение равного доступа к праву или равного представительства интересов).

Основной закон отражает эту проблематику, прежде всего формулируя общий принцип правового равенства людей (ст. 3, абз. 1). Непосредственно направленная на закрепление равенства перед законом, эта статья не может обойти проблему социального неравенства. Провозглашение общего принципа равенства отражает намерение общества наметить и установить практические критерии, определяющие основания, виды и степень сглаживания социального неравенства.

Правовые гарантии более четки там, где Конституция формулирует конкретные принципы равенства (ст. 3, абз. 2 и 3 Основного закона). Но ввиду экономической обусловленности социального неравенства закон обнаруживает свою истинную силу только там, где конкретные критерии равенства вырабатываются с учетом неравенства экономических условий или их последствий (например, при уравнивании мужчин и женщин в сфере труда). Некоторые конкретные предписания, устанавливающие равенство людей, сами по себе содержат элементы социальных программ. Таково, например, конституционное положение «Каждая мать имеет право на поддержку и защиту общества» (ст. 6, абз. 4) или положение, провозглашающее обязанность законодателя «обеспечивать внебрачным детям условия для физического и умственного развития, а также гарантировать им положение в обществе наравне с детьми, родившимися в браке» (ст. 6, абз. 5 Основного закона). Принцип равного доступа к государственным должностям (ст. 33, абз. 2 и 3 Основного закона) также подразумевает защиту от социальной дискриминации.

в) Социальное обеспечение

Среди тягот, связанных с социальным неравенством, особой проблемой стало неравенство, которое вызвано превратностями судьбы, приводящими к утрате дохода или средств к существованию (такими, как болезнь, инвалидность, старость, потеря кормильца, безработица и т. д.), а также к особым расходам (особенно на медицинское обслуживание). Развитие социального обеспечения, противостоящего этим превратностям, стало важным этапом строительства социального государства и отличительной чертой всего социального движения.

Институты социального обеспечения возникли очень давно, но решительный прорыв к их оформлению сделан в XIX в. Старейшим из таких институтов было обеспечение чиновничества с характерным для него единством служебных отношений, социального обеспечения и материальной поддержки. Этот основной вид

помощи (выражаясь языком трудового права — «прямая материальная поддержка работодателем») недостаточен для решения всего многообразия проблем, порожденных трудовыми отношениями. Единая система социального обеспечения стала возможной только в форме социального страхования и возникла на основе Манифеста германского кайзера (1881). Она провела четкое различие между самостоятельно приобретенным доходом (в результате занятости) и социальным обеспечением и поддержкой (отношения социального страхования), создав тем самым возможность сочетания частноправовых отношений занятости с единым публично-правовым регулированием социального обеспечения и поддержки.

Существование систем социального обеспечения (типа страхования чиновников или социального страхования) зависит не только от их актуальности. Оно предполагает наличие возможностей осуществлять такое обеспечение (в виде помощи и материальной поддержки). Системы социального обеспечения направлены на поддержание жизненного стандарта застрахованных на случай возникновения социального риска, что происходит, как правило, в форме оказания социальной помощи. Таким образом, социальное обеспечение не ограничивается поддержанием прожиточного минимума. Оно не только решает первичную задачу социального государства — избавление человека от нужды, — но ставит и более высокие цели. Однако реальны они только в отношении тех, кто может предварительно заработать необходимые средства, или тех, для кого их зарабатывают другие.

Основной закон рассматривает социальное обеспечение в форме социального страхования как нечто само собой разумеющееся (ст. 74, п. 12; ст. 87, абз. 2; ст. 120, абз. 1). Оно гарантируется также в виде социального обеспечения чиновников (ст. 33, абз. 5 Основного закона). Кроме того, специально или в связи с решением других проблем перечисляются случаи предоставления социального возмещения за понесенный ущерб (от войны и ее последствий, от национал-социалистского режима — ст. 74, п. 6, 9, 10; ст. 119, 120, 120а Основного закона).

Глубинным базисом всей системы социального обеспечения служит идея правового государства (ст. 28, абз. 1 основного закона). Эта система позволяет гарантировать гражданам субъективное право на получение заранее определенной, нормативно установленной помощи в типичных ситуациях, когда люди нуждаются в поддержке. В принципе всякая социальная помощь предоставляется в соответствии с правовой нормой и в предусмотренных ею размерах, а не по потребностям каждого конкретного лица; во всяком случае это относится к выплатам, заменяющим доход, и к размерам таких выплат (например, пенсий). Таким образом, социальные гарантии — это тоже гарантии юридические, что отражает связь между правовым и социальным государством. В последнее время она была развита путем включения социально-правовых гарантий в сферу средств защиты основного

права собственности. Что касается возмещения ущерба жертвам войны и нацизма, то это прежде всего проведение в жизнь требований справедливости. Социальное возмещение есть отчасти последовательное осуществление, а отчасти и более полная реализации принципа равенства (ст. 3, абз. 1 Основного закона). В то же время оно расширяет конституционные гарантии возмещения ущерба, нанесенного гражданам как правомерными (ст. 14, абз. 3), так и противоправными действиями государства (ст. 34 Основного закона).

Система социального обеспечения несет на себе особый отпечаток диалектических связей между обществом и государством, которые облегчают ее существование, но одновременно порождают определенные противоречия, особенно ощутимые, когда речь заходит о семье. Это первичный институт, призванный дать человеку ощущение надежности существования. Но и сама семья зависит от гарантий ее благополучия. Внутри семьи существуют постоянные противоречия, например между стремлением к ее укреплению и эмансипацией ее членов, между положением зарабатывающего супруга и того, который ведет домашнее хозяйство. Наконец, нужно учесть, что несоответствие между потребностями и возможностями самообеспечения возрастает по мере увеличения семьи.

Однако диалектика отношений между обществом и государством состоит в том, что само общество может производить средства для социального обеспечения, в частности через систему страхования и укрепления личной собственности. Это может снять с государства часть ответственности за организацию социального обеспечения, в особенности за неодинаковую социальную поддержку. Но совместные действия общества и государства по организации социальной помощи порождают опасность «приватизации» шансов на ее получение и «социализации» усилий по ее осуществлению.

г) Общий подъем благосостояния

Внимательно анализируя общие черты социальных движений, мы замечаем две неуклонно преследуемые ими цели: подъем материального благосостояния общества и расширение круга лиц, пользующихся его плодами. Последнее является результатом предоставления всем гражданам элементарных жизненных благ в соответствии с лозунгом достижения «все большего равенства» и выполнения государством его обязанности бороться с нуждой и бедностью. Не столь очевидно, что целью общества должно быть повышение всеобщего благосостояния, хотя это именно так. Общий знаменатель социальных движений был ясен во всех случаях, когда речь заходила об улучшении условий существования низших слоев общества, и столь же неясен, когда поднимался вопрос о снижении уровня жизни высших слоев. «Равенство в бедности» было и остается во всех социальных движениях ско-

рее всего целью сектантов. «Равенство на основе роста благосостояния», еще до возникновения самого этого термина, стало восприниматься как та его форма, на основе которой скорее всего и можно добиться общественного консенсуса.

На фоне упомянутой выше двойной цели общественных движений понятие социального, конечно, утрачивает определенность. Системы социальной помощи и поддержки, ведущие к уравниванию шансов и улучшению жизненного положения, целенаправленно служат вовлечению все более широкого круга лиц в пользование материальными благами (таковы, например, пособия на детей, помощь молодежи, стипендии учащимся, поддержка профессионального обучения, предоставление средств на оплату жилья и т. п.). Но во всех других сферах (в том числе в образовании, здравоохранении, охране окружающей среды и др.) социальные и иные цели не столь однозначны, хотя их связь с решением проблем социального равенства очевидна. Наконец, экономическая политика, направленная на обеспечение коммерческого успеха, нередко, казалось бы, прямо противоречит социальным задачам, однако ее результаты, предоставляющие в распоряжение общества дополнительные материальные ценности, не только служат социальным целям, но и гарантируют их достижение.

Двойная цель социального государства, о которой идет речь, не зафиксирована Основным законом в какой-то одной норме, но многократно отражена в различных его статьях. Системы социальной помощи и поддержки упомянуты в связи с определением законодательной компетенции (ст. 74, п. 7, 12, 13 Основного закона); намечены в нем главные положения структурной политики, направленной на обеспечение социального равенства и развития (ст. 72, абз. 2, п. 3; ст. 74, п. 18, 19а; ст. 75, п. 4; ст. 94а, абз. 1, п. 1; ст. 91б; ст. 104а, абз. 4; ст. 107, абз. 2). Экономическая ответственность государства выходит далеко за пределы возможной социализации (ст. 15; ст. 74, п. 15) и предотвращения злоупотреблений экономической властью (ст. 74, п. 16 Основного закона). Конституция перечисляет задачи экономического стимулирования (ст. 74, п. 17; ст. 91а, абз. 1, п. 2 и 3), общие цели выравнивания экономических условий на всей территории страны (ст. 104а, абз. 4, п. 1; ст. 109, абз. 2; ст. 115, абз. 1) и хозяйственного развития в целом (ст. 104а, абз. 4, п. 1 Основного закона).

Система прав и свобод личности, закрепленная Основным законом, хотя и косвенно, но настойчиво подчеркивает цели умножения общественного богатства и расширения круга лиц, им пользующихся. Достижение этих целей в социальном плане требует как приобщения все большего числа граждан к реальному пользованию основными правами, так и роста возможностей общества. Если его развитие приостанавливается, социальное государство отбрасывается на уровень борьбы с нищетой и остаточного распределения. Относительно плавное и синхронное осуществление принципов свободы и равенства, характерное для перио-

да подъема, сменяется противоречием между свободой и принудительным распределением, которое влечет за собой опасность нового неравенства.

Хотя Основной закон умалчивает о проблеме экономического строя, конституционная практика, на нем базирующаяся, показала: как с конституционно-правовой, так и с экономической точки зрения оптимальную стратегию подъема благосостояния и расширения круга лиц, им пользующихся, обеспечивает социальное рыночное хозяйство. Его концепции присущи следующие элементы:

1. Производство и распределение товаров и благ осуществляется по возможности посредством рынка, на котором выступают частные субъекты хозяйствования, находящиеся между собой в отношениях конкуренции. Важной государственной задачей является поддержание этой конкуренции, а также предотвращение монопольных привилегий и соответствующий контроль.

2. Альтернативой рыночной экономике служит производство и распределение благ демократическим правовым государством, включая входящие в него административные единицы (общины, их объединения и т. д.). Эта альтернатива особенно актуальна:

а) в отношении благ, которые могла бы предложить рыночная экономика, но их распределение тем не менее следовало бы подчинить прямой демократической легитимации и контролю в соответствии с принципами демократической государственности, а по возможности — и с принципами априорного равенства граждан (например, в сфере воспитания и образования);

б) в отношении благ, которые рыночная экономика не может предложить с той надежностью и в столь общедоступной форме, как того требуют интересы общества (пример тому транспортные услуги или другие блага, обеспечиваемые инфраструктурой);

в) блага, которые рыночная экономика не может предоставить людям, в них нуждающимся, поскольку они не обладают в должной мере ни землей, ни капиталом, ни трудом, необходимым для приобретения этих благ (социальное вспомоществование).

3. Поскольку производство и распределение организованы по принципам рыночной экономики, государство в различных формах несет ответственность за их эффективность, в частности за:

а) надежность снабжения;

б) гарантии роста производства, внеэкономическое равенство и участие в производстве и распределении всех работоспособных лиц (т. е. за полную занятость);

в) смягчение последствий вредной нестабильности (регулирование цен, конъюнктурная политика) и ослабление трений, связанных со структурными изменениями (например, с техническими новшествами), а также с колебаниями спроса на международном рынке;

г) снятие внутреннего напряжения в регионах (региональная политика) и между отдельными сферами жизни и группами людей (секторальная экономическая политика).

Социальная рыночная экономика и социальная политика преследуют ряд общих целей. Одна из них дополняет другую, располагая эти цели в разной последовательности. Приоритеты социального рыночного хозяйства выстраиваются следующим образом: благосостояние, свобода, безопасность, равенство и помощь нуждающимся, — а для социальной политики их последовательность такова: помощь нуждающимся, равенство, безопасность, свобода и благосостояние.

VIII. ФЕДЕРАТИВНОЕ ГОСУДАРСТВО

1. Определение федеративного государства

Несмотря на широкий спектр проявлений и размытые границы федерализма, в его определении утвердились некоторые формулировки, которые ввиду почти единодушного их одобрения могут считаться общепринятыми. Главным признаком этих формулировок является проведение различий между союзным государством и союзом государств. В то время как последний сохраняет международную правосубъектность государств-членов, в союзном государстве ею располагает только федерация. Однако утверждение, что федерация является, таким образом, государственно-правовым, а конфедерация — международно-правовым союзом, касается лишь некоторых аспектов государственных связей. Оно создает представление, что федерация выступает вовне как единое государственное образование, а входящие в него государства-члены в принципе не могут поддерживать никаких международно-правовых отношений с зарубежными властными структурами. Однако многочисленные конституции федеративных государств, в том числе и Основной закон ФРГ, доказывают, что бывают и исключения из этого принципа.

Наряду с определением федерации, исходящим из противопоставления единого (централизованного, унитарного) государства и союза государств, существуют и иные терминологические варианты, требующие разъяснения. Проф. Г. Навиаский, например, различает три значения термина «союзное государство». В первом значении оно представляет собой все государственное сообщество, включая государства-члены; во втором — только часть такого сообщества, охватывающую лишь объединенную, общую для всех этих государств, но обособленную от них власть; в третьем — каждое государство, входящее в федерацию. Это третье значение утратило сегодня свой смысл. Отдельные государства — члены сообщества обычно именовались во II Германской империи (1871—1918) союзными государствами. Но уже на следующем этапе конституционного развития терминология изменилась. Основной закон ФРГ называет государства — члены федерации землями, даже если официально они именуют себя

иначе (например, Свободное государство Бавария или Ганзейские города Гамбург и Бремен). Для единой государственности, так сложно описанной Навиаским, конституанта нашла короткое слово «федерация». Таким образом, и второе из упомянутых выше значений не берется сейчас в расчет при толковании Основного закона. В соответствии с этим, называя ФРГ федеративным государством, следует подразумевать единое государственное образование, состоящее из отдельных земель, т. е. федерацию, объединяющую земли. В этом смысле и следует толковать ст. 20, абз. 1 Основного закона. Она определенно характеризует ФРГ как федеративное государство, подтверждая тем самым, что федерация и земли конституируют совместно союзное государство.

2. Конституционное регулирование

В отличие от Веймарской Конституции текст Основного закона ФРГ содержит четкую констатацию о действии в нашей стране принципа Федеративного государства (ст. 20, абз. 1). Упоминание об этом в самом названии государства имеет второстепенное значение. В соответствии с общим мнением, представленным в юридической науке и судебной практике, принцип федеративного устройства относится к основополагающим началам Конституции ФРГ. Однако она не ориентируется на какое-либо сложившееся понятие федерализма.

Федеральный конституционный суд уже в одном из своих ранних решений назвал принцип федерализма одной из основ конституции. Позднее он упомянул о нем как о «принципе федеративного государства, на который опирается конституционный строй ФРГ». Впрочем, отсутствие общей теории федерализма вынудило ФКС признать, что «из самого этого принципа можно извлечь не слишком много, не анализируя конституционные нормы». Однако члены ФКС не разделяют высказанного в специальной литературе мнения, согласно которому принцип федерализма не приобрел существенного значения, если не считать самой идеи верности ему. Ссылки на федеративное устройство государства в делах, рассматриваемых ФКС, относительно редки, потому что (предположительно или на самом деле) редки случаи его нарушения и поскольку при реализации конституционных норм федерализм характеризуется как незыблемая опора правопорядка. Между тем проблемы федерализма еще не решены полностью, о чем свидетельствуют и соответствующие решения ФКС.

Отказ Федерального конституционного суда от выработки собственной теории федеративного государства очевиден. Он не пытался описать сущность федерации с помощью каких-либо абстрактных критериев, как нередко делал это при толковании других понятий, не сформулированных Конституцией; в каждом конкретном случае он решал, соответствует ли подлежащий его контролю властный акт принципу федерализма. Наряду с конституционными нормами, в которых выражен этот принцип

(ст. 28—31; ст. 32, абз. 3; ст. 33, абз. 1; ст. 50—53; ст. 54, абз. 3; ст. 70—80, 81, 83—85, 91, 91а—91б, 99, 104а—109, 114, 115а—115в, 118; ст. 123, абз. 2; ст. 125, 126, 129, 130, 134, 135, 138, 141, 142, 144 Основного закона), ФКС должен был в свете перечисленных конституционных положений интерпретировать и ст. 20, абз. 1. Необходимость столь обширного обозрения нормативного материала не вытекает из сущности федерализма. Но применительно к нему возникают особые трудности, поскольку его влияние распространяется на всю организационно-правовую материю Основного закона и проясняет как взаимозависимость его руководящих начал, так и связь их с системой прав человека. Кроме того, отдельные элементы этого принципа должны приниматься во внимание при рассмотрении некоторых конкретных вопросов, в особенности при анализе федеративного устройства государства и функций Бундестага.

Неурушимость федеративного устройства государства дважды гарантирована ст. 79, абз. 3 Основного закона. Согласно этой статье, не допускается не только изменение положений Основного закона, затрагивающих деление федерации на земли и сотрудничество земель, но и всякое посягательство на принципы, сформулированные в ст. 20 Основного закона. Принцип федерализма — единственное конституционное начало, которому обеспечена такая двойная защита от любых попыток ревизии конституции. В литературе уже указывалось, что таких защитных мер не предусматривает ни одна современная демократическая конституция (кроме Конституционного документа Республики Сенегал 1963 г. — ст. 89, абз. 5). Однако конституционное закрепление принципа федерализма не означает, что неизменны основы и формы традиционно сложившейся федеративной организации. Неизменным должно оставаться деление федерации на земли, но не обязательно современное деление; непременно и участие земель в федеральном законодательстве, но не обязателен на все времена нынешний объем их прав в этой области.

3. Двучленная структура федеративного государства

Федеративное государство, согласно старым теориям, складывалось из трех частей: отдельных государств-членов, их совокупности и высшей власти федерации. К моменту создания ФРГ эта теория уже давно не была господствующей. Ее продолжали держаться лишь немногие теоретики и комментаторы. Нынешнее учение о федерации почти безоговорочно признает ее двучленную структуру. К. Хессе, например, полагает, что терминология Основного закона будет иметь смысл только в том случае, если понятия «федерация» и «федеративная республика» будут рассматриваться как синонимы. Однако именно такой подход рождает сомнения, поскольку во многих конкретных вопросах земли противостоят федерации, но в то же время они неоспоримо являются составными частями ФРГ. (С этой точки зрения представляется

ошибочной формулировка ст. 79, абз. 3, говорящая о «разделении федерации на земли», так как на самом деле в ней подразумевается не федерация, а Федеративная Республика Германия как единое государство.)

Согласно теории двучленной структуры, наша федерация функционирует на двух уровнях: первый — это уровень федерации (в которой земли состоят в соответствии с нормами Основного закона); второй — уровень каждой из земель (которые равны между собой, но не равнозначны федерации, о чем свидетельствует ст. 31 Основного закона). Земли ФРГ обладают собственным правовым статусом, но не суверенны. Суверенитетом обладает только федерация, т. е. ФРГ в целом. В этом смысле можно говорить об идентичности у нас понятий «федерация» и «ФРГ».

Такая конструкция позволяет утверждать, что дискуссия о двучленной или трехчленной структуре федерации, провозглашенной Основным законом, не имеет практического значения. Государствоведы отмечают, что учение о федерации как едином государстве объясняет, почему два уровня государственности не соотносятся как два отделенных друг от друга государства. Дело не в идентичности народа и территории федерации, а в том, что они составляют единое сообщество.

Федеральный конституционный суд уже в решении от 23 октября 1951 г. («О Юго-Западном государстве») руководствовался теорией двучленной структуры федерации. Правда, в решении ФКС от 26 марта 1957 г. («О конкордате») говорится о ФРГ как федеративном государстве, «членами которого являются федерация и земли». Однако делать на этом основании вывод, что ФКС одобрил теорию трехчленной структуры федерации, вряд ли можно, поскольку в том же его решении подчеркивалось: «Федеративная Республика Германия с конституционно-правовой точки зрения — это федерация и земли, существующие как единое целое». В решении от 11 июля 1961 г. («О новом делении территории») точка зрения ФКС была изложена совершенно ясно: ФРГ представляет собой двучленное федеративное государство. Федерация как более высокая государственная структура в принципе стоит над землями, только в сферах, не урегулированных федеральной конституцией, сохраняется независимость земель. Господствующее мнение ученых отражает именно эту точку зрения.

4. Федерализм и разделение властей

Основополагающие принципы строя действуют не разрозненно, они взаимозависимы и взаимообусловлены. В конституционной системе ФРГ неразрывно связаны, в частности, принципы федерализма, социальной и правовой государственности, демократии и свободы. Связи существуют и между положениями, базирующимися на этих принципах. Например, так называемое разделение властей (точнее — распределение полномочий по осуществлению государственной власти между различными, независимыми друг от друга органами), вытекающее из принципа право-

вого государства, теснейшим образом связано с другими основополагающими принципами Конституции. Когда возникает вопрос о легитимности принципа федерализма, особенно часто указывают именно на необходимость разделения властей в свободном, демократическом и правовом государстве. Перечисляя органы законодательства, исполнительной власти и правосудия, ст. 20 абз. 2 Основного закона имеет в виду «горизонтальное разделение властей». Реализация принципа федеративного устройства обеспечивает, кроме того, раздельное осуществление функций государственной власти по вертикали на двух смежных уровнях: низший — земли, высший — федерация. В итоге возникает двойное разделение властей.

Теория усматривает связь между принципами федерализма и классического (горизонтального) разделения властей еще и в том, что оба они опираются на различные элементы общего понятия государства: принцип федерализма — на понятие территории, классическое разделение властей — на понятие государственной власти. Но связь между ними не двусторонняя: необходимой предпосылкой всякого федерализма является классическое разделение государственных функций, но оно не предполагает, что государство обязательно будет строиться на федеративной основе.

Поскольку разделение властей действует как дополнительная легитимация принципа федерализма, следует иметь в виду его смысл; ведь разделение властей не просто нерушимый конституционный принцип, требующий уважения сам по себе. Его значение состоит в разделении политического влияния, сбалансировании трех ветвей власти и как следствие — в умеренности методов государственного господства. Именно такую мысль подчеркивают теоретики, усматривающие легитимацию принципа федерализма прежде всего в необходимости разделения властей. Они напоминают об исторических корнях этой теории, которая призвана была установить систему противовесов в виде монархической исполнительной и демократической законодательной властей. В условиях, когда правительство и парламентское большинство в ФРГ идентичны в политическом отношении, такие противовесы практически исчезают и должны быть компенсированы вертикальным разделением властей в условиях федеративного государственного устройства. Иногда утрата системы противовесов по горизонтали рассматривается как следствие современной партийной системы и брешь в разделении властей, которую должен закрыть принцип федерализма. Нет нужды в сложных теоретических изысканиях, чтобы понять, что в демократическом федеративном государстве политическая власть действует более умеренно, если в федерации и землях ею обладают различные политические силы. Можно сказать, что с этой точки зрения принцип федерализма должен не столько усиливать эффект разделения властей, сколько служить обузданию политических сил в условиях демократии, связывающей все ветви власти.

5. Принцип федерализма и демократия

О тесной связи федерализма с демократией свидетельствует уже тот факт, что общая теория федерализма констатирует зависимость между федеративным устройством государства и способами защиты демократии. Еще глубже корни этих связей уходят в принцип субсидиарности, свойственной как федерализму, так и демократии, а также в общую для них персоналистскую трактовку личности. Иногда близость федерализма и демократии аргументируется необходимостью установления более тесных отношений государства и граждан. Это и служит демократии, и обеспечивает реализацию принципа федерализма. Но прямое использование этих умозаключений для толкования Основного закона неправомерно.

Законодательное закрепление принципов федеративной государственности объясняется не абстрактными соображениями, а стремлением в конкретной ситуации установить в Германии необходимый правопорядок. Как и все прочие исторические решения, введение авторами конституции в ее текст принципа федерализма продиктовано различными причинами. Можно показать, что определенную роль здесь сыграло понимание связей между демократией и федерализмом. Но даже если это не так, близость между ними неизбежно проявляется в повседневной конституционной действительности ФРГ. Принцип федерализма обнаруживает на практике свою фактическую многоплановость и разнообразие и оказывает важное с точки зрения демократии социально-психологическое воздействие на ряд сфер, в которых может разворачиваться самостоятельная деятельность земель, руководствующихся Основным законом ФРГ. В них возникают так называемые встречные течения, поддерживающие атмосферу терпимости, без которой демократия нежизнеспособна.

Такое воздействие проявляется не только на государственном, но и на партийном уровне (во всяком случае когда речь идет о федеральных партиях). Дух терпимости внутри партий поддерживается, в частности, потому, что некоторые из организаций земель формируют их правительства, в то время как другие пребывают в оппозиции, что заставляет их искать согласия с разными партнерами.

Таким образом, следует признать, что в теориях, усматривающих по разным основаниям связь между федерализмом и демократией, содержится по крайней мере зерно истины. В то же время для толкования Основного закона несущественно то обстоятельство, что демократия возможна и в унитарном государстве, как и то, что вполне реальны недемократические федерации.

Федерализм как один из наших основополагающих конституционных принципов не может быть упразднен путем какого-либо изменения Конституции, хотя он не гарантирует навечно ни нынешнего состава территорий земель, ни существующего объема их полномочий по участию в решении федеральных проблем. Основ-

ной закон сформировал ФРГ как двучленное федеративное государство, в котором земли подчиняются федерации во всех сферах, указанных в этом законе. Распределение компетенции между федерацией и землями дополняет горизонтальное разделение властей, предписанное ст. 20, абз. 2 Основного закона, вертикальной компонентой, связанной с территориальным делением. В то же время принцип федерализма поддерживает свободу и демократию.

6. Унитарность союзного государства

Противоположностью федерализму является не унитарное начало, а абсолютно единое государство. Унитаризм и федерализм — две влиятельные силы, действующие внутри союзного государства и определяющие его облик в зависимости от преобладания одной из них. Но каждая из этих сил не теряет своего влияния полностью. Если исчезает унитарное начало, то союзное государство подвергается опасности дезинтеграции; если нежизненным оказывается федерализм, союзное государство превращается в абсолютно единое. Такие экстремальные случаи исключаются, когда союзное государство с преобладанием федеративных начал выступает как федеративное союзное государство, а с преобладанием унитарных черт — как унитарно-союзное государство. Основания для такой характеристики подробно сформулировал Г. Хессе. Равновесие между унитарными и федеративными элементами, поддерживающее всю систему, состоит в том, что федерации предоставлена наиболее существенная часть законодательной, а землям — административной компетенции. ФКС, назвавший Бундестаг «унитаристским конституционным органом федерации», продемонстрировал, как можно свободно безбоязненно пользоваться термином «унитарный», не создавая опасности для федеративной государственности.

В тексте Основного закона унитарное начало в ФРГ с особой определенностью выражено в ст. 28, абз. 1, которая провозглашает принципы Конституции нашего государства обязательными для конституционного строя земель, а также в ст. 72, абз. 2, передающей федерации законодательные полномочия в сферах конкурирующей компетенции в случаях, когда: а) какой-либо вопрос не может быть эффективно урегулирован законодательством отдельных земель; б) урегулирование какого-либо вопроса законом одной земли может нарушить интересы других земель или общества в целом; в) этого требует сохранение правового или экономического единства, в частности поддержка одинаковости жизненных условий во всех землях.

Правда, в адрес Основного закона, инкорпорировавшего решение о создании унитарно-союзного государства, раздаются и критические голоса. Рассматривая тенденции развития Германии в последнем столетии с точки зрения конституционной истории, В. Вебер отметил, что с 1867 г. в ней преобладали федеративные

начала, но в период действия общегерманской Веймарской Конституции, несмотря на некоторые понятные шаги, шел процесс усиления унитарных начал. Текст Основного закона с точки зрения исторической тенденции как бы вернулся более чем на 30 лет назад и создал впечатление о возвращении к первоначальному «фундаменталистскому» федерализму. Однако впечатление это обманчиво. Другие авторы не заходят в своих оценках так далеко, но тоже обращают внимание на процесс унитаризации, который может нанести ущерб принципу федерализма. Об этом свидетельствует прежде всего усиливающаяся концентрация в руках федерации все большего круга государственных полномочий в результате использования федеральным законодателем своих возможностей в сфере конкурирующей законодательной компетенции и определения основ законодательства в некоторых сферах, указанных Основным законом (ст. 75). В том же направлении идут постоянные сокращения полномочий земель в области финансов, связанные с общим процессом утраты ими своих полномочий, а также непрерывное разрастание системы подчиненных федерации органов исполнительной власти, создаваемых многочисленными федеральными ведомствами в землях.

И все же таким унитаристским тенденциям положен четкий предел. В решении от 10 мая 1960 г. ФКС недвусмысленно заявил: «Федеральная Конституция в принципе требует уважения к конституционному строю земель; вмешательство в эту сферу федеральной власти допустимо только в тех случаях, когда оно прямо предписывается или допускается Основным законом». ФКС многократно подчеркивал, что «в союзном государстве ФРГ, построенном в соответствии с ее Основным законом на четких федеративных началах, конституционные сферы деятельности федерации и земель в принципе самостоятельны и существуют бок о бок».

Федеральный конституционный суд решительно высказался и против завуалированных стремлений подстегнуть унитаризацию государства сверх допускаемой меры. «Предусмотренное Основным законом разделение государственной власти между федерацией и землями требует определенных защитных мер против попыток с помощью обычных законов добиться вопреки Конституции сдвигов системного характера в федеративном устройстве государства. Роль таких мер выполняют в интересах земель предусмотренные Основным законом правила, требующие одобрения определенных решений федеральных властей Бундесратом». ФКС скорректировал, таким образом, ложное впечатление от формулировки, употребленной в его решении от 23 октября 1951 г. Там говорилось, что Основной закон, хотя и гарантирует деление Федеративной Республики на земли, но не обеспечивает отдельным землям абсолютную защиту от изменений их территориального статуса, как это следует из ст. 29 и 118 Основного закона. ФКС дополнил свое решение следующим разъяснением: «Основной закон признает «лабильный характер» федеративного государства»,

однако эта «лабильность» не распространяется на содержание принципа федеративного государства и его функции в единой конституционной системе. Имея в виду сказанное, правовая теория предложила термин «стабильное федеративное государство», добавив к нему эпитет «динамичное». Таким образом, итоговая формула выглядит следующим образом: ФРГ — это стабильное динамичное унитарное союзное государство.

Унитарная компонента федеративного государства особенно полезна в сфере защиты прав граждан, поскольку нормы законодательства земель устанавливают масштабы применения принципа равенства только в рамках конституционного устройства отдельных земель. Статья 3 Конституции ФРГ (о равенстве всех перед законом) утрачивает силу во всех случаях, когда законодательная компетенция федерации не определена или не используется полностью. Статья 33, абз. 1 провозглашает равенство немцев во всех землях ФРГ только в сфере прав и обязанностей граждан. За пределами действия данной статьи невозможно бороться с различным регулированием этих прав в отдельных землях, опираясь на ст. 3 Основного закона, поскольку не существует «основного права на унитарное союзное государство». Федеральный конституционный суд дал по этому поводу вполне четкое разъяснение: «В рамках своей исключительной законодательной компетенции земли в принципе свободны и независимы; Основным закон исходит из того, что они могут по-разному подходить к одним и тем же проблемам, когда их решение зависит от усмотрения законодателей земель». Вместе с тем признается, что каждая из земель несет свою долю ответственности за совместное осуществление защиты основных прав, которая опирается на гарантии их единообразного толкования по отношению к законодательству как федерации, так и земель.

7. Кооперативное федеративное государство

Вполне естественно, что одним из центральных понятий теории и практики федерализма является понятие «кооперация». Это утверждение справедливо, независимо от причин возникновения той или иной федерации. Государства могут решиться на объединение в интересах сотрудничества, так же как части бывшего единого государства после его распада могут заявить о готовности продолжать совместную деятельность. В любом случае федерация остается государством кооперативным и приходится только удивляться, что понятия «кооперативное союзное государство» или «кооперативный федерализм» заявили о себе в политических и научных дискуссиях в ФРГ так поздно, а именно во второй половине 60-х годов. Теория государственного права англосаксонских стран освоила этот термин еще в 30-е годы. В Германии понятие кооперативного федерализма относится к институционно оформленному сотрудничеству федерации и земель, а также земель между собой. В широком смысле слова оно охва-

тывает всю их деятельность, урегулированную позитивным правом, в более тесном — только добровольное, допустимое с точки зрения конституционного права сотрудничество обладателей властных полномочий в федеративном государстве. Не затрагивая проблемы институционализации, Г. Хессе определил кооперативный федерализм как общую формулу более совершенного сотрудничества между федерацией, землями и общинами.

Все сказанное выше позволяет сделать вывод: выражением кооперативного федерализма являются демонстрация верности принципам федерации, решение общих задач, поставленных ст. 91а и 91б Основного закона, а также создание определенных институтов и проведение необходимых мероприятий на основе координационной договоренности самих земель. Против такой системы отношений иногда высказываются серьезные возражения конституционно-правового характера. Наряду с упреком, что в результате нарушается схема двучленного федеративного государства, возникает опасение, что институционализация такой кооперации земель приведет к возникновению нового, конфедеративного уровня отношений между ними. Но это опасение признается неосновательным. Напротив, утвердилось представление, согласно которому кооперативный федерализм придает союзному государству значительную гибкость и поддерживает равновесие между унитарным и федеративным его началами.

Часть 2. ФОРМИРОВАНИЕ ВОЛИ НАРОДА

1. ПОЛИТИЧЕСКОЕ ВОЛЕОБРАЗОВАНИЕ В ОБЩЕСТВЕ

1. Основное право гражданина на участие в волеобразовании

а) Общая характеристика

Идея самореализации человека в политике лежит в рамках такого понимания государства, согласно которому не только основные свободы личности касаются государства, но и оно кое-что значит для личности. Будучи свободными и благодаря своей свободе, люди формируют государство, дают ему жизненные силы и поддерживают его существование. Тем самым преодолевается давнишнее разделение государства и общества.

При современной трактовке государства основа всего происходящего в политике рассматривается в аспекте постоянного взаимодействия общих усилий людей, в ходе которого многообразные и разносторонние идеи и интересы как бы выравниваются, сливаясь в целях формирования политического единства в один процесс. Таким образом исчезает альтернатива: общественный фактор — это государство, частный фактор — гражданин. Разумеется, следует отказаться и от другой крайности — отождествления государства и общества, что может привести в результате слияния частного и общественного к тоталитарному государству. В условиях свободы политическое единство может формироваться и сохраняться в конкретном современном государстве только в том случае, если, сознавая взаимозависимость и взаимопроникновение государства и общества, проводят их различие, которое увязывается с конкретным и дифференцированным установлением отношений, приводящих в конце концов к их специфической связи. Эта связь является проблемой политической формы, т. е. демократии, которая в современных условиях может в качестве единственной силы подняться до уровня решения задач сохранения свободы. При этом имеется в виду, конечно, демократия в рамках правового государства и в форме, определяемой Основным законом, причем в открытом политическом существовании свободного государства, уважающего и защищающего национальные меньшинства. Вот почему формирование политической воли общества в его отношениях с государством находится в центре внимания современных теорий о демократическом государстве.

Основной закон ФРГ исходит как из само собой разумеющегося из существующей в условиях демократии необходимости формировать политическую волю народа. Как сказано в ст. 21, партии принимают участие в этом процессе. Формулировка «принимают участие» распространяется и на другие силы, действующие в общественно-политической сфере, т. е. на объединения (общества по интересам или идеалам, церковные союзы), на средства массовой информации и не в последнюю очередь на отдельных граждан. Все эти силы находят в рамках основных свобод гарантию своей деятельности, как индивидуальной, так и в определенной социальной группе. Основные права являются созидательными, так как позволяют отдельной личности участвовать в политической жизни государственной общности и приносить свои представления и ценности в ее формирование.

**б) *Свобода мнений и собраний, объединений
и коалиций; политические партии***

Центральным пунктом является свобода мнений (ст. 5, абз. 1 Основного закона), которая включает несколько самостоятельных гарантий: свободное выражение и распространение мнений, свободу информации, свободу прессы, радио и видеопродукции. Свобода формирования общественного мнения также гарантируется (той же статьей). Существует специфическая связь ст. 5 со ст. 10, которая гарантирует в правовом плане свободу мнений в сфере средств связи, защищая тайну переписки, почтовых отправлений и телефонных переговоров. Предмет защиты понимается здесь очень широко; в него входит любое мнение, т. е. любое суждение независимо от того, упоминаются в нем факты или сообщается о них; сюда относится также коммерческая реклама. Свобода мнений характеризуется как непосредственное самовыражение личности в обществе или как ядро политической и духовной свободы. Наряду с защитой личности она открывает возможность творческого участия в политической жизни государственной общности и тем самым создает свободный демократический государственный порядок, так как только свобода мнений делает возможными постоянно идущие дискуссии и борьбу позиций.

Свобода информации в качестве необходимой предпосылки свободы выражения не только является в своей индивидуально-правовой форме элементарной потребностью человека знакомиться по возможности с большим количеством источников, расширять свой кругозор и тем самым развиваться как личность, но и соотносится с демократическим принципом, закрепленным в ст. 4, абз. 1 Основного закона. Демократическое государство не может существовать без свободного и по возможности хорошо информированного общественного мнения.

В этой связи свобода средств массовой коммуникации играет значительную роль в качестве предпосылки общественной инфор-

мированности, пропаганды, критики и контроля, формирования общественного мнения. Прежде всего пресса и радио являются абсолютными общедоступными источниками (в смысле ст. 5, абз. 1 Основного закона), потому что они, как никакие другие средства, непрерывно предоставляют всеобъемлющую информацию. Однако они служат не только средством, но и фактором формирования общественного мнения. В обеих функциях свобода прессы и радио является не просто разновидностью свободы выражения мнений, помимо всего прочего гарантируется их организационная самостоятельность, начиная с момента получения информации и кончая распространением сообщений и мнений. То же самое, в принципе, относится к свободе распространения видеоматериалов. В итоге люди, пресса, радио и видеоматериалы являются носителями и распространителями общественного мнения, создателями плюралистической дискуссии о том, что в сфере общих политических интересов государственной общности нужно рассматривать в качестве правильного или ложного, имеющего ценность или не имеющего никакой ценности. Тем самым они формируют и сохраняют тот свободный духовный процесс, который характеризует и организует демократический порядок, упомянутый в Основном законе.

Переход к коллективному, структурно заложенный в ст. 5, абз. 1 Основного закона, формируется и дополняется основными правами личности, закрепленными в ст. 8, 9 и ст. 21 Основного закона.

Специфическое организующее значение свободы собраний (ст. 8) для демократии заключается в особом типе коммуникационной формы. Приведение в действие духовной свободы выражения мнения, восприятия и формирования его происходит в этом случае в коллективе. Отношение индивида к обществу здесь является особым образом открытым, точным и взаимным. В соответствии с этим такое отношение предоставляет возможность для непосредственного и неподдельного индивидуально-личностного выражения человеком своего политического мнения, а также для обмена мнениями с привлечением окружающих людей или отсылкой индивида к мнению общества. В этом элементарном духовном единении или противостоянии заключается сущность собрания и ценность его для процесса политического волеобразования. Недостаточное предварительное разъяснение предмета дискуссии, аргументов, тезисов и требований может привести в нее нечто неустоявшееся, не вполне выясненное, иррациональное или нереальное. Но именно в этом заложена возможность появления новых стимулов к размышлению, нетрадиционным решениям и вместе с тем к оживлению политического процесса. Собрание служит своеобразным укладывающимся в правовые рамки сейсмографом для выяснения общественного мнения и его изменений. Хотя такого рода участие в принятии политических решений полностью остается в общественной сфере, оно все же имеет огромное значение для всего процесса волеобразования в условиях демокра-

тии и требует пристального внимания со стороны государственных органов, так как в силу своей неподдельной прямолинейности приобретает влияние на их волеизъявление. Именно прислушиваясь к собраниям, можно лучше всего понять народ.

То же самое относится к свободе демонстраций как разновидности свободы собираться. На нее налагает отпечаток не дискуссия, проходящая в рамках собрания, а ярко и броско оформленная плакатами и лозунгами демонстрация общего мнения. Эта сплоченность в едином порыве повышает к ней внимание со стороны общественности.

В подобном же единстве кроется характер и степень воздействия объединений и коалиций, свобода образования и деятельности которых гарантируется ст. 9, абз. 1, 3 Основного закона. Здесь же речь идет о единстве коллективного воздействия на приведение в движение духовной свободы выражения мнений, их восприятия и их формирования. В отличие от собрания, этого кратковременного совместного присутствия людей, сплоченных одной целью, объединение является организацией, обладающей определенными правовыми признаками и структурой. В ее рамках добровольно объединяется большое число физических и юридических лиц на продолжительный период времени и для достижения общей цели, подчиняясь организованному процессу волеобразования (§ 2, абз. 1 Закона о союзах). При этом речь идет не только о праве личности «находить себя» в организации и через нее, но также о дополнительной правовой защите объединения как такового, включая его существование и функциональное использование.

Личность — член коллектива, а тем самым и вышестоящей организации; индивидуально-личностные элементы здесь отступают на задний план по сравнению с организационной для осуществления определенной цели общностью. Участие в политическом волеобразовании не является здесь преходящим, случайным; оно оказывается связанным на продолжительный срок с определенной сферой, и поэтому личность превращается в часть организованной общности. Гомогенность воли личности изнутри и возможность корпоративного участия в процессе политического волеобразования составляют сущность и ценность правовой гарантии. Мнения членов предварительно выясняются здесь внутри; они уравниваются и собираются воедино, так что тот или иной союз может выступить единым фронтом и тем самым приобрести специфический вес, который в большинстве случаев тем значительнее, чем больше у него членов. Будучи представителем отдельных, частных задач определенных групп населения, ему не нужно стараться перекрывать более широкий спектр мнений и интересов; он способен представлять свои требования, по сути дела, бескомпромиссно. Кроме того, у объединения имеется очень часто используемая им возможность действовать в качестве лобби, т. е. внедрять своих членов и приверженцев в политические партии, парламенты и административные органы, а также в другие госу-

дарственные сферы; принимать участие в подготовке законодательных актов в институционализированной форме и направлять своих членов в органы, принимающие важные государственные решения. В результате образование выходит за пределы сугубо общественной сферы деятельности.

Очень часто объединения активно действуют на собраниях. Отсюда тесная связь между ст. 8 и 9 Основного закона. Организационный момент может повышать эффективность собрания. Как правило, это, конечно, происходит за счет потери живой непосредственности, и прежде всего в тех случаях, когда какое-либо объединение проводит мероприятие (в частности, демонстрацию) самостоятельно и собрание становится форумом организационного волеобразования.

Особой современной формой объединения является гражданская инициатива, коммуникативная структура которой позволяет поставить ее скорее между собранием и объединением. В то время как обычное объединение характеризует определенную, ориентированную на продолжительный срок существования организацию и направляет свою деятельность на относительно широкий социальный, культурный и экономический сектор, руководствуясь в соответствии с этим долговременной перспективой, в случаях гражданских инициатив речь идет, как правило, о свободно организованных «сиюминутных» движениях, возникновение которых соотносится с наличием вполне конкретных конфликтных ситуаций. Когда проблема решается окончательно, гражданские инициативы в большинстве случаев самораспускаются.

Гражданские инициативы — типичная форма проявления активности; они, как и собрания, позволяют людям относительно непосредственно вносить своеобразие каждой личности в процесс волеобразования.

Примерно так же складывается взаимосвязь индивида с институционализированной государственностью в рамках партий и через них. Соединяя отдельных граждан, партии по сути своей также являются объединениями. Однако их образование специально регулируется Основным законом в ст. 21, согласно которой они берутся под особую защиту и обладают самостоятельным, особым, только им присущим статусом. Главной задачей партий является участие в политическом волеобразовании народа, причем последнее происходит преимущественно посредством участия в выборах. Без партий они не смогли бы проводиться. Партии являются также конституционными институтами, как и объединение граждан; с одной стороны, они образованы свободно и уходят корнями в сферу общественно-политических отношений, а с другой — призваны внедряться в сферу государственных институтов. Поэтому К. Хессе метко называет партии «промежуточным звеном между индивидом и государством», а Федеральный конституционный суд признает за ними роль посредника, «с помощью которого воля граждан может осуществляться и в период между выборами». «Партии, — отмечается в одном из его решений, —

аккумулируют мнения, интересы и устремления относительно политической власти и ее осуществления, приводят их в сбалансированное состояние, формируя их в альтернативы, среди которых граждане могут делать свой выбор». Политические партии оказывают решающее влияние на занятие высших государственных должностей. Пока партии являются парламентским большинством и составляют основу правительства, они образуют важнейшую связь между народом и правящими политическими органами государства и поддерживают ее. Будучи партиями меньшинства, они образуют политическую оппозицию и делают ее действенной. Они оказывают влияние на образование воли государства, внедряясь в систему его институтов и ведомств, в частности влияя на принятие решений в парламенте и на действия правительства. Особенность участия политических партий в волеобразовании народа заключается в воздействии, оказываемом на трех уровнях.

Первый из них — область общественно-политических отношений, в которой партии имеют свои корни и из которой черпают свои силы и жизнеспособность. Наряду с оказанием общего влияния на политическое волеобразование здесь также идет речь о содействии активному участию граждан в политической жизни и о стимулировании их к политической подготовленности и ее углублению. Адресатами партийной деятельности являются, конечно, также объединения и средства массовой коммуникации, причем этот процесс осуществляется отчасти и в институционализированной форме, например за счет мест и голосов в специализированных советах публично-правовых учреждений по радиосвязи. Однако коммуникативные отношения ни в коей мере не строятся односторонне. И объединения, в частности союзы по интересам, гражданские инициативы и средства массовой информации тоже пытаются, и часто с ошутимым успехом, оказывать влияние на партии.

Второй уровень — сама партия. Акцент здесь ставится, как и в случаях с объединениями, на сборе и раскладке существенных в политическом отношении мнений, интересов и устремлений не в последнюю очередь своих собственных членов, на их сбалансировании и формулировании в качестве альтернатив и преобразовании таким образом, чтобы можно было более сплоченно и цельно выступать за пределами партии. С другой стороны, сюда относится и задача отбора способных граждан и подготовки их для занятия руководящих постов.

И наконец, речь идет об отборе и расстановке кандидатов, которых партия выдвигает на уровне федерации, в землях и общинах. Тем самым открывается путь к третьему уровню, а именно — к институционализированной государственности. Здесь кандидаты оказывают влияние на развитие политических процессов в парламенте и правительстве и вводят разработанные ими политические целеустановки в процесс государственного волеобразования. По существу, парламент формируется партиями или назначенными ими и избранными народом кандидатами, т. е. воз-

никает своего рода партийный парламент, из числа его членов назначаются Федеральный канцлер и члены Правительства. Если же партия не обладает полномочиями давать директивные указания своим депутатам и членам Правительства, то последние остаются не только обязанными своей партии, давшей им политическую платформу, но и связанными с ней, например имеют перспективу выдвижения кандидатами в депутаты и не могут поэтому освободиться из-под ее влияния. Реальность политического процесса предстает в правильном свете, если за партиями сохраняется монополия на перманентную эффективную трансформацию их политических решений в компетентных органах, на принятие решений на уровне федерации и в землях. Собственно говоря, и здесь влияние не происходит в одностороннем порядке. Депутаты, и прежде всего члены Правительства, как правило, и в партии занимают руководящие посты, так что государственные мужи влияют на волеобразование внутри партии.

По Основному закону партии предстают подобно сети над всей системой политического волеобразования, контролируя узловые моменты во всех наиболее чувствительных сферах общества и государства. Партии выделяются среди всех других участников процесса формирования воли народа своим глобальным воздействием, обладают специфически интегрирующей функцией, и в частности пригодны для обеспечения живой взаимосвязи между народом и государственными учреждениями.

в) *Свобода вероисповедания, конфессий и совести;*

свобода выражения научных и художественных взглядов

В ст. 4, абз. 1 и 2, и в ст. 5, абз. 3 Основного закона речь идет об особых объектах, подлежащих охране, каковыми являются специфические формы выражения личности. Они могут также восприниматься как права коллективов.

Охраняемая ст. 4, абз. 1 и 2 Основного закона свобода вероисповедания, конфессий и совести относится к исключительно личностной сфере человека, в которой он проявляет себя в качестве автономной нравственной личности. Одновременно это определение содержит для государства обязательное требование соблюдать нейтралитет в отношении мировоззрения и религии и исключать любое отождествление государства с определенными решениями, принимаемыми в соответствии с совестью индивида. Это требование соблюдения нейтралитета и терпимости означает для государства запрет на оценку и гарантирует индивиду (одному или в группе) право использовать свою религию или мировоззрение, поступать в соответствии с ними и защищать их. Оба эти момента, актуализируя различные ценностные представления и толкования, гарантируют свободный духовный процесс, в котором индивид должен найти самого себя и одновременно создавать этический и мировоззренческий настрой в обществе. Причем госу-

дарство не просто мирится с этим процессом, но обеспечивает и правовые гарантии.

Не менее коммуникативной является гарантированная в ст. 5, абз. 3 Основного закона свобода в области искусства и науки. Она распространяется на передачу итогов творчества и художественного оформления (свобода искусства) или на сугубо индивидуальное духовное выражение идей в качестве деятельности, которая по содержанию и форме представляет собой серьезную и планомерную попытку постичь истину (свобода науки). Эти свободы вместе со свободой вероисповедания, конфессий и совести образуют правовую основу для открытой коммуникации в сфере культуры в качестве организационного элемента и составной части свободного высокоразвитого в культурном отношении государства.

2. Процесс формирования воли народа и его функция в демократическом государстве

Основополагающие права на участие в политическом процессе определяют в своей совокупности волю народа не как нечто цельнооформленное, а как сложный по своей динамике, постоянно меняющийся и вновь образующийся феномен, так что точнее было бы говорить о специфическом процессе волеобразования. В соответствии со своими правовыми источниками этот процесс должен совершаться свободно, открыто и *без* каких-либо регламентации. Причем форма и интенсивность участия в нем очень различны. Это участие простирается от малозначащего мнения, высказываемого «борцом-одиночкой», через достаточно эффективную стратегию участия мощных союзов вплоть до партий, обладающих непосредственным доступом к осуществляющим власть государственным органам. Все эти усилия сливаются в единый, правда, редко гармонично звучащий «хор», отражающий своеобразную смесь качественных и количественных характеристик.

Прежде чем анализировать процесс волеобразования народа и давать его теоретическое обоснование с точки зрения Конституции, необходимо сделать несколько пояснений. В общественной сфере имеются особые группы сословно-корпоративного характера, формирующие мнения и принимающие решения, которые вряд ли можно отнести к процессу волеобразования народа. Сказанное прежде всего относится к ст. 9, абз. 3 Основного закона, которая направлена на автономное упорядочение трудовой деятельности; его претворение в жизнь является лишь делом сторон, подписывающих тарифные договоры. То же самое можно констатировать в отношении волеобразующих и принимающих решения структур в центральных органах публично-правовых ведомств по радиосвязи, организованных изнутри по плюралистическому принципу; они представляют на паритетных началах все значительные политические, мировоззренческие и общественные группы. Пожалуй,

было бы правильно не причислять эти формы выражения мнений и поиска консенсуса к процессу волеобразования народа. Если они и оказывают на него влияние, то все же в действительности речь при этом идет об осуществлении полномочий и выполнении задач (на основе определенной социальной функции), а не о свободном участии в формировании воли народа.

Далее надо вспомнить о том, что политические партии, союзы и средства массовой коммуникации в качестве носителей процесса волеобразования народа не мыслятся иначе как организованные структуры. Научные исследования и теоретические изыскания также требуют более или менее интенсивного правового регулирования, именно ради обеспечения их свободы. Без законодательного закрепления организационных принципов и принципов технического порядка нельзя обеспечить и гарантировать эффективное и равное многообразие мнений. Таким образом, ясно, что все организационные меры имеют целью не достижение заранее запрограммированных государством результатов волеобразования, что было бы несовместимо с сущностью демократического процесса волеобразования народа. Речь идет исключительно о том, чтобы сохранить при любых обстоятельствах свободу и открытость этого процесса.

В общем основополагающие свободы в сфере процесса политического волеобразования должны гарантировать каждому возможность участвовать в выборе правильного мнения. Тем самым предотвращаются тенденции возникновения закрытых блоков мнений и элит, делается шаг навстречу элементарной потребности индивида высказывать свое мнение и вообще раскрывать свои духовные способности. С другой стороны, гарантированная в Основном законе свобода процесса волеобразования народа предоставляет гражданам и их группам возможность оказывать влияние на процесс волеобразования государства через формирование общественного мнения и предварительное выражение политической воли.

Нашей Конституцией учреждается власть, которая получает законную силу в ходе институционализированного и строго направленного процесса народных выборов. Основной закон отвергает утопическую концепцию демократического государства как государственного строя без какой-либо власти и тем самым отвергает любое недифференцированное отождествление государства и общества. Сознвая тот факт, что правители и те, кем они управляют, не одно и то же и что любое государство, будучи закрепленным конституционно, нуждается в представительных органах, Основной закон в ст. 20, абз. 2 отделяет легитимацию как вопрос о смысле и оправдании власти от государственного строя как вопроса о конкретном механизме осуществления власти. Народные выборы являются институционализированным выражением целой цепочки легитимации, идущих от народа к специальным органам в духе ст. 20, абз. 3, а принципы, закрепленные в ст. 38, абз. 1 Основного закона, гарантируют, что именно

фактическое большинство народа устанавливает свою власть. В этом смысле политическое руководство в демократическом государстве является не чем-то навязанным народу отдельными властителями, а властью, доверенной и одобренной большинством народа и ответственной перед ним. Легитимация в результате народных выборов возникает посредством выражения воли народа, а она в данном случае совпадает с волей государства, потому что народ сам осуществляет государственную власть в качестве конституционного органа.

Выражение воли народа в гарантированном Конституцией процессе волеобразования как бы приравнивается к выражению этой воли посредством выборов. Здесь заключен специфический критерий свободной демократии: право гражданина на участие в политическом волеобразовании выражается не только голосованием на выборах, но и путем оказания влияния на постоянно идущий процесс формирования политических взглядов и на образование общественного мнения. В демократическом государстве не только государственная власть, но и само волеобразование исходит от народа. Статья 20 Основного закона опирается на конституционные свободы гражданина участвовать в волеобразовании, закрепленные в его ст. 4, 5, 9 и 21. Процесс волеобразования также выполняет легитимную роль и дополняет легитимационную роль выборов. В условиях представительной демократии это ничего не меняет в основном легитимационном значении народных выборов; только они и создают тот фундамент, на котором специальные органы могут ответственно и компетентно принимать решения.

Основные конституционные свободы обеспечивают лишь участие в процессе народного, но не государственного волеобразования. Участие граждан в процессе государственного волеобразования может ориентироваться на конституционные нормы земель или просто на законы, но оно не обеспечивается Конституцией и не несет в себе какой-либо легитимной функции. Ничего не меняет тот факт, что носители процесса волеобразования народа (в частности, союзы и партии), как правило, берут на себя также задачи по участию в этом процессе.

Процесс волеобразования народа не может напрямую перейти в процесс государственного волеобразования или даже стать его институционализированной частью, а должен оставаться нерегламентированным и открытым, стимулировать общество и сохранять свой самостоятельный характер. В этой самостоятельности заключаются его ценность и изначальная сила, из которой проистекает духовное начало институционализированной государственности, предварительно формируется политическая воля и происходит оказание влияния на решения государственных органов. Процесс народного волеобразования и воссоздаваемое с его помощью общественное мнение в качестве современного способа выражения одобрения является частицей непосредственной демократии в представительной системе. Он же создает и интегриру-

ющий консенсус, на который могут ориентироваться государственные органы при принятии своих решений и, как правило, ориентируются в преддверии приближающихся выборов, что на практике часто оказывается особенно эффективным контролем над властью. Наконец, консенсус выливается в решающий для волеобразования в государстве акт парламентских выборов и ведет, таким образом, к готовящемуся учреждению демократического главенства большинства.

В этом смысле следует принципиально различать процессы народного и государственного волеобразования. Здесь действует неизбежно то же самое, что и в соотношении «государство — общество», т. е. отсутствует тождество, однако присутствует конкретное и дифференцированное подчинение, которое реализуется в специфически и демократически оформленной связи.

Процессы народного и государственного волеобразования — части одного целого, т. е. единого процесса волеобразования в демократическом государстве. Это означает, во-первых, что принципиальное различие волеобразующих процессов служит предпосылкой свободы государства в ходе формирования воли народа и условием выполнения основной демократической идеи, согласно которой власть должна устанавливаться снизу вверх, а не сверху вниз. В соответствии с этим волеобразование совершается в принципе по схеме: от народа к государственным органам, а не наоборот. В этом проявляется значение общества и его поддержки для государства. Такая поддержка обладает в демократическом плане легитимирующей функцией, которая стоит в одном ряду с легитимной процедурой выборов и голосования.

Во-вторых, государственная власть осуществляется, за исключением выборов и процедуры голосования, не прямо народом, а особыми органами, зафиксированными в ст. 20, абз. 2 Основного закона. Выраженный в этой статье принцип построения представительной демократии определяет соотношение процессов народного и государственного волеобразования и гарантирует самостоятельное формирование воли государства в институционализированном процессе деятельности государственных органов. Он, конечно, не исключает влияния общественного мнения, но государственные органы являются не просто его исполнителями. Нередко оказывается необходимым принимать решение вопреки общественному мнению и тем самым выражать как бы более совершенную волю народа. Подобная независимость процесса государственного волеобразования, гарантируемая демократическими нормами Конституции, как и влияние общественного мнения на волеобразование государства, показывает, что это влияние происходит отнюдь не путем односторонней коммуникации. Требуемое подчинение относится к двум самостоятельным системам, каждая из которых имеет автономные задачи, переплетающиеся между собой и воздействующие друг на друга. Так, к фактам, оказывающим влияние на формирование общественного

мнения, относятся сами решения государства и оценки мероприятий государственных органов.

Особое значение имеет работа государственных органов, и прежде всего Правительства, с общественностью по ознакомлению ее с принятыми и предстоящими решениями, агитация за одобрение и нахождение консенсуса, а также изложение и разъяснение долгосрочных и среднесрочных планов. Это существенная составная часть механизма демократии, без чего не может быть сформировано общественное мнение. Но работа государственных органов с общественностью должна заканчиваться там, где она может ущемить свободу и открытость процесса народного волеобразования. В принципе необходимо, чтобы оно шло от народа к государственным органам, а не наоборот. Во время предвыборных кампаний требуется чрезвычайная сдержанность в работе с общественностью. Прежде всего нужно исключить возможность, чтобы ведомственные органы, выполняя свои функции на выборах, отождествляли себя с политическими партиями или кандидатами, поддерживали бы их или боролись против них, используя средства государственной казны. Это требование Федерального конституционный суд убедительно выводит из существа и авторитета государственной суверенной власти, который состоит в институциональных гарантиях свободного самоопределения всех граждан при гарантии мира и правопорядка и который был бы утерян, «если бы под прикрытием государственной верховной власти со стороны партий оказывалось влияние на основной акт демократической легитимации — выборы в народные представительства».

Решение большинства при осуществлении государственной власти может означать волю всего общества и иметь обязывающую силу согласно идее свободного самоопределения всех граждан только в том случае, если данное большинство возникло в свободном открытом и регулярно возобновляемом процессе формирования мнений и волеобразования, участвовать в котором могут в принципе все правоспособные граждане на равных правах. Кроме того, большинство, принимая свои решения, должно заботиться о всеобщем благе, в частности уважать права меньшинства и принимать во внимание их интересы, а также не отнимать у них шанса когда-нибудь превратиться в большинство.

Соединение процессов волеобразований народа и государства можно в целом характеризовать как специфическое осуществление обратной связи в рамках конституционного права; причем естественно, что политические партии, объединения и не в последнюю очередь средства массовой коммуникации выступают в качестве квалифицированного средства диалога между государством и гражданином и являются естественным полем их взаимного влияния.

Процесс волеобразования народа направлен на политическую общность, структурированную на плюралистических началах. При этом плюрализм становится реальностью не только из-за

наличия группировок. Решающим моментом является готовность государства идти навстречу группировкам и предоставлять им свободу общественной деятельности, вскрывая тем самым для себя все многообразие мнений и взглядов. Такая готовность в ФРГ налицо. Еще никогда в истории Германии не было такого большого числа группировок и союзов, никогда политический процесс волеобразования не определялся в столь решающей степени этими группами, как сегодня. Отсюда проистекает опасность коллективистского видения свободы вообще и процесса волеобразования народа в частности. Носителем свободы является и останется на будущее не коллектив или народ, а отдельно взятый гражданин. Демократия, согласно Основному закону, — это не демократия народа, а демократия граждан. В плюралистически построенном обществе речь идет лишь об индивидуальной свободе. Образование группировок должно быть нацелено на усиление этой свободы, а не на ее преобразование. Данного принципа нужно придерживаться именно потому, что в современном массовом обществе процесс волеобразования народа определяется не индивидуумом, а в первую очередь всесильными группировками.

3. Участие в формировании «образа человека» — основа политической свободы

Итак, процесс волеобразования народа конституируется демократическими основными правами, проводится в жизнь и охраняется так, что ведет к образованию общественного мнения и влияет на формирование воли государства открыто и свободно. Многообразны поэтому и объекты воздействия. С учетом фактических или мнимых ошибок в развитии и в соответствии с состоянием настроений в обществе ими могут быть: система образования, политика в отношении союзов, экономическая система, безработица, Бундесвер и т. д., причем, как правило, случается и объединение нескольких объектов. В зависимости от расстановки различных акцентов и различной степени освещения речь идет об объектах, представляющих интерес для общества, и о политических вопросах в самом широком смысле слова. Возможность принимать участие в поисках ответов на них гарантирует свобода. Как личная, касающаяся сфер частной жизни, так и политическая свобода по своей целенаправленности состоит в возможности самореализации, взятии на себя персональной ответственности, в возможности мыслить самостоятельно, действовать по собственному усмотрению, т. е. вести жизнь в соответствии с личными установками.

Речь идет, в сущности, об образе человека как предмета любой дискуссии в обществе. Особенно наглядно это проявляется, например, в спорах о прерывании беременности, при обсуждении вопроса о применении детектора лжи или в актуальных сейчас дискуссиях о генной технологии. Именно ради свободы и ее защиты должно быть определено понятие «образ человека» в сво-

бодном государстве. Чем свободнее государство, тем активнее оно выдвигает человека в сферу правопорядка и предоставляет ему максимально большие права на самоопределение. Однако ни одно государство не сможет передать формирование образа человека полностью на усмотрение отдельного индивида. Относительно этого важного вопроса в любом обществе обязательно требуется согласие, а этот главный консенсус служит тогда фундаментом других социальных связей, в том числе и ограничения основных свобод. Таким образом, ограничение включено в само понятие свободы, потому что самореализация ориентируется на образ человека, а он может стать обязательным только по воле государства.

Главным же является вопрос, каким способом устанавливается образ человека. В тоталитарном государстве это является исключительно делом государственных органов, а сам образ словесно закрепляется (например, как «облик человека социалистического общества»). И наоборот, свободное государство характеризуется тем, что каждый гражданин, обладая основными свободами в рамках процесса народного волеобразования, который оказывает влияние на волю государства, может принимать участие в создании образа человека и благодаря этому сам является ответственным за ограничение своей свободы. Вот почему здесь речь идет не только о том, чтобы предоставить как можно большее пространство для субъективной ориентации каждого в ценностях мира. Основой политической свободы является то, что индивид может сам определять границы этого пространства (т. е. собственной свободы), в то время как процесс народного волеобразования в своей открытости делает возможными изменения в концепции образа человека. Тем самым каждый имеет шанс приблизиться в силу общественных представлений к необходимому согласию по этому поводу.

Особое значение это имеет для меньшинства, потому что в условиях современной демократии меньшинство имеет меньше шансов там, где государственные устои стабильны. Меньшинство должно иметь возможность оказывать влияние на изменение представлений об объеме и содержании его прав и благодаря этому расширять сферу их претворения в жизнь. Возможности для внесения изменений здесь прежде всего открывают общие оговорки и неопределенно сформулированные понятия (пример тому «закон о нравах», каким является ст. 2, абз. 1 Основного закона). В свободном государстве с открытым процессом волеобразования отсутствуют «безнадежные группы меньшинств и вечные изгои».

4. Элитарное общество «архитекторов человеческих душ»

Идея свободного участия в политической жизни демократического общества, вытекающая из основных прав граждан, переживает в реальном политическом процессе значительный спад и

приходится опасаться, что будет становиться все менее реальной. Такая опасность хорошо известна и широко обсуждается. Затронем эту проблему частично и в самом общем виде.

Нахождение и выбор альтернатив требует правильного понимания существа проблемы, которым обладает все меньшее число людей, поскольку в технократическом массовом государстве настоящего и будущего социальные проблемы, которые надлежит преодолеть, становятся все более взаимозависимыми и запутанными; вместе с тем и специфические Проблемы, с которыми приходится сталкиваться, выглядят более сложными и комплексными. Это ведет к сужению круга альтернатив на уровне государства, что находит свое очевидное выражение, например, в хорошо известном смещении реальных способностей принимать какие-либо решения от органа законодательного в сторону органа исполнительного, более гибкого и эффективного; причем в силу функционального персонального сращивания правительства и парламентского большинства происходит ослабление оппозиции и тем самым альтернативы, выдвигаемой меньшинством. Еще более радикально подобное развитие сказывается на уровне отдельного гражданина, которому, как правило, не предоставляется практически никакой возможности понять политический процесс и осмысленно участвовать в нем. Тем самым индивидуальные потенции для самореализации оказываются ограниченными, это касается возможностей индивида проявить свои способности в политической сфере. Одновременно наносится ущерб творческому импульсу, который должен сопутствовать свободному демократическому обществу как форме государственного правления, базирующейся на альтернативах.

Следствием этого, говоря в общем плане, становится «выдача» гражданина экспертам или тем, кто считается таковыми. Конкретно-политическая свобода концентрируется прежде всего в средствах массовой информации и различных организациях, в частности в политических партиях и мощных лоббистских структурах, которые, по существу, доминируют в процессе народного волеобразования и тем самым являются «архитекторами человеческих душ». В этом смысле можно говорить скорее об элитарном обществе «архитекторов человеческих душ», чем об «открытом обществе интерпретаторов конституции».

В качестве особой проблемы здесь возникает довлеющая роль профсоюзов, которые в стремлении к представительским атрибутам вышли далеко за рамки своей компетенции и превратились в фактор, захватывающий все области волеобразования в обществе наемного труда. Этот процесс, который нельзя повернуть вспять, разумеется, не может рассматриваться только как негативный. Свободные средства массовой коммуникации являются организующим элементом для свободного демократического общества; в массовом обществе от них фактически невозможно отказать как от средства ведения публичной дискуссии и контроля, как от вспомогательного средства информации и ориентации.

В такой же степени плюралистическая общность изначально базируется на корпоративной свободе и опирается на нее.

Гражданин современного массового государства обретает свой общественный и вместе с тем личный статус посредством вступления в союз и благодаря его «опеке» над ним. Так как человек в своей обособленности не является реальной политической силой, путь между индивидуалистской анархией, разрушающей общество, и коллективистской, разрушающей индивида, деспотией может проходить, очевидно, лишь через множество автономных союзов в виде «плюрализма олигархий», которые способны поднять авторитет и реализовать во всем разнообразии гетерогенные течения в дифференцированном обществе.

Вместе с тем отмечается достаточно известная и широко обсуждаемая главная проблема «государства союзов» как обеспечения свободного и открытого процесса народного волеобразования путем сохранения многообразия союзов, нарождающегося своего рода баланса социальных сил. Чрезмерная концентрация влияния в руках одного союза или коалиции союзов, которая может заключаться в персональном сращивании ведущих партий с объединениями наемного труда или работодателей или в нарушении определенного «равенства» (односторонний запрет на забастовки или запрет на увольнения), представляет в данное время особую опасность для свободы в условиях равенства. Конечно, гражданин современного массового государства получает общественный и гражданский статус через свою организацию, благодаря своей принадлежности к ней он получает в свои руки аппарат, который повышает его значимость как индивида, предоставляя ему возможность оказывать давление в ходе всенародного опроса.

Но здесь одновременно происходит утрата индивидуального статуса. Специфические автономные черты, прежде всего крупных организаций, превращают мандат на заботу о членах все в большей степени в неограниченные полномочия определять ту или иную степень свободы. Желание человека на самовыражение урезается уже в самом зародыше группой, состоящей в своем большинстве из функционеров, причем непрерывно утрачивается большая часть индивидуальности. Таким образом, управление релевантных общественных групп ускоренно превращается в элиту функционеров, которые рассматривают своих избирателей и членов таких групп как инструмент для проведения в жизнь своих интересов или как источник получения и средство выражения мнений и интересов. Гарантированная Конституцией свобода участия в политической жизни в рамках союза и посредством его деградирует в таких условиях до свободы образования социальных групп, а более конкретно — до акта вступления в союз или выхода из него.

В сфере массовой информации важной проблемой является также баланс сил, точнее — обеспечение эффективного, одинаково важного многообразия мнений. Прежде всего в радиовещании и прессе речь идет не только о передаче более или менее широ-

ко распространенных собственных мнений и интересов. Будучи главным рупором общественной информации, пропаганды, критики и контроля, выражения общественного мнения, они одновременно являются важными органами для передачи других мнений и интересов и должны служить особенно передаче объективной информации и формированию мнений. Благодаря компетентности в сфере отбора и презентации мнений пресса и радиовещание могут не только манипулировать мнениями людей, но даже творить саму действительность или создавать нечто ирреальное, так что общественное мнение сворачивается до мнения, опубликованного со всеми вытекающими отсюда негативными для свободного самоопределения гражданина последствиями. Самые неприятные искажения могут быть предотвращены только посредством широкой и структурированной в частнопредпринимательском плане конкуренции большого числа средств массовой информации. Если этого не происходит или отсутствует баланс социальных сил, то общественное мнение быстро превращается в определенное мнение как якобы мнение народа, откуда следует непосредственная квазилегитимация политических решений. В таких рамках нет места никакой политической свободе, а вскоре исчезает и какая бы то ни было личная свобода. Исторический прогресс блокируется, а образ человека деформируется.

II. ПОЛИТИЧЕСКИЕ ПАРТИИ

1. Общая оценка партий

Партии являются важными носителями политического волеобразования в обществе, граждане которого проявляют свою индивидуальную ориентацию на выборах, участвуя в голосовании. Гарантия конституционной и демократической свободы действий определяет легитимацию и границы деятельности партий. Воспринятое и направляемое ими волеобразование народа происходит в государственных органах и придает их действиям особый стимул. Единственное определение в Конституции, касающееся партий, дано в ст. 21 Основного закона. В качестве государственно-правового понятия партия определяется Законом о партиях от 24 июля 1967 г., изданным на базе ст. 21, абз. 3 Основного закона и имеющим обязательную силу для всех земель.

Партии, согласно § 2 Закона о партиях, являются объединениями граждан, а в соответствии со ст. 9 Основного закона — союзами, обществами или особыми объединениями в определенной организационной форме, независимо от их правоспособности. Политические партии в ФРГ основываются обычно как нерегистрируемые союзы. Как объединение в духе ст. 9, абз. 1 партия не может возникнуть из группы юридических лиц; юридическое лицо

вправе вступить в такое объединение. Согласно § 2, абз. 1 Закона о партиях, «членами партии могут быть лишь физические лица».

Партиями являются объединения граждан, которые хотят квалифицированно заниматься политикой постоянно или относительно продолжительное время. Материальная демонстрация этих намерений влечет за собой получение статуса партии. Таким образом, временной фактор может приобрести значение только в том случае, если программа или другие моменты саморекламы позволяют усомниться в стабильности политической деятельности. Можно спорить о том, достаточно ли принимать участие только в одних выборах, если партия сама считает это участие особенно важным для себя. Во всяком случае придется примириться с тем, что определенная партия будет связывать свою деятельность с возможностью саморесурса и по достижении одной политической цели считать свою задачу выполненной.

Потенциальная партия хочет оказывать влияние на политическое волеобразование по крайней мере в одной земле или на федеральном уровне, т. е. стремится попасть хотя бы в парламент земли. Последний критерий не определяет последующего поведения в парламенте, например готовности взять на себя правительственную ответственность, но парламентская деятельность должна быть важнейшей целью существования объединений. В соответствии с этим гражданские инициативы и другие носители внепарламентской оппозиции не являются партиями, но получают этот статус, если заявляют о стремлении попасть в парламент. Прежние успехи или конкретные перспективы будущих успехов не требуются. Совершенно недостаточно рекомендовать своим членам отдать голос в пользу других партий, что чаще всего наблюдается среди малых группировок. Готовность предоставить помощников для предвыборной кампании может быть благом пожеланием, но не является квалификационным признаком для образования партии.

Готовность принимать участие в парламентской работе в качестве условия получения статуса партии § 2, абз. 1 Закона о партиях связывает с «общим характером их фактического отношения к делу» (численность и постоянство объединения, число его членов и авторитет среди общественности называются в качестве критериев оценки такого отношения); она должна в «достаточной мере гарантировать серьезность намерений».

К численности и постоянству партийной организации нельзя предъявлять строгие требования — достаточно, чтобы это была свободная организация, отлитая в форму совокупности правовых норм, регулирующих деятельность объединений, союзов или корпораций. Она должна иметь такие свойства, чтобы объединение участвовало по собственной инициативе в процессе политического волеобразования, а не было полностью подчинено воле какой-либо иной группировки. Авторитет среди общественности, самореклама перед потенциальными избирателями рассматриваются в

качестве критерия только тогда, когда они несут на себе отпечаток несерьезности. Например, словесно выраженное желание попать в парламент оказывается обманным маневром, преследующим совершенно иные цели: коммерческие, рекламные или амбициозные. Хотя § 2, абз. 1 Закона о партиях и ориентирует на число членов, но цифровой границы не называет.

Параграф 2, абз. 2 Закона о партиях содержит основание для утраты статуса партии: объединение теряет такой статус партии, если оно в течение 6 лет не принимало участия в выборах в Бундестаг или ландтаг с собственной предвыборной программой. Это положение не делает различий между партиями, которые находятся в процессе становления, и теми, которые безуспешно пытались получить мандаты в парламенте. Наконец, § 2, абз. 3 Закона о партиях требует, чтобы большинство членов объединения и членов его правления имели немецкое гражданство по смыслу ст. 116, абз. 1 Основного закона и чтобы штаб-квартира или руководство объединения находилось на территории ФРГ (ст. 23 Основного закона).

2. Понятие партии в ст. 21 Основного закона

Статья 21, абз. 1 и 2 Основного закона содержит понятие партии. Оно может быть не идентичным с понятием, представленным в § 2 Закона о партиях, так как простой федеральный закон не может давать аутентичную интерпретацию конституционного понятия, несмотря на оговорку по регулированию этого понятия, содержащуюся в ст. 21, абз. 3 Основного закона. Если текущее законодательство дает определение понятию, используемому в конституционном законе, то речь идет о параллельном определении, имеющем непосредственное значение только для простого закона.

При создании Основного закона проблема партий возникала. Веймарская Конституция упоминала о партии со ссылкой на то, что государственные служащие являются слугами всего общества, а не какой-либо партии (ст. 130, абз. 1 Веймарской Конституции).

3. Участие в политическом волеобразовании народа

Согласно ст. 21, абз. 1 Основного закона, партии содействуют формированию политической воли народа; народ понимается при этом как совокупность всех граждан. Аналогичное понятие § 1 Закона о партиях многословно, но не очень ясно с правовой точки зрения. Там перечисляются следующие функции партии: оказание влияния на формирование общественного мнения, стимулирование и углубление политического образования, выдвижение кандидатов на выборах, оказание влияния на политическую деятельность парламента и правительства, введение разработанных партиями политических ориентиров в процесс государственного

волеобразования. Такое определение является скорее гражданской информацией о деятельности партий, чем правовой нормой. Эти формулировки слишком обтекаемы, чтобы из них можно было вывести нечто существенное для понимания ст. 21, абз. 1 Основного закона. В юридическом отношении нормы о составе административных советов и советов в сфере хозяйственного права, о правилах радиовещания, об охране природы и памятников, а также совокупность норм, регулирующих территориальное планирование расселения и землепользования, создают более определенную основу и рамки для участия партий в этом процессе.

В ст. 21, абз. 1 Основного закона дается обоснование гарантиям и пределам деятельности партий. Участие в формировании воли народа является оказанием влияния на политические процессы, достаточно широкого по своим последствиям. Но оно должно совершаться в границах, устанавливаемых правопорядком. Участие не предполагает противоправных действий. Это положение не нужно было бы акцентировать, если бы именно партии не претендовали иногда на дифференцированную оценку нарушений правовых норм, совершаемых их членами.

Ограниченным является действие понятия «участие» в отношении субъектов политического процесса волеобразования. Это понятие ясно показывает, что партии не обладают монополией в данной сфере. Демос в духе демократии не должен подменяться понятием «партии», поскольку они находятся в допускаемой Конституцией конкуренции с другими объединениями, союзами, церквями и средствами массовой информации, но прежде всего с отдельным гражданином, право которого на участие в политическом волеобразовании проистекает из его основных прав с присущим этим правам элементом претворения демократии в жизнь (т. е. ст. 4, 5, 8, 17 Основного закона).

Текст ст. 21 говорит не о том, что политическое волеобразование происходит посредством партий, но об участии в этом процессе. Такая формула проясняет ограниченный вклад партий в данный процесс. Отсюда следует, что партии не могут иметь монополию при выдвижении кандидатов на выборах и что отдельный гражданин не должен претендовать на прием в партию; это было бы возможно только в объединениях с монопольным положением. Гражданин вправе, однако, вместо этого заняться созданием новой партии (ст. 21, абз. 1 Основного закона).

Кроме того, здесь обосновывается и многопартийность в государстве, что можно понять уже по грамматической форме множественного числа, использованной в ст. 21, абз. 1 Основного закона, которая соответствует наличию хотя бы двух партий. Соответствует ли многопартийная система смыслу ст. 21, абз. 1 — это скорее конституционная проблема, а не просто правовая. При ее рассмотрении следует принимать во внимание, что уже по самой идее деятельности партий присущи олигархические черты.

«Политическое волеизъявление» — понятие, которое не образует каких-либо четко уловимых границ. Их не имеет и само по-

нятие «политический», так как любой предмет может приобретать политический характер, поскольку индивидуальный носитель основных прав не в силах это предотвратить. Даже если данное обстоятельство не всегда благоприятствует политической культуре, оно заложено в принципиальной открытости демократического процесса волеобразования. Когда же речь идет о предметах, которые не подлежат оглашению по государственно-правовым причинам, то дискуссия об их границах является предметом политики.

Да и волеизъявление изначально не имеет границ. Основной закон не знает барьеров, которые могли бы быть воздвигнуты на пути обращения к политическим предметам. Любое духовное напряжение обращено к волеобразованию, в результате которого структурированные по государственно-правовому принципу права на участие отдельных лиц или групп в управлении оказывают влияние на государственные органы. Основной закон воздвигает некоторые границы деятельности партий. Статья 21, абз. 1, сама не намечает границ оказания влияния партий на государство. Они могут проистекать только из иных конституционных норм, а возможно, из конституционных принципов, господствующих над ними. При этом важно, на какого носителя государственной власти оказывается влияние. Поэтому вопрос о границах участия является проблемой об отношении партий к парламентам, правительствам, администрации, органам юстиции, а также к отдельным членам партии и к гражданину.

4. Свобода учреждения партий

Учреждение партий является свободным согласно ст. 21 Основного закона. Эта сформулированная без каких-либо ограничений гарантия, которая следует содержащемуся в самой этой статье положению о многопартийной системе, не обосновывает никаких требований партий по отношению к государству. Наоборот, в свободе создания партий внутренне присуща направленность против государственного их финансирования. Вещественные ограничения свобода создания партий получает в системной взаимосвязи, в которую она поставлена. Требования о том, что внутренняя организация в партии должна соответствовать демократическим принципам (ст. 21, абз. 1), что она не должна преследовать цель устранить свободный демократический конституционный строй или подвергать опасности существование ФРГ (ст. 21, абз. 2), оказывают воздействие на свободу создания партий. Партия, которая не удовлетворяет этим предварительным условиям, не может свободно учреждаться, причем в конкретном случае запрет зависит исключительно от федерального конституционного суда.

Формулировка ст. 21, абз. 1 напоминает о других гарантиях: искусство и наука, исследования и учения являются свободными

(ст. 5, абз. 1) или «цензуры не существует» (ст. 5, абз. 1). Здесь следует искать имманентные пределы «неограниченной» в текстуальном плане свободы. Историческая интерпретация ст. 21, абз. 1 Основного закона может объяснить допустимость правовых требований к акту учреждения. Норма реагирует на опыт времен национал-социализма и проводившееся оккупационными властями лицензирование. Для учреждения партий сейчас нет необходимости получать разрешение или допуск. Однако в принципе они подпадают под действие гражданско-правовых требований, которые вытекают из выбора организационной формы, т. е. из положений гражданского права об объединениях (см., в частности, § 56—60 Гражданского кодекса).

Об учреждении партии в качестве зарегистрированного объединения следует ставить в известность (§ 59 Гражданского кодекса) ; администрация не может, однако, протестовать против регистрации. Об этом ясно говорит § 37 Закона о партиях, который объявляет неприменимыми подобные положения к регулированию деятельности партий, а также § 54 Гражданского кодекса (личная материальная ответственность лица, действующего от имени объединения). Приведение в порядок дел правления партии в чрезвычайных обстоятельствах не регулируется соответственно § 29 Гражданского кодекса. В остальном воздействие на процесс учреждения партии в соответствии с гражданско-правовыми нормами подчиняется запрету на неправомерное использование административной власти. Так как к учреждению партии относятся выбор названия, разработка устава и программы, то Закон о партиях содержит конкретизирующие предписания о допустимых требованиях на этот счет.

Требование относительно выбора названия, а также требование представить в письменном виде устав и политическую программу заложены в ст. 21, абз. 1 Основного закона. Самой программе текущее законодательство не должно задавать никакого содержания. В программе проявляется прежде всего облик партии, которому установленная ее уставом структура придает форму; лишь она может предварительно намечаться законодателем в виде некоторых минимальных требований.

Специфические субъекты права и последующее содержание свободы учреждения партий вытекают из сравнения их с всеобщей свободой объединений, которая гарантирована ст. 9, абз. 1 и 3 Основного закона. Свобода объединений на уровне Конституции предполагает нераспространение свободы учреждения партий на иностранцев, что, однако, не исключает того, что партиям в соответствии с текущим законодательством разрешается принимать их в свои ряды.

То что несовершеннолетние не могут создавать партию, хотя ст. 9 Основного закона в принципе гарантирует им свободу объединений, следует из соотнесения гражданской ответственности с их возрастом: основывать партию дозволено только тем, кто имеет возможность участвовать в выборах.

Право на возникновение отнюдь не включает изолированного от него права на существование, т. е. отсутствует «право на бесконтрольное свободное развитие партий», или их «неограниченное личное право». Статья 21, абз. 1 Основного закона проводит различие между их образованием и соответствующим демократическим «следованием демократическим принципам».

5. Требование внутрипартийной демократии

Статья 21, абз. 1 Основного закона содержит также требование внутренней организации, т. е. порядка в партии, организации внутрипартийного волеобразования. Из-за тенденций развития не столь многочисленных больших партий общественные конфликты происходят все чаще внутри них, а не между партиями. Эта тенденция придает требованию внутрипартийной демократии особое значение. Принятие во внимание данного требования осложняется тем, что избиратели имеют обыкновение реагировать на внутрипартийные разногласия скорее негативно, чем позитивно.

Внутренний смысл упомянутого определения вытекает из функционального содержания ст. 21, абз. 1 Основного закона. Участие в формировании политической воли народа, которое происходит в рамках демократической модели, содержащейся в ст. 20, абз. 2 Основного закона, должно протекать в рамках процедуры, удовлетворяющей демократическим представлениям. Лишь демократическая внутренняя структура делает возможным их участие в политическом волеобразовании. Основной закон требует ориентации внутрипартийного процесса волеобразования на формы, которые составляют демократию на государственном и коммунальном уровнях.

В этой ориентации одновременно заложены и пределы модификации — народ становится базисом партий, исчезают шансы для партий в партии. Это положение усиливается тем, что ст. 21, абз. 1 Основного закона говорит о внутренней организации партии в соответствии с демократическими принципами. Следует сохранять демократический идеал; простой перенос схемы государственной демократии на внутрипартийную невозможен, а потому и не предлагается. Партийной автономии, определяемой совокупностью правовых норм, регулирующих деятельность объединений и союзов, и находящей свое выражение в партийных уставах, вверена внутрипартийная демократия, т. е. право действовать ориентируясь на демократическую культуру и совокупность правовых норм, регулирующих деятельность объединений. Сама ст. 21, абз. 1 Основного закона с программной ссылкой на государственно-правовую модель, требующую модификации в отношении внутрипартийных потребностей, едва ли дает критерий для ответа на многочисленные частные вопросы, например о приеме в партию и исключении из нее, о действии основных прав внутри партии или допустимости не совместимых с ними решений.

Статья 21, абз. 1 несомненно не допускает принятия внутрипартийных решений по принципу вождизма; выбора строго централизованной организационной формы, которая не признает местных союзов; наследования партийных должностей; отстранения отдельных членов от участия в выборах.

Правовые последствия нарушения ст. 21, абз. 1 Основного закона вытекают непосредственно из этой нормы; она дает основание для признания действия ничтожным в духе § 134 Гражданского кодекса, поскольку нарушение элементов демократического идеала зафиксировано в уставе. На нарушение можно реагировать принудительными средствами согласно § 39 Закона о партиях, если оно одновременно выражается в нарушении обязанности давать информацию руководителю федеральной избирательной кампании (§ 6, абз. 3 Закона о партиях).

Содержащееся в ст. 21, абз. 2 Основного закона указание влияет на требования внутрипартийной демократии. Свобода учреждения партии и формирование внутрипартийной демократии в принципе изъяты из-под влияния государства, но от объединений, которые стремятся конституироваться в качестве партий, требуется предварительное конституционное признание.

В соответствии со ст. 21, абз. 1 Основного закона партии должны публично отчитываться о происхождении и использовании своих средств, а также о своем имуществе. Роль партий в процессе волеобразования не должна уподобляться деятельности исполнителя, находящегося на содержании у финансово влиятельных сил. Обязанность отчитываться не влияет непосредственно на отношения между партией и теми, кто дает деньги. Это побочная мера, которая допускает, что обязанность отчитываться перед обществом, а также выполнение ее дает партии свободу действий по отношению к жертвователю и умеряет пыл финансистов в достижении собственных интересов. Таким образом, закон служит автономному существованию партий в интересах повышения качества их политики, ориентирует партии на достижение общего блага в противовес следованию частным интересам и одновременно служит элементом косвенного демократического контроля, позволяя гражданину получать информацию, которую он может использовать при индивидуальном решении на выборах.

6. Подотчетность партий

Статья 21, абз. 1 является единственной нормой Основного закона, которая непосредственно обращается к вопросу о финансировании партий. Предписывая правила процедуры, эта статья допускает внешнее финансирование (а не только осуществляемое членами партии), не делает различий между приемлемым и неприемлемым финансированием и считает нормальным финансирование от общественных кругов. Запрет пожертвований вообще был бы недопустим, да и об их ограничениях в законе ничего не говорится.

.Обязанность давать отчет относится к источникам денежных средств, а с 21 декабря 1983 г. (когда были внесены изменения в Основной закон) — и к их расходованию, следовательно, к обращению со средствами, поступающими в кассу партии и уходящими из нее, независимо от того, откуда они поступают или каким образом тратятся.

Статья 21, абз. 1 регулирует собственные средства партии и ориентируется на сочетание вещного и обязательственного права. Фонды, исследовательские институты, учебные заведения, предприятия, которые контролируются какой-либо партией, сюда не включаются, поскольку они обладают собственными правами.

Партия не должна позволять заинтересованным лицам и средствам массовой информации ознакомления, выходящего за рамки § 23 Закона о партиях. Конституционная обязанность формулируется с помощью названных выше положений Закона о партиях таким образом, что свобода информации действует в определенных пределах.

7. Запрещение партии

Статья 21, абз. 2 Основного закона содержит материально-правовую норму: партии, которые по своим целям или действиям своих сторонников обнаруживают свой недемократизм, считаются нарушителями Конституции. Статья 21 оставляет право на принятие решения по этому вопросу за ФКС. Конституционное значение данного положения, имеющее огромную важность, не ограничивается тем обстоятельством, что его использовали только два раза в первые годы существования ФРГ.

То что Основной закон изгоняет из круга объединений, призванных им самим к участию в политическом волеобразовании, те из них, которые упорно стремятся к нанесению ущерба конституционному строю, не должно расцениваться как нечто чуждое системе свободной демократии и еще менее — как элемент антидемократического мышления. Уже ст. 21, абз. 1 Основного закона, которая дает партиям право участия в общественной жизни не ради их самих, а для того, чтобы обеспечить обществу возможность государственного волеобразования, указывает ту границу, за которой приобретает юридическую силу запрет партии. Такая возможность, предоставляемая обществу для высказывания своих соображений, сама является элементом конституционного понимания демократии. Партии должны поддерживать это понимание, а не разрушать его. Передача монополии на запрет партии Федеральному конституционному суду является регулированием, желательным с точки зрения демократии и приемлемым с точки зрения правового государства. Правда, целесообразность сохранения такого регулирования оспаривается опытом истории и надо вводить для этого новый принцип «воинствующей демократии».

Враждебные конституционному строю намерения партии могут проявляться двояко: посредством преследуемых ею целей и

посредством действий ее сторонников. О целях можно делать заключение по письменным документам, например по программе, пропагандистским материалам, а также по устным высказываниям членов партии, причем общую картину могут дополнять выступления ведущих деятелей партии. Время осуществления этой цели несущественно. Стремление к далеко отстоящим целям может давать основание для заключения о неконституционности, даже если ближайшие цели согласуются с Конституцией.

Если такой признак, как цель, охватывает исключительно образ действий членов партии, то действия сторонников включают наряду с членами партии более широкий круг лиц. Приверженность партии, выступление на ее стороне — это все формулировки, которыми можно описать близость к партии, делающую определенное лицо ее сторонником. Здесь возникает проблема отношения к партии, которую можно решить лишь исходя из целей нормативной защиты. Индивид не может создать ситуацию связи с партией только своим поведением, даже если он является ее приверженцем или упорно выступает за ее цели. Отнесение кого-либо к сторонникам партии должно определяться отношением к этому самой партии. В центре толкования ст. 21, абз. 2 Основного закона стоит вопрос о целях, следование которым ведет к противоречиям с Конституцией. Причинение ущерба или устранение свободного демократического конституционного строя стоят рядом, затемняя смысл нормы, так как тот, кто делает ставку на устранение строя, наносит ему вред.

Свободный демократический конституционный строй, упомянутый в ст. 21, абз. 2, является правовым понятием. Оно привязано к элементам Основного закона, которые олицетворяют его свободный и демократический характер. В их числе ст. 79, абз. 3 Основного закона о делении федерации на земли, принципиальном участии земель в разработке законодательства, защите достоинства человека в качестве государственной задачи, а также демократические формы, характеризующие правовое и социальное государство, которые не подлежат изменению даже в самом Основном законе. Это, далее, уважение основных прав: гражданского равенства всех немцев (ст. 33, абз. 1), принципов избирательного права и свободы депутатов (ст. 38, абз. 1), независимости суда (ст. 97, абз. 1), самой свободы учреждения партий и тем самым возможности существования многопартийного государства (ст. 21, абз. 1), наконец, прежде всего это уважение примата права в качестве основного элемента правовой государственности. Поэтому партия, которая в качестве политической цели ставит нарушение действующего права, находящегося в полном соответствии с Конституцией, является неконституционной.

Понятие «существование ФРГ» относится не к внутреннему строю, а к внешним отношениям. Оно охватывает территориальную целостность и политическую независимость ФРГ, т. е. ядро, входящее в состав понятия суверенитета. Это понятие допускает

суверенное влияние извне в рамках ст. 24, абз. 1 Основного закона, а также незначительные уступки территории, однако защищает не только существующий статус, но и способность его защищать по отношению к внешнему миру. Широкое усмотрение, предоставленное внешнеполитическому ведомству при проведении внешней политики, допускает расплывчатость понятия «существование». Поэтому следует предъявлять более строгие требования к доказательству наличия угрозы существованию, пусть даже такая угроза представляет меньшее зло, чем нанесение вреда или устранение строя. Партия, которая стремится пусть даже только к фактическому подчинению ФРГ воле другого государства, является неконституционной. Зависимость от какой-либо зарубежной партии тоже может быть обстоятельством, вызывающим подозрение в таком устремлении.

Статья 21, абз. 2 Основного закона объявляет неконституционными партии, которые преследуют упомянутые выше цели, так что решение Федерального конституционного суда (согласно ст. 21, абз. 2) является оценочным и конститутивным. Монополия суда на принятие решения не допускает иного толкования, но значительно изменяет влияние ст. 21, абз. 1, взятой изолированно. Действия государства по отношению к партии, ее запрещающие, но не обосновывающие ее запрет, сами могут быть неконституционными, пока Федеральный конституционный суд не вынес своего решения. Следовательно, Конституция допускает, вплоть до запрета, неконституционное поведение, даже такое, которое нацелено на устранение конституционного строя или самого существования государства.

Возникающую таким образом внутреннюю напряженность можно было бы преодолеть, если бы органы, имеющие право вносить представление о запрете партии (Бундестаг, Бундесрат или Федеральное правительство, правительство земли, когда речь идет о партиях, функционирование которых ограничено территорией какой-либо земли), были обязаны подавать представление о запрете или существовала бы иная возможность для сужения пределов свободного усмотрения. Обязанность подать представление должна была бы найти ясное отражение в самой ст. 21, абз. 2. Но она не была предусмотрена законодателем и потому не может сейчас представляться необходимой в соответствии с демократическими принципами. То что демократический строй может защищать себя, не означает, что он должен в каждом отдельном случае делать это именно посредством запрета партий. Спокойствие по отношению к тем, кто борется с конституционным строем, является признаком самого конституционного строя и может способствовать его защите. Поэтому решение вопроса о том, должно ли быть внесено представление о запрете, отдается на усмотрение имеющих на то право.

Статья 21, абз. 2 защищает партию как таковую, а вместе с тем, косвенно, — и политическую деятельность ее членов. Действия государства в отношении членов партии затрагивают пар-

тию фактически, но не юридически. Однако эти действия не должны быть нацелены на то, чтобы обойти ст. 21, абз. 2 и устранить конституционную партию из политической жизни. Не исключено, что борьба какой-либо партии, не объявленной неконституционной, против свободного демократического конституционного строя найдет свое отражение в отрицательной оценке государственных органов, будет названа в судебном процессе против какого-либо члена партии или станет основой для принятия решения об обязанности сохранять верность нормам, регулирующим положение государственных служащих. Отсутствие представления о запрете партии не содержит никаких преимуществ для наказуемости служащего или квалификации пригодности гражданина к государственной службе.

Запрет партии ведет к потере мандатов всеми ее депутатами, которые входят в состав законодательных органов; причем в решении о запрете это может быть и не упомянуто. Запрет следует распространить и на заменяющие партию организации. Как следует определять преемницу запрещенной партии, устанавливается по материальным критериям, а не по названию или организационному отношению правопреемства.

8. Предоставление партиям функций в рамках парламентарно-демократического строя

Демократическая модель Основного закона не может быть реализована освоением моделей демократического строя, которые были разработаны общей теорией государства. Демократия как дух Основного закона — это сумма демократических положений, которые содержатся в нем самом. Одним из таких положений является ст. 21: многопартийность, предоставление партиям функций в политическом процессе и свобода учреждения партий; вместе взятые, они образуют тот тип демократического государства, о создании которого говорится в Основном законе.

Отдельные демократические положения следует понимать в общем демократическом контексте. В этом смысле пониманию сущности и деятельности партий способствует прежде всего содержание ст. 20, 38, 97 Основного закона. Участие в процессе политического волеобразования, возможность которого предоставлена партиям, относится к волеобразованию народа. Суверенитет народа, от которого исходит вся власть в государстве, которую он осуществляет через представителей, образует те рамки, в которые с самого начала заключено участие партий. Статья 21 является предписанием выполнения ст. 20, она должна облегчить реализацию народом его государственной власти.

Представительная демократия не исчерпывается для граждан периодической подачей голосов. Об этом свидетельствуют основные права, следование которым содействует политическому волеобразованию. В его общем процессе партии сокращают альтер-

нативы и идентифицируют их. Они представляют собой соединительное звено, которое связывает функционирующие представительные органы и избранных в них лиц с происходящим в партиях процессом волеобразования в промежутках между выборами.

Статус партии не получают группы, серьезность намерений которых взять на себя выполнение ст. 20 и 21 Основного закона не удастся проследить. Чтобы участвовать в демократическом процессе, как его трактует ст. 20, абз. 1 Основного закона, нужно быть последовательным. Не каждое согласие на словах является участием. Представительский парламентский демократический строй обуславливает участие партий в работе парламента. Поэтому Основной закон не дает статуса партии тем политическим объединениям, сферой деятельности которых является внепарламентское участие в волеобразовании народа. Парламентарный демократический строй не предполагает также наличия статуса партий у групп, которые ограничиваются лишь целью получения мандатов, т. е. у так называемых объединений избирателей.

Ни ст. 20, ни какое-либо другое положение Основного закона не устанавливает количества членов партии в качестве признака для определения ее серьезных намерений участвовать в работе парламента.

Противоречит Конституции и ограничение понятия партии такими объединениями, которые стремятся к участию в работе парламента на федеральном уровне и земельном. Понятие партии в ст. 21 охватывает также организации, которые находят сферу применения своих сил в парламенте на уровне общины. Ведь и там народ осуществляет государственную власть как во время выборов, так и через представительные органы и органы исполнительной власти. Мнение, что это не является политическим волеобразованием народа в строгом смысле слова, что речь здесь идет, собственно говоря, не о политических решениях, что коммунальные местные структуры занимаются скорее и в первую очередь решением административных задач (как это сформулировал Федеральный конституционный суд), лишено всякой опоры в ст. 20, абз. 2 Основного закона. Подобное дифференцирование является ложным, потому что принятие политических решений происходит на всех уровнях, в том числе и муниципальном. Местное значение и политический характер решения не противоречат друг другу. Кроме того, деятельность партий федерального масштаба на местах органически вплетается в их следование общегосударственным интересам; процессы принятия решений часто совершаются по схеме снизу вверх; карьера членов партии также часто начинается на коммунальном уровне.

Партии не обладают ни государственной, ни иной принудительной властью над гражданами. Они выступают как частные объединения. Индивид может выходить из-под их влияния, защищаться от них с помощью правовых средств, если партии очень докучают. И наоборот, человек не может претендовать на прием

в партию или на то, чтобы партии выполняли обещания, данные во время предвыборной кампании. Таким образом, граждане могут защищаться только политическими средствами, но не правовыми, если партия вступает в предвыборную борьбу с одной программой, а после выборов, сменив коалицию, забывает о своих обещаниях. Воспрепятствовать этому может только бдительность избирателей во время последующих выборов.

В соответствии с Основным законом влиянию партий больше всего подвержены парламенты, в меньшей степени — представительные органы на муниципальном уровне. Партии функционируют непосредственно в парламенте, получая поддержку в виде определенных форм парламентского права, которые очень чувствительны к роли и вкладу партий в работу органа законодательной власти. Здесь следует особо выделить такую парламентскую форму существования партии, как фракция. Качественная характеристика работы парламента благодаря вкладу партий налагает на них ответственность одновременно за то, как выполняет этот орган свою функцию в системе разделенных властей, и за то, не подменяет ли он в процессе принятия государственных решений администрацию и суды.

Особенно щекотливым оказывается вопрос о влиянии партий и их фракций на отдельного депутата, которого ст. 38, абз. 1 Основного закона считает представителем всего народа (а не какой-либо партии), свободным от предписаний и подчиняющимся только голосу своей совести (а не тем, кто стоит на страже «совести партии»). За депутатом остается право уклоняться или отступать от каких-либо решений, давление со стороны фракции в правовом отношении ни к чему его не обязывает. Партия не может также спровоцировать лишение депутата мандата, исключив его из своих рядов.

Наконец, отношение партий к Правительству как сфере политического участия также следует вынести за рамки применения ст. 21. Это определяется тем фактом, что Федерального канцлера избирает парламент, а не партия; отсюда вытекает ответственность Правительства перед парламентом, а не перед партией.

Отношение партий к административному аппарату и правосудию находит свое отражение в ст. 20, абз. 3 Основного закона. Отношение к правосудию подкрепляется гарантией независимости судей (ст. 97, абз. 1 Основного закона). Так как административный аппарат тоже принимает политические решения, он часто функционирует в той же области, что и партии. Правопорядок же исходит из того, что партии и администрация действуют в разделенных сферах, и позволяет второй ориентироваться в ее деловых контактах на планы партий только постольку, поскольку они претворяются в жизнь законом, административными предписаниями и указаниями. Правопорядок связывает влияние партий с решениями по кадровым вопросам посредством ст. 33, абз. 2 Основного закона и с должностными требованиями к приему на работу, повышению по службе и увольнению. Возможность пере-

вода в резерв служит интересам Правительства, но не партии. То что ведомственный патронаж процветает в административных органах, не может быть преодолено с помощью урегулирования правовых норм. Статья 21 Основного закона не может узаконить разрастание аппарата, так как в нем не происходит политического волеобразования народа.

Отстранение партий от влияния на органы правосудия базируется на том же исходном конституционном пункте, который является определяющим для взаимоотношений партий и государственного управленческого аппарата.

Будучи объединениями, партии могли бы быть носителями таких прав, которые принадлежат и другим объединениям. Исходные процессуальные нормы коммуникативного права, право, собственности, тайна почтовой и телеграфной переписки, всеобщий закон о равенстве защищают партии, поскольку они противостоят государству в правовой ситуации. Это затрагивает и сферу участия в политическом волеобразовании.

Принцип равенства запрещает государству изменять шансы партий в их соревновании посредством неодинакового отношения к различным партиям. Принцип равенства шансов выливается благодаря этому в проблему свободы, является главным образом основой свободы и равенства партий, не допуская их разделения. Если действия государства оказывают положительное влияние на равенство шансов партий, то у всех других лиц тоже возникает притязание на подобное обращение с ними.

Правовым выражением принципа равенства шансов является § 5 Закона о партиях, который своим текстом отличается от строгих конституционных требований, потому что сформулирован как нормативное предписание. Он признает любой вид субсидирования партий носителем государственной власти недопустимым, за исключением покрытия расходов на предвыборную кампанию. Параграф 5 Закона о партиях разрешает градацию объема предоставляемых субсидий исходя из значимости партий и определяет в качестве границы минимальный размер, требуемый для достижения цели, а для партий, имеющих в Бундестаге свои фракции, — половину объема субсидий, который предоставляется любой другой партии. Значимость партий определяется, в частности, по результатам предшествующих выборов в народные представительства. При предоставлении субсидий во время предвыборной кампании эти правила действуют только для партий, которые внесли предложения о кандидатах. Это положение действует и в отношении коммунальных выборов.

Параграф 5 Закона о партиях является своего рода реакцией на то, что партии имеют неравное финансовое положение, и предлагает меры по отступлению от принципа формального, одинакового отношения ко всем партиям. Закон призывает к этому отступлению не потому, что одинаковое формальное отношение посредством повышения авторитета маленьких, в частности до сих пор не добившихся успеха на выборах, партий привело

бы к нарушению интересов больших партий, их права на одинаковое к ним отношение. Реакция на завоеванную политическими методами позицию при использовании принципа одинакового отношения к партиям неизбежно ведет к материальному пониманию равенства шансов.

Неодинаковое отношение к партиям можно допустить только тогда, когда следует решить конфликт, связанный с недостатком материальных ресурсов, но не когда ресурсы имеются в неограниченном количестве (например, при предоставлении помещений для проведения предвыборной кампании). Не должно быть контроля за содержанием предвыборных радио- и телепередач.

Неясным остается также факт, долго ли удержится в свете ст. 21, абз. 1 Основного закона допущение, делающее возможной градацию партий. В оправдание такого подхода указывается на целесообразность с точки зрения Конституции защиты от опасного для государства разделения партий. Эта опасность ставит под сомнение способность к нормальному функционированию парламента и Правительства.

Конечно, Основной закон связывает с созданием государственных органов и учреждений представление об их дееспособности. Однако он не дает им неограниченного конституционного импульса для функционирования. Он лишь затрудняет такую трактовку всех других норм Конституции, которая может нарушить дееспособность какого-либо отдельного органа или нанести его деятельности ущерб на продолжительный срок. Способность к функционированию парламента и Правительства гарантируется градацией партий, которая допускается в избирательном праве, наряду с принципом равенства, с помощью запретительных оговорок и механизма сбора подписей.

Формально одинаковое отношение к партиям может обернуться изменением их шансов в соревновании друг с другом, если, например, недавно образованная и до сих пор не добившаяся успеха на выборах или вообще еще не принимавшая участия в них партия получит свой первый, а может быть, и единственный шанс на самовыражение с помощью поддержки государства. Другие партии не могут предотвратить это. Какой-либо третий вариант подхода к проблеме формального и материального равенства отсутствует. Платить за такое понимание равенства, которое требует внесения корректировки в программы предоставления времени для радио- и телепередач, должны сами граждане. В этих программах оказывается больше предвыборных агитационных передач новых, малоизвестных, в политическом отношении неокрепших партий, однако, с другой стороны, гражданина никто не принуждает принимать их, всерьез.

Принципиальное восприятие идеи о регулируемом равенстве шансов побудило правосудие ввести формулу «направляемой справедливости». Согласно этой формуле, небольшим или новым партиям должно предоставляться время на радио и телевидении в соответствующем объеме. То же касается возможностей для

предвыборной агитации. Никакая партия не должна быть исключена из общественной жизни с самого начала из-за своей незначительности.

Принцип равенства шансов — характерный элемент и конституционного регулирования финансирования партий. Уже свобода их учреждения, согласно ст. 21, абз. 1 Основного закона, дает понять, что партиям положено самим заботиться о финансовых средствах, необходимых для функционирования. Само по себе предоставление возможности деятельности не подразумевает претензии на государственное обеспечение. Из обязанности отчитываться (ст. 21, абз. 1 Основного закона) вытекает лишь принятие пожертвований в принципе.

Финансирование партий было урегулировано 1 января 1984 г. путем изменения ст. 21, абз. 1 Основного закона, Закона о политических партиях, Закона о подоходном налоге и о налоге с корпораций и других актов. Значение этих изменений для общей кризисной ситуации в системе партий очевидно. Финансирование партий несет на себе отпечаток многих решений, принятых ФКС, и само стало предметом контроля с его стороны; причем суд, одоблив замысел законодателя, внес поправки.

Четыре важнейших решения ФКС, которые предшествовали новому законодательному урегулированию, отнюдь не бесспорны. В 1958 г. он в принципе допускал финансирование партий государством. Конкретные границы этого положения еще не были тогда определены. То что пожертвования с точки зрения обложения налогами имели различные послабления, рассматривалось как нарушение равенства шансов партий, а также равенства граждан. Если суммировать последующие урегулирования, то в них в основном выделялись границы льготного налогообложения при внесении пожертвований и взносов, признавалось возмещение необходимых затрат на предвыборную кампанию, при этом считалась допустимой дифференцированная надбавка по итогам выборов, вновь объявлялось неконституционным всеобщее и полностью покрывающее затраты государственное финансирование партий. Тем самым постулировалось, что они имеют право покрывать свои потребности в финансах из государственных средств не полностью. Акценты и нюансы варьировались, а основные принципы не менялись: таковы свобода партий от государства, которая запрещает включение их в организованную государственность;

право гражданина на равное участие в политическом волеобразовании, которое противостоит предпочтению более выгодного в финансовом отношении жертвователя; право политических партий на равные возможности.

Законодатель попытался воздать должное всем определениям ФКС, изменив многие законы в 1984 г. Даже если он воспользовался при этом некоторыми формулировками самого ФКС, цель была достигнута не полностью. Ядром теперешних положений о финансировании партий является § 18 Закона о политических партиях, который регулирует возмещение затрат на предвыбор-

ную кампанию (сюда же относится задаток, который делает возможным финансирование предстоящей предвыборной кампании), и так называемое выравнивание шансов, которое предусматривает помощь из бюджетных средств партиям, получающим незначительные суммы в качестве членских взносов и пожертвований (§ 22 Закона о политических партиях). Величина общей суммы, восполняющей затраты на предвыборную кампанию (5 немецких марок за каждого проголосовавшего гражданина), привела к тому, что все представленные в Бундестаге политические партии смогли в течение короткого промежутка времени поправить свое финансовое положение из средств, предоставляемых налогоплательщиками.

Ответ на вопрос, является ли регулирование возмещения затрат на предвыборную кампанию конституционным, зависит прежде всего от того, представляется ли отступление от принципа формального равенства шансов, рассчитанное на успех на выборах, приемлемым с точки зрения Конституции. Параграф 18, абз. 6 Закона о политических партиях нацеливает на формальное отношение к партии, когда определяет, что величина суммы возмещения затрат не должна превышать величину всех доходов партии. Запретом полного или преобладающего покрытия финансовых нужд партий из общественных средств Закон, присоединяясь к определениям ФКС, гарантирует независимость партий от государства. Этот принцип запрещает реальное равенство шансов, которое может предоставить лишь государство путем налогообложения, т. е. принудительным образом. Возмещение затрат на предвыборную кампанию, полностью соответствующее принципу равенства шансов, приводило бы к полному или почти полному финансированию, во всяком случае отдельных партий, и поэтому противоречило бы Конституции. В сущности говоря, всегда стоит один вопрос: защищает ли ст. 21, абз. 1 Основного закона способность политических партий к функционированию и требует ли она возмещения затрат на предвыборную кампанию для сохранения дееспособности партий. С другой стороны, возникает вопрос о том, могут ли партии выполнять свои функции и без возмещения затрат на предвыборную кампанию и требуются ли другие источники финансирования.

Партии финансируются главным образом с помощью взносов своих членов, пожертвований, специальных взносов высоких должностных лиц, путем содействия со стороны государства партийным фондам, предоставления кредитов и путем уже упомянутого выше выравнивания шансов. Только финансирование членскими взносами не вызывает никаких проблем. Все другие источники тотчас же сталкиваются с конституционными ограничениями; причем в последнее время на первый план выдвинулись проблемы создания фондов и регулирования пожертвований. Что касается удержания налогов с пожертвований, то 14 июля 1986 г. ФКС объявил ныне действующее законодательство несовместимым с правовым равенством индивидов, поскольку законы нарушают

право граждан на равное участие в процессе политического волеобразования. Преимущество в возможности оказывать влияние на политические процессы остается за крупными жертвователями. ФКС установил верхнюю границу пожертвований, не облагаемых налогом, — 100 000 немецких марок, однако не обосновал своего решения. Распространение на юридических лиц льготного налогообложения также считается конституционным. Несмотря на частичную коррекцию, это решение ФКС оказывает консолидирующее воздействие. Сложившаяся в настоящее время ситуация не позволяет устранять любую форму прямого или косвенного финансирования партий государством, так как иначе они окажутся нежизнеспособными и будут поставлены в зависимость от жертвователей. Отмена института пожертвований также невозможно, так как это привело бы к манипуляциям, справиться с которыми было бы не под силу и ст. 21, абз. 1 Основного закона.

Исходить же следовало бы из того, что эта норма стремится гарантировать дееспособность партий. Такое понимание, несмотря на ее первоначальное обоснование в доктрине партийного государства, является вполне убедительным. Финансирование партий государством не превращает их в государственные органы, а защищает как общественные организации, которые необходимы процессу политического волеобразования, т. е. государству. Различение полного и иного финансирования партий является столь же не четким, как и утверждение, что такое финансирование нарушает принцип государственной свободы. Партии не свободны от государства, государство не свободно от партий, поскольку ст. 21 Основного закона предписывает партиям посредническую роль между государством и обществом. В противном случае не нужно было бы и возмещать затраты на предвыборную кампанию.

Государство не полностью освобождено от ответственности за партии. Законодатель призван создавать или поддерживать условия, в которых партии смогут нормально функционировать, так же как и обеспечивать условия, которые полезны для превращения в жизнь основных прав человека или способствуют культурной жизни. Иными словами, законодатель должен предоставить партиям шанс для полного раскрытия, не гарантируя его, однако, каждой партии в отдельности. В настоящее время законодатель создал определенные условия, в которых партии могут не только проявить себя, но и процветать. Внутренняя их структура, соответствующая ст. 21, абз. 1 Основного закона, может быть преобразована общественным строем, базирующимся на основных правах человека, и в ней усилена роль индивида. С точки зрения теории основных прав человека такое положение вещей предполагает особую значимость основных прав. Пусть даже они представляют собой объективную шкалу ценностей для всех областей права, их значимость все же различается по тому, на какой юридический уровень поднимаются отношения меж-

ду реально существующими и обладающими притязаниями индивидами, с одной стороны, и организациями, обязанными их выполнять, — с другой. В отношениях между индивидами, т. е. внутри объединения, основные права человека имеют значение лишь постольку, поскольку намечают внешнюю границу для конституционной свободы, вытекающей из автономии личности. Внутри государственных органов права человека в принципе не действуют.

Партии включаются в государственную систему с кругом своих полномочий и обязанностей. Что касается формирования внутренней структуры и внутрипартийного волеобразования, протекающего в ее рамках, то конституционная свобода, основывающаяся на автономии личности, ограничивается с помощью положений Закона о политических партиях, конкретизирующих требование о необходимости демократии внутри них (ст. 21, абз. 1 Основного закона). Основные права могут функционировать в структуре партии только постольку, поскольку сами содержат демократические требования, т. е. являются основополагающими для волеобразования в демократическом государстве. Осуществление прав человека происходит в тех границах, которые требуют выполнения партиями роли инструмента организации процесса политического волеобразования.

Допускается, чтобы партии санкционировали отход отдельных своих членов от партийных решений при сохранении требования их адекватности, предписываемого основными правами человека, и принимали решения о недопустимости членства в конкурирующих организациях, а при несоблюдении этих требований — реагировали целым арсеналом средств, вплоть до исключения из своих рядов.

Объективная ценность отдельных прав человека может создать такое положение, что, например, ст. 4, абз. 1 Основного закона не допускает альтернативы между членством в партии и принадлежностью к той или иной религиозной конфессии. Недопустимо также привлекать к ответственности члена партии за решения, которые ему приходится принимать в сфере своей профессиональной деятельности, даже если такие решения могут иметь большую политическую значимость (например, если он занимает руководящую должность на крупном предприятии).

Внутрипартийная оппозиция и защита прав меньшинства внутри партии находят правовую поддержку постольку, поскольку не затрагивают целостности ее. Подсудность партий третейскому суду охраняется в принципе автономией объединений; она изъята из-под дополнительного контроля государственных судов до тех пор, пока не нарушается минимум позитивных правовых норм, в частности запрет произвола.

Какой же статус придает Основной закон партиям? ФКС признает за ними титул конституционного органа, не причисляя их, однако, к государственным учреждениям. Многие годы ФКС употреблял различные термины, чтобы отразить статус партий в Ос-

новном законе. Сначала преобладали положительные определения, например: «неотъемлемые условия конституционного строя», «интеграционные факторы», «носители политического волеобразования народа», а выполняемые партиями функции назывались «функциями конституционных органов». Вслед за К. Хессе за партиями был закреплен конституционный статус. Такие определения достаточно точны, пока раскрывают реальную деятельность партий, их «единственный в своем роде общественный статус». Они должны воспринимать политические импульсы, а если их кандидаты оказываются избранными, то и претворять в жизнь эти импульсы в государственных органах. Они беспрепятственно оказывают влияние на общественное мнение и даже формируют свое собственное, для претворения которого в жизнь они предлагают себя избирателям. Возможно, такое положение не соответствует первоначальной идее народного суверенитета, однако Основной закон мирится с этим перед лицом периодически повторяющихся выборов.

Конституция заставляет проводить различие между сферой, находясь в которой гражданин переводит политические импульсы партий через выборы в правовые предписания, и государственной сферой, которая эти импульсы получает. Это стержневое конституционное отношение остается нетронутым ни политическими изменениями, ни социологическими премудростями. Потому и перемены в социальной области не могут превратить партии в носителей публичной власти.

Подводя итоги, можно отметить, что конституционные требования, предъявляемые к деятельности партий, не слишком успешно претворяются в политическую действительность, в правовые нормативные акты и конституционное судопроизводство: приходится сдерживать партии в попытках оказания ими влияния на административные органы и в финансовой сфере, требуется перманентная реформа права финансирования партий и самокорректировка судопроизводства по отношению к партиям на местном уровне, градация равенства шансов и обеспечения нормальной деятельности партий. Другой помощи в деле оздоровления партий и преодоления кризисных явлений в них конституционное право оказать не может. Оно справедливо и неизменно исходит из того, что ответственность за состояние общества находится в руках граждан, а не партий. Партийная государственность поэтому является как бы этикеткой положения дел, а гражданское государство — идеалом, с которым партийное государство должно соизмерять свои силы.

III. ДЕМОКРАТИЧЕСКИЕ ВЫБОРЫ И ИЗБИРАТЕЛЬНАЯ СИСТЕМА

1. Демократическое конституционное государство и выборы

Парламентские выборы являются актом, условия и процедура которого регламентируются государством и благодаря которому народ, объявленный в Основном законе началом всей государственной власти, выражает свою волю о составе народного представительства. Это единственный акт, в котором политическая воля народа непосредственно претворяется во властные политические структуры, самый важный и единственный на уровне федерации акт, посредством которого народ может определить, причем в обязательной с точки зрения права форме, государственную волю. Таким образом, выборы представляют собой наиважнейшую связь между организационной сферой государства, с одной стороны, и частной (общественной) сферой — с другой. Их организация решает вопрос о шансах и мере претворения в жизнь существующей и выражаемой политической воли.

Так как организация выборов находится в руках государства, то сам факт избрания народом депутатов еще ничего не говорит о демократическом характере системы. Из числа многих недемократических государств на земном шаре лишь немногие, в большинстве случаев военные диктатуры, полагают, что смогут обойтись без парламента и парламентских выборов.

Необходимость организации выборов государством проистекает не только из того факта, что парламентские выборы, будучи массовым мероприятием, требуют точного определения компетенции, сроков, формальностей и процедуры. Более того, заранее нужно оговорить условия участия в выборах, выдвижения кандидатур, подачи и подсчета голосов, перевода полученных голосов в мандаты, подведения итогов голосования. Все эти условия должны быть определены, чего сам народ как таковой сделать не может. Важнейшие факторы выборов отданы в руки государства, и неудивительно, что оно пользуется этим инструментом, чтобы дать понять народу — первоисточнику государственной власти, что оно думает о нем и его стремлениях. Государственные органы сами решают вопрос о влиянии, оказываемом на них первоисточником воли.

Переводя политическую волю во властные государственные структуры, выборы одновременно дают государственному механизму необходимую демократическую легитимацию. Поскольку они предполагают разделение государства и народа, народ не является конституционным органом в смысле учреждения по улаживанию споров между конституционными органами власти. Между его представителями и другими государственными органами существуют на выборах административно-правовые, а не конституционные отношения. Поэтому недопустимо оказывать на из-

бирателя давление конституционными методами. Он участвует в выборах как гражданин, а не как частичка государственного органа. Выборы создают необходимую демократическую легитимацию, потому что представляют собой всеобщую, затрагивающую весь народ связь его с государственной властью, потому что они организуются иначе, чем любая другая связь, строго следуя точке зрения демократического равенства, и потому что имеют обязательную силу.

Обязательную силу выборы получают не как нечто само собой разумеющееся, а формально благодаря органам, руководящим проведением выборов и получением их результатов. Окончательное персональное замещение места в народном представительстве зависит в каждом отдельном случае, помимо всего прочего, от того, как избранный воспримет свое избрание. Исключение любой стихийности, большое количество людей, которые заняты в органах, руководящих проведением выборов, однозначный их результат и стабильность процедуры позволяют самому акту выборов служить единственным мерилom в этом процессе.

Определяя судьбу каждого отдельного будущего депутата, парламентские выборы в соответствии с непосредственной их целью являются, таким образом, персональными решениями. Однако над привлечением каждого отдельного избирателя к выборам и голосованию за того или иного кандидата доминирует скорее косвенная цель, а именно — стремление получить по возможности большую долю власти в парламенте для собственного политического течения. Поэтому во время парламентских выборов важнейшим является не персональное замещение депутатских мест, а партийный состав парламента, цель — стремление получить большинство мест, а так как в парламентских системах правления наиважнейшей задачей парламента является создание правительства, то выборы — это прежде всего борьба за состав правительства как в землях, так и на уровне федерации.

Что касается правительства, находящегося у власти, то речь может идти или о его смене, или о подтверждении полномочий. Если абсолютное большинство одной партии маловероятно, например на уровне федерации, то существует необходимость как можно раньше раскрыть намерения о создании коалиции. Если же это не держится в тайне или уже перед выборами наметилась победа большинства одной партии, то мотивация в борьбе ограничивается планами на получение по возможности большей доли во властных структурах. В любом случае выборы депутатов превращаются в выбор политического направления для страны.

На задний план этой преобладающей цели неизбежно отступает характер индивидуального выбора кандидатов, а также возможность превратить выборы в принятие решений по отдельным вопросам. Избиратель благоразумно не будет поддерживать чуждое ему политическое направление только потому, что ему не нравится кандидат собственной партии или больше нравится кандидат другой партии. Он также не станет голосовать против

своей партии, если ему не нравятся действия собственного правительства по отдельным вопросам. Попытки активизировать избирателя с целью выразить свое мнение не должны нарушать доминирующую цель выборов. В правовых нормах, действующих на выборах в Бундестаг, эти попытки исчерпываются предложением подачи голосов, которое в полном соответствии с доминирующей целью выборов является, как правило, вотумом политическому направлению, но не вотумом кандидату.

Так как выборы, несмотря на доминирующую их цель, являются определением персонального состава парламента, даже если речь идет о выборах списком, который представляет собой объединение отдельных лиц под знаменем той или иной партии, эти выборы все же остаются общим актом подтверждения старого состава депутатов или обновлением его. Политические партии ограничивают круг избираемых и предопределяют примерно 80% будущих депутатов фактически уже тем, что выдвигают их кандидатуры. Поэтому вполне логично, что избирательные законы и Закон о политических партиях большое значение придают демократической процедуре выдвижения кандидатов.

Одновременно с этим политические партии принимают решение о потенциальном руководящем круге людей в правительстве и парламенте. Так как парламентские статс-секретари обязательно, а министры традиционно являются одновременно депутатами, то свыше 15% членов правительственных фракций относятся к сфере правительства в широком смысле. Руководящий аппарат фракций и Бундестага составляет в маленьких фракциях до 40%, а в больших — 20% их членов. Таким образом, выдвижение кандидатуры и выборы часто решают вопрос о карьере человека в качестве профессионального политика.

Выборы как единственное регулярно повторяющееся напряжение сил политических партий для убеждения народа определяют ритм политической жизни. Ориентируясь на выборы, проводится политика и планируется карьера политиков. Сама эта кампания на протяжении предвыборной борьбы не только мобилизует все политические силы, но и призывает народ занять на выборах определенную политическую позицию.

Голосование является реактивным актом. С этим связан целый ряд ограничений юридических и фактических возможностей. Так, избиратель в правовом отношении ограничен предложением, на которое он не оказывает влияния. Доминирующая цель выборов — влияние на тех, кто сформирует правительство, — сокращает при рациональном ходе событий выбор между тремя или четырьмя партиями; реакция на персональное предложение обычно подчиняется этому выбору. На практике альтернативы фактически ограничиваются еще больше. Избирателю обычно остается выбирать между предложенными политическими направлениями; все другие решения находятся в руках предлагающих.

В большинстве случаев активную роль на выборах играют именно те, кто предлагает кандидатов: они соревнуются в прив-

лечении избирателей. Поскольку государство, организуя выборы и предоставляя для этого материальные средства, оказывает влияние на ход выборов, важным конституционным фактором является вопрос о том, насколько такое влияние нейтрально по отношению к упомянутому соревнованию. Одновременно это означает, что выборы в качестве правового понятия должны включать в себя кроме самой их процедуры и подготовку к ним, т. е. соревнование за привлечение избирателей. Такой подход к феномену выборов имеет смысл в правовом отношении.

Голосуя, избиратели определяют тех, кто будет депутатом в парламенте. Так как кандидаты предлагаются партиями, то одновременно устанавливается доля их участия в замещении депутатских мест и тем самым степень причастности к государственной власти, которая исходит от парламента. Поэтому форма преобразования решений, принятых избирателями, в парламентские мандаты является наиболее важным фактом.

Самое серьезное предварительное решение касается того, будет ли делиться территория, где проводятся выборы, на изолированные замкнутые избирательные округа и будет ли вместе с тем разъединяться единый корпус избирателей, т. е. народ, на ряд изолированных единиц (разъединенный электорат) или мерилom для подсчета голосов и перевода их в мандаты будет служить общий результат на территории проведения выборов (единый электорат). С последним вполне может быть совместимо ее деление на избирательные округа. При едином электорате принцип большинства в качестве мерилa для перевода голосов в мандаты практически исключается, потому что иначе все мандаты перейдут к партии, собравшей наибольшее количество голосов. При разъединенном электорате перевод их в мандаты может происходить как согласно принципу большинства, так и в соответствии с пропорциональным принципом. Если действует второй принцип, то он требует установления распределительного метода, включающего избыточные остатки, так как число голосов одной партии практически никогда не составит кратного идеального частного на выборах (ведь распределяются лишь целые мандаты).

Выборы — самый массовый процесс, который только знает право. Он имеет четыре фазы: учет лиц, имеющих право голоса на выборах; сбор заявок на участие в выборах; подготовка процедуры выборов; организация подсчета голосов, включая определение результатов голосования и окончательное определение избранных. Временные рамки всех четырех фаз строго ограничены, что обеспечивает большую стабильность процесса выборов и влечет за собой определенные последствия для правовой защиты от незаконных процессуальных действий. Так, избирательное право располагает собственной системой защиты избирательного процесса. Выборы гарантируются наряду с подкрепленными уголовным законом запретами также и тем, что проводятся специальными независимыми органами.

Фундаментальное значение парламентских выборов для демо-

кратической системы объясняет влияние Федеральной конституции (в ст. 28, абз. 1) не только на земельные, но и на муниципальные выборы. Основной закон не только ограничивает этим суверенитет земель по одному из важнейших пунктов их собственной организации, но и вмешивается в организацию корпораций земель. Цель вмешательства — обеспечить однородность всех парламентских выборов на уровне федерации, в землях и на местах.

В прошлом на конституционных совещаниях в Веймаре необходимость такой однородности для рейха и земель во всех политических партиях была бесспорным фактом, но и тогда шел жаркий спор о том, следует ли распространять однородность, которая ясно включала в себя установку на пропорциональные выборы, также и на общины, что довольно резко, но безуспешно отвергалось консервативной стороной. В ст. 17 Конституции Веймарской Республики было записано, что политический принцип существования нового государства и его реализация с помощью оформления процесса выборов должен охватывать равным образом и общины ради стабильности системы. Тем самым общины признавались частью организованной сферы государства» Регулирование самоуправления в той части Конституции, которая была посвящена основным правам (ст. 153 Конституции Веймарской Республики), могло пониматься иначе. Только объединив регулирование процессов выборов и самоуправления в одной статье, Основной закон окончательно реализовал это признание.

Конституция устанавливает для выборов в Бундестаг (ст. 39, абз. 2) возраст для активного и пассивного избирательного права, а затем в ст. 39, абз. 1 — время до даты выборов при окончании четырехлетнего легислационного периода или при досрочном роспуске Бундестага. Согласно Основному закону, пять основных принципов — всеобщие, прямые, свободные, равные и тайные выборы, — обязательные в соответствии со ст. 28, абз. 1 Основного закона для выборов в ландтаги и общины, действительны и для выборов в Бундестаг.

В отличие от ст. 17, абз. 1 Конституции Веймарской Республики и, например, от ст. 80 Конституции земли Рейнланд-Пфальц Основной закон ФРГ воздерживается от категоричного определения избирательной системы. Этот вопрос подробно обсуждался в Парламентском совете и привел к принятию важного решения, согласно которому введение в Основной закон такого права было отклонено после жарких дебатов как несовместимое с положением о равных выборах. Парламентский совет сделал из этого выводы в отношении избирательного закона в первый Бундестаг и принял пропорциональную систему выборов, расширенную за счет мажоритарных элементов, без какой-либо оговорки. Тем, что окончательно провозглашенный избирательный закон все же содержит 5%-ную оговорку, мы обязаны вмешательству премьер-министров земель, которые получили поддержку оккупационных держав.

Тогда не было споров по вопросу об установлении федеральной конституцией основных принципов избирательного права для выборов в ландтаги. Можно сказать, что ст. 28, абз. 1 конкретизирует принцип народного представительства в соответствии с принципами выборов в Бундестаг согласно ст. 38 Основного закона. Так как в демократическом государстве вся государственная власть исходит от народа, этот принцип указывает одновременно на сферы необходимой компетенции народного представительства.

Обращение Основного закона к выборам на местном уровне в ст. 28, абз. 1, несмотря на идентичность содержания, имеет большее значение, чем норма о выборах в ландтаги. Включением общин в сферу требований Федеральной конституции об однородности всех уровней признается их значимость как существенной составной части построения государства. Уравнивание в правах народных представительств в округах и общинах с народными представительствами в землях показывает конституционно-правовую равноценность ландтагов и муниципальных представительств с точки зрения однородности требований, к ним предъявляемых.

В общинах вся власть также исходит от народа, и поэтому логично, что и на муниципальные выборы распространяются упомянутые пять принципов избирательного права.

2. Избирательная система и Конституция

Формирование процесса выборов оказывает значительное влияние на возможность избирателей выразить свою волю и на шансы партий выиграть соревнование. Поэтому вопрос о мере свободы законодателя в сфере избирательной системы является чрезвычайно важным для политической жизни. Речь идет о самом значительном разделении властей, которое когда-либо знала демократия. Полная свобода законодателя, а тем самым и соответствующего парламентского большинства устанавливать условия получения власти простым большинством голосов едва ли подошла бы конституционной системе, которая выделяет мысль о демократическом равенстве, как и мысль о предотвращении концентрации власти. Согласно широко распространенному мнению, конституционно-правовые требования к формированию процесса выборов должны меняться в соответствии с решением законодателя в пользу той или иной избирательной системы. Одновременно все они должны со своей стороны порождать требование верности системе.

Часто успокаивают себя традиционным представлением, будто имеются лишь две избирательные системы, а именно — пропорциональная и мажоритарная. Их наличие не вызывает сомнений в конституционно-правовом плане. Но насколько хрупким является упомянутое предположение, выяснилось, когда в период боль-

шой коалиции в ФРГ проверили конституционность введения пропорциональной системы в небольших многомандатных избирательных округах. Не возникло никаких убедительных критериев относительно того, шла ли речь о противоречащей Конституции пропорциональной системе, о системе более мягкой и потому конституционно-мажоритарной, не вызывающей сомнений, или об избирательной системе особого рода, которая, как и мажоритарная, могла бы претендовать на привилегию быть невосприимчивой к конституционным требованиям ценностного равенства голосов. Перед лицом очевидной возможности варьировать процессы выборов по своему усмотрению или изобретать новые вопросы о понятии избирательной системы стал еще более острым.

Дебаты о реформе избирательной системы показали, что технические элементы процесса выборов комбинируются как угодно. Однако процедуры создаются не ради техники, а в первую очередь ради воздействия на результаты выборов. В современных демократических государствах, где партийный состав парламента является доминирующим вопросом о власти, процесс выборов отличается прежде всего мерой подобного воздействия.

Процесс выборов обеспечивает достижение относительно точной пропорции между долями полученных голосов и мандатами для партий, выступающих в качестве конкурентов на выборах. Он гарантирует пропорцию, не ставя ее в зависимость от определенных социологических или географических предпосылок. Таким процессом являются настоящие пропорциональные выборы на всей территории без каких-либо оговорок и без ограничения избирательных округов. Здесь техника и идея проведения выборов идентичны. Величина влияния на вес отдельных голосов избирателей и тем самым на соотношение голосов и мандатов партий стремится к нулю, т. е. это нейтральный процесс. Лишь избиратели влияют на состав парламента, а не сам процесс выборов.

Такую пропорциональность можно исказить более или менее последовательно путем увеличения числа оговорок (при сохранении пропорционального распределения мандатов среди выигравших партий) или посредством деления территории, где проходят выборы, на строго разграниченные многомандатные избирательные округа с соответствующим уменьшением числа мандатов в каждом округе (без гарантии пропорционального распределения общего числа мандатов среди победивших партий) в ущерб, соответственно, более мелким партиям и к выгоде более крупных. Конечным результатом такой техники проведения выборов является мажоритарная система относительного большинства с одномандатными округами.

С появлением политических партий и благодаря осуществляемой ими медиатизации избирательных процессов выборы по принципу относительного большинства в одномандатных избирательных округах превратились из естественной системы отбора делегатов из местных объединений и группировок в парламент в

процесс выборов функционеров для образования большинства. Цель всего этого заключается не в том, чтобы перевести относительное большинство голосов избирателей одной партии в данном избирательном округе в один мандат, а в том, чтобы помочь одной партии получить в парламенте большинство мандатов именно тогда, когда отсутствует большинство голосов, поданных за эту партию.

Диспропорция служит средством, считающимся необходимым, чтобы содействовать одной партии получить большинство в парламенте. Этот путь ведет к сокращению числа партий, пользующихся успехом у избирателей, по возможности до двух. Даже самая незначительная оговорка, если она вообще имеет смысл, исключает некоторые партии из распределения мандатов и таким образом благоприятствует образованию монолитного большинства.

Выборы по большинству голосов противоположны пропорциональным выборам только тогда, когда большинство голосов (относительное или абсолютное), поданных за одну партию, полностью предопределяет состав парламента. Предоставление же всех мандатов самой крупной партии отнюдь не является идеей выборов по мажоритарной системе. Более того, и она исходит из необходимости существования оппозиции и при этом также мыслит категориями соотношения голосов и мандатов.

Выборы по принципу относительного большинства в одномандатных избирательных округах прежде всего неэтичны, как показывает пример Англии. При других процедурах выборов, к которым, не раздумывая, относятся как к мажоритарным, весь эффект ограничивается в большинстве случаев усилением позиций крупной партии за счет ущемления позиций более мелких или даже их полного исключения из процесса выборов. Идеальной процедурой мажоритарных выборов с точки зрения предоставления гарантий завоевания большинства в парламенте одной партии были бы пропорциональные выборы с 10%-ной или 20%-ной оговоркой, исходя из той или иной политической структуры.

В условиях современного парламентаризма, при котором главным итогом выборов является определенная расстановка политических партий в парламенте, процесс выборов подразделяется на целый ряд процессов. Мажоритарные выборы обычного плана являются в этих условиях не самостоятельной системой, а лишь разновидностью процедуры выборов, образующей большинство, которая эффективно действует при делении территории, где проводятся выборы, на замкнутые избирательные округа. Все это неизбежно влечет за собой последствия для конституционно-правовой оценки избирательных процессов и свободы законодателя, творящего избирательное право.

Основной закон в отношении избирательной системы хранит молчание; установление избирательного процесса и его формирование в деталях вменяется в обязанность законодателю (ст. 38, абз. 3 Основного закона). В Парламентском совете не нашлось

большинства, готового выступить за введение мажоритарной системы, и даже полномочие на введение оговорки в случае применения пропорциональных выборов было отклонено из-за возможного нарушения равного для всех избирательного права. Поэтому законодатель в сфере избирательного права находится в том же положении, что и в других. Не имея каких-либо ясных директив, он должен придерживаться в своей деятельности общих установок, которые имеются в Конституции.

Поскольку ФКС вынужден был заниматься исключительно формами пропорциональных выборов, мажоритарная система представляла интерес лишь как основа для гипотетических предположений.

Законодатель, действуя в сфере избирательного права, как и обычный законодатель, связан Конституцией (ст. 20, абз. 3 Основного закона). Так как отсутствует ясно выраженное полномочие для установления определенных избирательных процедур, это касается и выбора одного из них. Если бы из Конституции вытекало, что Бундестаг должен восприниматься как собрание представителей с мест, то отсюда следовало бы полномочие ввести технику нынешней английской мажоритарной системы. Такой процесс пользовался бы иммунитетом против конституционного требования равенства полученных голосов, потому что каждый разрешенный (с точки зрения Конституции) избирательный процесс неизбежно придает юридическую силу связанным с ним ограничениям позиций конституционного права. Но ни оно само, ни конституционная действительность не исходят из идеи местных представительств. Поэтому конституционное оправдание мажоритарной системы исключается. Если же она, как это имеет место в современных демократических государствах, обнаруживает свой истинный смысл в том, чтобы создавать большинство, то решение о ее введении подлежит конституционному контролю так же, как и все другие разновидности образующих большинство избирательных систем, независимо от того, какая техника выборов применяется.

Самая серьезная конституционная обязанность законодателя в сфере избирательного права проистекает в условиях современных демократических государств из требования организации равных выборов. Равенство сегодня является самым политизированным из пяти избирательных принципов, потому что непосредственно нацелено на характер выборов как способ разделения властей. Равные выборы служат также практически наиважнейшим конституционным принципом для формирования процедуры выборов. Тем не менее за законодателем при оформлении выборов остается значительное поле деятельности. Объем и границы ее можно прокомментировать на примере избирательного права, действующего на выборах в Бундестаг, с его системой двух голосов. С помощью выдвижения кандидатов по избирательным округам для пропорционального распределения мандатов по системе двух голосов мажоритарные выборы лишаются своего главного свойства

и делается попытка использовать лишь эффект персонификации выборов.

Ни в одной системе законодательства парламентское большинство не заинтересовано в чем-либо столь сильно, как в законе избирательном, поскольку речь идет об основах его существования в качестве большинства. Вот почему законодательство о выборах воспринимается на уровне федерации и земель как постоянная попытка обеспечить законным путем собственные преимущества. Если принять все это во внимание и полностью использовать положения Конституции, то есть основания думать, что ФКС строже подойдет к пересмотру избирательного законодательства. Суд должен рассматривать себя как стража честного политического процесса завоевания власти и его осуществления строго в рамках закона. Поэтому он призван с особой тщательностью толковать Конституцию в части ограничений соревновательного процесса и различного рода дискриминационных мер и последовательно применять ее по отношению к законодателю, творящему избирательное право.

ФКС в принципе признает это, твердо следуя принципу равных выборов. Однако в частностях имеются достойные сожаления отклонения от этой позиции.

3. Основные принципы выборов

а) Всеобщие выборы

Принципы всеобщих, прямых и тайных выборов составляют единое целое уже в силу истории своего возникновения и благодаря их политическому значению. Всеобщие выборы нужны, чтобы предотвратить отстранение каких-либо частей населения от использования активного (а значит, и пассивного) избирательного права. Они предшествовали равным выборам и предвосхитили некоторые из их требований. Эта функция стала излишней после того, как в Конституцию в явно выраженной форме было включено требование равных выборов. Сегодня всеобщие выборы должны снова ограничиться своей первоначальной функцией: предотвращать дискриминацию при получении избирательных прав.

По своей природе это требование носит динамичный характер. Оно ведет к постоянному и все более широкому избирательному праву и одновременно ограничивается основными представлениями о том, кто вообще может фигурировать как имеющий избирательные права. Так, например, в 1848—1849 гг. при обсуждении Национальным собранием вопросов избирательной системы не подлежало сомнению, что женщинам не нужно предоставлять избирательное право. Право на голосование женщинам было дано в Германии по справедливости только в 1918 г., с тех пор оно защищено конституционным принципом всеобщих выборов. По существу, этот принцип выборов уже реализован сегодня; проблемы касаются лишь трех областей: ограничений на основе

личных качеств, прав немцев за границей и избирательного права иностранцев в ФРГ. Толкование должно ориентироваться на то, что принцип всеобщих выборов действует строго формально и может быть ограничен лишь в силу необходимости.

Исключение лиц из сферы активного избирательного права на основании уголовных приговоров сохранилось с 1848 г., хотя его применение и сужалась во все большей степени. Поскольку активное избирательное право является собственно политическим основным правом, отказ в нем на основании уголовного осуждения не выдерживает критики. Нормы Уголовного кодекса, а также § 13 Федерального закона о выборах противоречат Конституции. Напротив, случаи, подпадающие под § 13 упомянутого закона, зависящие от умственной неполноценности, являются столь же корректными, как и зависимость права участия в выборах от определенного возраста, так как демократия предполагает способность личности к ответственным самостоятельным действиям.

Относительно немцев за границей Закон от 8 марта 1985 г. распространил избирательное право на служащих государственных органов, живущих за границей, на немцев в ЕЭС, если они жили хотя бы три месяца после вступления в силу Основного закона в сфере действия Федерального закона о выборах, а также на всех других немцев, живущих за границей, если только они живут там не больше 10 лет.

Избирательное право для иностранцев исключается автоматически и не может опираться на принцип всеобщности выборов, поскольку народ (ст. 20, абз. 2; ст. 28 абз. 1 Основного закона) идентичен общности граждан государства. Хотя это часто утверждается, мало кто задается мыслью, что § 12, абз. 1 Федерального закона о выборах еще в 1987 г. не признал гражданство исключительным критерием для наличия у человека избирательного права. Отнесение к немцам в смысле ст. 116, абз. 1 Основного закона происходит как раз в отношении не граждан и даже лиц, не принадлежащих к немецкому народу (в лице супруга или потомка беженца или изгнанника немецкой национальности). Противоположное мнение отделяет народ от государственной принадлежности лиц и может усматривать во всеобщности выборов требование на допуск к выборам и тех, кто продолжительное время зарабатывает себе на жизнь в Федеративной Республике и связан с нею общностью судебных и совместной с ее гражданами жизнью. Обе позиции выходят за рамки Конституции. Уже указывалось, что, хотя принцип всеобщности выборов и носит динамичный характер, он служит при этом лишь движущим средством конституционно-политической аргументации, но не основанием для претензий в том случае, если речь идет о расширении избирательного права на какую-либо часть населения, которая до сего времени непредумышленно выпадала из поля зрения законодателя при предоставлении избирательного права. Избирательное право для иностранцев могло бы быть введено через изменение избирательного закона, но лишь в том случае, если требования Конституции

не предполагают в явно выраженной форме наличия немецкой принадлежности у лиц.

Пассивное избирательное право, т. е. возможность быть избранным, также защищено принципом всеобщности. Поскольку Федеральный закон о выборах распространяет возможность быть избранным за рамки активного избирательного права, то и конституционно-правовых возражений на этот счет не существует.

Однако одновременно возможность быть избранным, относительно которой ст. 38, абз. 2 Основного закона регулирует лишь возраст, ограничивается законом значительно сильнее, нежели активное избирательное право. Так, в § 15, абз. 1 Федерального закона о выборах предполагается, что то или иное лицо минимум год должно быть немцем по смыслу Основного закона. В таком регулировании проблемы трудно увидеть разумный смысл. Явно мотивированным лишь с точки зрения сохранения престижа парламента является еще более далеко идущее лишение пассивного избирательного права согласно § 15, абз. 2 Федерального закона о выборах. Он предусматривает лишение пассивного избирательного права на срок от двух до пяти лет и предоставляет судье эту возможность (§ 45 Уголовного кодекса). Эти нормы не выдерживают критики с конституционно-правовой точки зрения.

Благодаря решению законодателя в пользу пропорционального избирательного права и, таким образом, в пользу описки как важнейшего способа выдвижения кандидатов в общем сознании сильнее, чем ранее, укоренился тот факт, что в качестве третьего основного права при выборах должно рассматриваться право выдвижения кандидатов. Федеральный закон о выборах ограничивает право выдвижения списка кандидатов лишь партиями; в отношении выдвижения кандидатов по избирательному округу, т. е. будущих обладателей прямых мандатов, которые должны избираться первым голосом, правом на выдвижение обладают также любые 200 избирателей, имеющих избирательное право (§ 18, абз. 1; § 20, абз. 3 Федерального закона о выборах).

Привилегированное положение политических партий справедливо, так как ст. 21 Основного закона превращает их в важнейших участников политического волеобразования, а ст. 21, абз. 1 Основного закона делает их неотъемлемой частью демократического строя.

б) Прямые выборы

Прямые выборы были реализованы на практике вместе с принципом всеобщих выборов уже в 1848 г. Главной целью при этом было упразднение выборщиков, которые, в свою очередь, избирали депутатов. Непрямая модель выборов рассматривалась консервативным крылом на совещаниях Национального собрания как смягчение всеобщего избирательного права, введение которого уже невозможно было предотвратить. Но большинство выступило за прямые выборы после того, как было принято решение в поль-

зу всеобщих выборов. Такой принцип является сегодня неоспоримым.

Суть этого принципа в том, что правом принятия решения о предоставлении мандата обладает только избиратель. Исключением является сам избираемый, который обладает свободой решения о принятии мандата. Проблематичным является лишь § 48, абз. 1 Федерального закона о выборах, согласно которому при освобождении места в парламенте и его заполнении из земельного списка не принимаются во внимание мандаты, выбывшие из партии после формирования этого списка. Утверждается, что партийная принадлежность является как бы объективным качеством, которым должен обладать кандидат, чтобы иметь возможность войти в парламент, хотя ФКС объявил это положение совместимым с прямыми выборами, что существенно укрепляет положение партий. Выход из партии может расцениваться как отказ от мандата: таким образом, принцип непосредственности выборов оказывается действенным лишь в отношении членов партий. Еще более сложной является ситуация, когда депутат исключается из партии. Хотя исключение возможно лишь в рамках исполнения § 10, абз. 4 и 5 Закона о партиях, решение третьей стороны о том, кто же станет депутатом, является в этом случае весьма важным. Столь же проблематичен § 48, абз. 1 Федерального закона о выборах в случае раскола в партии и образования новой.

Жесткий список как таковой является с правовой точки зрения совместимым с принципом прямых выборов, формально это едва ли оспоримо, однако свободный или ограниченно свободный список скорее отвечал бы данному принципу, тем более что избиратель узнает о том, какие лица внесены в список в качестве кандидатов, не из избирательного бюллетеня, а только из официального оповещения.

в) Тайные выборы

Еще более спорными, чем прямые, в контексте принципа всеобщих выборов казались в 1848 г. тайные выборы. Распространение избирательного права на трудящихся сделало правых сторонниками открытых выборов, а левых, напротив, сторонниками тайного голосования, позволявшего им утвердить свое преимущество.

Сегодня такие выборы должны исключать всякое социальное давление на избирателя. Единственный смысл тайного голосования — обеспечение свободных выборов. Поскольку сегодня социальный нажим может оказывать любая сторона, политическая выгода должна распределяться равномерно. Защитная функция тайных выборов, направленная на обеспечение свободы, определяет их значение. Это не только право избирателя, но и объективный принцип самих выборов и, следовательно, в такой же степени — обязанность избирателя. Требуется, чтобы голосование избирателя не могло быть прослежено, а также позднее реконструировано с целью выявления того, кто как голосовал. Этот вопрос в любом случае остается в ведении самого избирателя.

Исключения из тайных выборов допускаются лишь в пользу носителя самого избирательного права. Так, инвалид может прибегать к помощи доверенного лица. С точки зрения тайны выборов проблематичным является голосование по почте, так как оно не обеспечивает никакой гарантированной властями защиты тайны. ФКС тем не менее допускает их, настоятельно предлагая при этом улучшение процедуры.

Как и в отношении других принципов выборов, для защиты тайного голосования принимаются превентивные меры. В частности, ФКС именно с этой точки зрения оценил сбор подписей в качестве предпосылки для выдвижения кандидатов. Первоначально он оставлял открытой возможность распространения данного принципа на этап подготовки к выборам, а позднее усмотрел в сборе подписей нарушение принципа тайных выборов, которое, однако, признал допустимым в том же объеме, что и нарушение этой процедурой принципа равенства.

г) Свобода выбора

Это требование появилось в немецком конституционном праве лишь в 1918 г. ФКС определил его суть как свойство, имманентно присущее принципу демократии, и как неотъемлемое требование демократической легитимации избранных. Оно касается прежде всего свободной реализации воли во время выборов, которая обеспечивается тайным их характером. В противоположность этому чрезвычайно проблематичным является второй аспект, а именно защита свободного волеобразования. Поскольку выборы — итог чрезвычайно интенсивного соревнования политических партий за избирателей и одновременно конечный пункт продолжительного коммуникативного прессинга, в котором участвуют различные средства массовой информации, церковные организации, общественные объединения, а также неограниченное число отдельных лиц, и поскольку таким образом предпринимаются попытки оказать влияние на волеизъявление избирателя допустимыми средствами, возникает необходимость установления критерия противоправности для разграничения допустимого и недопустимого влияния с целью достижения определенного исхода выборов.

При этом необходимо различать государственное и негосударственное, официальное и неофициальное воздействие. Официальные учреждения должны воздерживаться от такого влияния. ФКС справедливо назвал противоправной идею, согласно которой государственная власть, которая должна быть узаконена через выборы, вправе оказывать влияние на свою легитимацию, что в ходе конкурентной борьбы может нанести ущерб оппозиционной партии. Однако поскольку видные участники предвыборной борьбы являются высокопоставленными представителями правительственных кругов и как таковые не должны отрицать свой правительственный статус и поскольку деятельность Правительства не может быть прекращена на время предвыборной борьбы, остается широ-

кое пространство для допустимого официального воздействия на выборы, а значит — и определенная привилегия официального положения.

Решающим критерием здесь является использование государственных средств. Относительно этой комплексной проблемы ФКС принял решение, имеющее значение в равной степени и для земельного, и для коммунального уровня. Но вместо того, чтобы разрубить gordiev узел, суд его еще сильнее затянул; с трудом определимые различия не удастся провести в пылу предвыборной борьбы, как этого требует суд. Лучше строжайшим образом запретить Правительству проводить работу с общественностью на срок от двух до трех месяцев перед выборами, за исключением чрезвычайных ситуаций (например, подобных Чернобылю), чем провоцировать правовые разбирательства во время каждых следующих выборов.

Еще труднее установить критерии недопустимого воздействия с неофициальной стороны. Так как партии не обладают монополией на политическое волеобразование и в условиях демократии каждый призван пользоваться демократическими свободами, вывод о противоправности может быть сделан лишь исходя из специфики оказываемого влияния. Чрезвычайно размытыми являются границы социальных центров власти, таких, например, как церковь и профсоюзы, промышленные союзы и отдельные предприятия. Возможность оказывать влияние гарантируется ст. 5 и 9 Основного закона и может вызывать сомнения лишь в том случае, если аргументация оказывает социальное давление, которого трудно избежать. Сказанное распространяется и на частных лиц. В этой связи ФКС благодаря своим систематическим некорректным решениям упустил шанс для повышения политической культуры и установления рамок разрешенной, пусть и жесткой, предвыборной борьбы, не охарактеризовав как явно недопустимый прием неприкрытые угрозы увольнения или проволочек при предоставлении места учителям, что, конечно, повлияло на исход выборов.

ФКС оставил открытым вопрос, представляют ли собой мелкие предвыборные взносы в пользу партии и кандидата недопустимое воздействие на исход выборов, указав только на незначительное влияние подобных действий на результаты выборов, упустив, однако, из виду, что иногда все могут решить единичные голоса.

Частной прессе разрешается занимать одностороннюю позицию в предвыборной борьбе, даже если она обладает в данном регионе монопольным положением. Однако отказ поместить объявление определенного кандидата при монопольном положении прессы может, напротив, рассматриваться как нарушение свободы выборов.

ФКС отнес выдвижение кандидатов, выступающих вне политических партий, к свободе выборов. Он сослался при этом лишь на малую вероятность выдвижения свободного кандидата по избирательному округу. ФКС отклонил резкую критику жесткого описки с точки зрения свободы выборов и вместе с тем указал, что тре-

бование свободного выдвижения кандидатов и доказательство такого выдвижения служат предпосылкой свободных выборов. Свободные выборы требуют также предоставления более чем одного списка, чтобы избиратель имел возможность реального выбора. Это стало, однако, строгим правилом лишь для коммунального уровня.

д) Равные выборы,

Требование равенства является сегодня в политическом отношении самым щекотливым и проблематичным принципом выборов. В немецкое конституционное право он попал лишь в 1918 г.; до этого он всплывал в контексте принципов справедливости, защиты прав меньшинств или всеобщности избирательного права. После того как в основном достигнутыми оказались цели всеобщих, прямых и тайных выборов, а конфликты по поводу свободы выборов стали оказывать лишь второстепенное политическое воздействие, начала доминировать борьба за равное избирательное право. Оно, как и другие основные принципы выборов, непосредственно касается борьбы политических партий за власть, причем итоги изменения порядка соревнования между партиями можно оценить в отношении одной, отдельно взятой партии с большей вероятностью, чем в случае с другими принципами выборов. В этом отношении у законодателя нигде так не связаны руки, как в вопросе о равенстве выборов.

Равенство фундаментальным образом связано с идеей также демократически. К политическим правам всех людей необходимо подходить строго одинаково независимо от их личных качеств. Только так государство обретает законное право дифференциации граждан в конкретных случаях, например в отношении прогрессивных налогов. Федеральный конституционный суд постоянно подчеркивал в своих решениях связь равных выборов с принципом демократии и вытекающее отсюда строгое применение принципа равенства выборов, однако, как это будет показано ниже, временами он упускал это из виду. Таким образом, спорным является не принцип, а скорее его безоговорочное применение, точнее говоря, допустимость ограничения.

Никакой другой конкретной областью суд не занимался больше, чем избирательным правом, а в нем — равенством выборов. Это подтверждает политическую деликатность проблемы. Следует иметь в виду относительный характер двух формул ФКС, которые сами предполагают релятивное воздействие: принципы избирательного права не могут быть реализованы в чистом виде; они взаимно ограничивают друг друга. Первое положение не учитывает того, что равенство выборов является не только принципом, но и правом, расцениваемым как близкое к основополагающим правам, и защищается посредством конституционной жалобы по ст. 93, абз. 1 Основного Закона; в качестве права оно должно испытывать лишь те ограничения, которые неизбежно связаны с характером выборов. Второе положение верно лишь тогда, когда

в конкретном случае возникает фактически неустранимая коллизия между двумя или более основными принципами избирательного права. В таком случае законодательно надлежит принять решение о преимущественном значении одного из принципов.

Область применения конституционного принципа равных выборов расширялась непрерывно. Все права и правовые отношения, являвшиеся конституционными для института выборов, подчиняются требованию равенства. Центральную роль в процессе выборов играют те, кто обладает основными правами: избиратель, кандидат в депутаты и лицо или лица, обладающие правом на выдвижение кандидата. Во время выборов все они находятся в состоянии конкуренции, и государство обязано подходить к ним при этом строго одинаково. В отношении избирателя должно гарантироваться, в частности, его право на одинаковое обращение с его голосом при реализации в конкретных мандатах, что, собственно, и является целью выборов. Применительно к кандидату должно также гарантироваться право на одинаковое обращение при распределении мандатов; в отношении лиц, имеющих право на выдвижение кандидатов, необходимо гарантировать право на одинаковое обращение при оформлении и признании права на избирательную инициативу. Справедливо, что сфера действия равенства при выборах была распространена также на предвыборную агитацию. Федеральный конституционный суд распространил равенство выборов во временном аспекте за рамки собственно выборов, а именно на возмещение расходов по предвыборной борьбе и на борьбу партий за пожертвования. При этом он говорит о равенстве шансов вместо равенства в предвыборной борьбе.

е) Пятипроцентная ограничительная оговорка

Самым серьезным вторжением в конституционное право на равные выборы является 5%-ная оговорка, предусмотренная § 6, абз. 6 Федерального закона о выборах. Она исключает из процесса распределения мест те партии, которые не получили минимума в 5% действительных вторых голосов на всей территории, где проводятся выборы. Это означает, что до 1,8 млн. голосов могут оказаться не имеющими значения, что соответствует 25 мандатам в Бундестаг.

Федеральный конституционный суд рассматривает оговорку как допустимую. Юридическое толкование ее является, однако, противоречивым. Тонкость в подходе, которая присутствовала первоначально, все более уступала место доктринерскому подходу, нашедшему свое кульминационное выражение в постановлении относительно Европейского закона о выборах. Не вызывает удивления в этой связи, что критика чисто юридического толкования нарастает.

Первое решение по данному вопросу, которое в большой степени определялось памятью о выборах в Веймарской Республике, диктовалось необходимостью предотвращения опасности возник-

новения парламента, не способного к действиям, и затрагивало вторую тему—«опасность партийного дробления», которая, строго говоря, не должна быть заботой законодателя.

Ограничительная оговорка не предотвращает того, что «осколочные» партии участвуют в выборах. Существует немало партий, которые, несмотря на 5%-ную оговорку, участвуют в выборах, и ФКС в своем решении о возмещении расходов по предвыборной борьбе признал, указав уровень в 0,5% полученных голосов, основанием для такого возмещения, что именно эта цифра является границей серьезности политического участия в выборах.

Если сделать обзор всех правовых решений по данному вопросу, то единственным серьезным аргументом выглядит защита функциональной способности парламента. Это настолько большая ценность, что общие правовые соображения позволяют рассматривать ее как оправдывающую причину для нарушения принципа равенства выборов. Является ли эта причина императивной, должно зависеть от реального анализа обстоятельств, провести который весьма уместно после 40 лет вынесения различных правовых решений относительно этой оговорки. Такой анализ должен был бы учесть также и то, что, несмотря на 5%-ный барьер, «осколочные» вновь и вновь принимают участие в выборах. При проведении такого анализа следовало бы принять во внимание, что до сих пор ни разу не произошло раскола больших партий, чего не могла бы предотвратить и 5%-ная оговорка; значит, устойчивость больших партий гарантируют в большой мере другие факторы, нежели избирательное право. Анализ должен был бы также учесть стремительное сужение партийного спектра с 1949 г., а как итог — трудность основания какой-либо новой партии с претензией на реальное участие в большой политике. Все это не должно было привести к отмене ограничительной оговорки, но могло привести к определенному изменению высоты барьера.

ж) Основной мандат и избыточные мандаты.

Если сохранение работоспособности парламента — единственная легитимация ограничительной оговорки и если эта работоспособность может оказаться под угрозой в результате прихода в парламент «осколочных» партий, то § 6, абз. 6 Федерального закона о выборах становится ущербным в конституционно-правовом отношении, допуская завоевание трех прямых мандатов в качестве альтернативы для преодоления 5%-ной оговорки. То что прямой мандат сохраняется, отвечает логике выборной процедуры, предусматривающей систему двух голосов и прямые выборы кандидатов по избирательному округу. Почему, однако, получение трех прямых мандатов, т. е. концентрация сторонников какой-либо партии в трех округах, должно оправдывать реализацию в конкретных местах формирования законодательных органов в интересах остальных ее сторонников, рассеянных по всей территории, где проводятся выборы, остается неясным. Предположение, что

партии, имеющие в качестве своих оплотов целые регионы, не могут при этом быть «осколочными», ничем не оправдано. Большинство тех, кто вообще занимается данной проблемой, — а оговорка так и осталась нереализованной за 30 лет своего существования, — исходят из того, что она противоречит Конституции. Попытка какой-либо крупной партии использовать оговорку, предоставив надежные избирательные округа некоей «осколочной» партии, чтобы организовать тандем, должна терпеть крах согласно постановлению ФКС. Таким образом, теряется всякий смысл оговорки и она должна быть снята.

Согласно § 1 Федерального закона о выборах, половина депутатов избирается напрямую в избирательных округах, а остальные — по спискам в землях, но, согласно § 6, абз. 4 того же закона, мандаты, полученные прямым голосованием, засчитываются в число мандатов, которые должна получить каждая партия согласно величине своей доли во вторых голосах. Какая-либо партия может получить в одной из земель больше прямых мандатов, чем ей полагается то числу ее вторых голосов. Согласно § 6, абз. 5 Федерального закона о выборах, парламент увеличивается в таком случае на число упомянутых мандатов (это так называемые избыточные мандаты), а партия в этом случае получает количество мандатов сверх пропорции.

Для подобного нарушения равенства выборов нет никакой оправдывающей причины. Основание появилось бы, если бы нарушение возникло как необходимое следствие допустимой комбинации пропорциональных выборов и выборов из отдельных кандидатур. Формулируя § 7, абз. 1 Федерального закона о выборах, законодатель исходил главным образом из того, чтобы не ограничивать действие вторых голосов лишь отдельными землями. Параграф 7, абз. 1 Федерального закона о выборах провозглашает правилом объединение земельных списков одной партии в единый федеральный описок для распределения мандатов. При расчете пропорции и распределении мандатов для каждой партии действительными являются вторые голоса, полученные ею на территории всей Федеративной Республики. К примеру, бременские вторые голоса СвДП могут таким образом помочь заполнению кворума баварского списка мандатов той же партии. Так как действие института объединения списков соответствует самой системе выборов и к тому же позволяет предотвратить получение любого избыточного мандата, то нарушение равенства посредством избыточного мандата выступает как результат неоправданного противопоставления этого правила самой системе. Уже поэтому § 7 нарушает основной принцип равенства выборов (ст. 38, абз. 1 Основного закона) и, таким образом, является юридически несостоятельным. Изменение § 7 принесло бы с собой не только исправление указанной несообразности, но довольно существенным образом уменьшило бы также значение для равенства выборов не всегда простого деления территории на избирательные округа.

4. Избирательная система и процедура выборов

а) Выборы в Бундестаг как пропорциональные выборы

Избирательная система для выборов в Бундестаг является пропорциональной. Она исходит из того, что выступающие в качестве конкурентов политические партии получают столько мандатов, сколько им полагается в соответствии с пропорцией полученных ими на всей территории выборов вторых голосов. Общее количество подлежащих раздаче мандатов фиксировано. Такая в общем совершенно обычная пропорциональная система содержит в себе особое требование сформировать большинство с учетом 5%-ной оговорки. Так как пропорция рассчитывается исключительно по вторым голосам, то они и определяют суть избирательной системы.

Законодательная техника, предусмотренная федеральным законом о выборах, однако, скорее скрывает, чем демонстрирует относительно простую основу избирательной системы. Вероятно, можно утверждать, что обычный гражданин либо с большим усилием может, либо вообще не способен понять при чтении решающих в этом аспекте § 1, 4 и 5 и в особенности § 6 и 7 Федерального закона о выборах, как же осуществляется конкретно процедура выборов.

Если оставить в стороне частично столь же нереальные, сколь и вводящие в заблуждение нормы на отдельные и чрезвычайные случаи, то эта процедура будет выглядеть следующим образом. Для распределения мест подсчитываются все вторые голоса по всем земельным опискам. Из дальнейшего распределения выбывают все партии, не набравшие минимум 5% голосов на всей территории выборов. Голоса распределяются между оставшимися партиями пропорционально вычисленному таким образом общему числу их вторых голосов.

Распределение происходит следующим образом: сумма вторых голосов всех партий делится на число мест в парламенте. Полученный результат есть избирательное частное, т. е. число вторых голосов, необходимое для получения одного места. Каждая партия получает столько мест, сколько раз избирательное частное содержится в общем количестве поданных за нее голосов. Так как в результате такого подсчета у каждой партии появляются остаточные голоса и, следовательно, не все места могут быть распределены, то распределение остаточных мест происходит по порядку наибольших долей чисел, которые при таком подсчете приходятся на ту или иную партию (§ 6, абз. 2 Федерального закона о выборах). После этой процедуры все места оказываются распределенными и устанавливается, на сколько мест может рассчитывать каждая партия. Предназначение пропорциональных выборов, предполагающих, что каждая партия должна получить долю мест в парламенте пропорционально полученным ею голосам, оказывается, таким образом, выполненным.

Так как § 7, абз. 1 Федерального закона о выборах утвердил объединенные земельные описки лишь для того, чтобы использовать все голоса на территории федеральных выборов и не допустить появления не поддающихся оценке остаточных голосов в каждой из земель, необходим обратный пересчет мест, полагающихся суммарно каждой партии, на отдельные земельные ее списки. Он происходит, согласно § 7, абз. 3 Федерального закона о выборах, тем же способом, который был описан выше (в случае распределения мест между партиями).

Однако после этого остается еще нерешенным вопрос, кто именно войдет в парламент от каждой партии. В этом состоит примечательная особенность системы выборов в ФРГ. Каждый избиратель обладает наряду с правом второго голоса еще и правом первого голоса, с помощью которого он избирает депутата по данному округу (§ 4 Федерального закона о выборах). Избранным по округу является тот, кто собрал больше всего голосов (§ 5 Федерального закона о выборах). Половина мест занимает, таким образом, кандидатами, преуспевшими в избирательных округах (§ 1, абз. 2 Федерального закона о выборах). Граждане не избирают одну половину депутатов по пропорциональному принципу, а вторую — по мажоритарному; комбинация первых и вторых голосов имеет целью принять решение по конкретным лицам, не нарушая пропорций между партиями, определяемых через вторые голоса. Можно сказать, что мы имеем дело теоретически с сочетанием пропорциональной системы и менее важного элемента мажоритарных выборов, так называемого выбора конкретных лиц.

Технически это достигается тем, что, согласно § 6, абз. 4 Федерального закона о выборах, число мандатов по избирательным округам, полученных партией в одной федеральной земле, вычитается из числа мест, которые полагаются данной партии в этой земле согласно пропорции ее вторых голосов. Остающиеся места занимаются согласно соответствующему земельному списку в установленной там последовательности (§ 6, абз. 4 Федерального закона о выборах).

Если § 1, абз. 2 Федерального закона о выборах говорит, что половина депутатов избирается путем выдвижения по округам, а другая — по спискам, то § 4—6 того же закона показывает, что это распределение действует не в отношении каждой партии, а лишь в отношении формирования парламента как такового. Какая-нибудь партия может, таким образом, получить больше 50;% причитающихся ей мест в парламенте в виде прямых мандатов и, соответственно, меньше мандатов по спискам, и наоборот. Соотношение это может существенно колебаться в различных землях.

Если обращаться к нерегулярным и либо чрезвычайно маловероятным, либо противоречащим Конституции вариантам, то § 6, абз. 1 Федерального закона о выборах предусматривает возможность, открываемую § 18, абз. 1, и § 20, абз. 3 того же закона и

предусматривающую, что кандидат по округу выдвигается не партией, а имеющими избирательные права гражданами, или что партия предлагает кандидата по данному округу, но не земельный список. Параграф 6 абз. 1 Федерального закона о выборах регулирует только, что делать, если в подобном случае кандидат по округу выигрывает. Лишь до консолидации политических партий во время выборов 1949 г. подобные кандидаты по округам имели успех; с тех пор этого больше никогда не происходило. Вторым чрезвычайно маловероятным является случай, когда при распределении мест по спискам две или более партии имеют одинаковые доли голосов. Тогда как обычно в избирательном праве вопрос решает жеребьевка (§ 6, абз. 2 Федерального закона о выборах). Если объединенный список партии получает более половины вторых голосов, а описанная выше нормальная процедура распределения приводит в результате к тому, что этот список получает не более половины мест (что возможно, так как подсчет производится в пропорциях и сравниваются, таким образом, массы голосов различных партий друг с другом), тогда независимо от доли числа голосов этому списку отдается первое оставшееся место (§ 6, абз. 3 Федерального закона о выборах); таким образом, процедура распределения мест проводится заново. То что земельный список будет содержать меньше кандидатов, чем приходится на него мандатов по числу голосов, маловероятно. В подобном случае места остаются незанятыми (§ 6, абз. 4 Федерального закона о выборах), а парламент имеет тогда меньше положенного числа депутатов.

Последний нерегулярный случай — содержащаяся в § 6, абз. 5 Федерального закона о выборах возможность так называемых избыточных мандатов. Так бывает, когда на земельный список одной партии (после распределения мандатов по спискам) приходится меньше мандатов, чем партия получила напрямую в той же земле. Это вероятно лишь в маленьких землях. Например, если СДПГ получит в Бремене большинство прямых мандатов, то доля ее вторых голосов составит лишь около 40%. Избыточный мандат увеличивает число депутатов в парламенте и потому порождает диспропорцию.

б) «Расщепление» голосов и выборы конкретных лиц

Обычно избиратель отдает первый голос тому кандидату по округу, для партии которого он приберегает второй голос по списку. Он может, однако, отдать первый голос кандидату по округу от другой партии. Это называется шплиттингом голосов. С ним бывают связаны, как правило, напрасные ожидания. Согласно описанному выше влиянию механизма первых и вторых голосов на заполнение мест в парламенте, оказывается, что успешный шплиттинг, т. е. такой, который ведет к победе в округе кандидата чужой партии, оттесняет последнего кандидата по спискам той партии, которая другим путем провела своего депутата в парла-

мент. Так как избиратель не может знать, кто именно этот кандидат, то влияние шплиттинга тоже остается ему неизвестным.

Несмотря на такое действие шплиттинга голосов, он пользуется большой популярностью у маленьких партий на решающем этапе предвыборной борьбы. К большому возмущению крупных партий избирателю регулярно внушают, что за них надо отдать первый голос, а второй «подарить» маленьким партиям. В частности, СвДП явно пользуется успехом, используя такую возможность агитации после выборов в ландтаги в Гессене в Рейнланд-Пфальце в 1987 г.

Техника шплиттинга голосов становится очень ясной, если понять ее хорошо один раз. Вполне реальной становится возможность доведения с ее помощью избирательной системы до абсурда. Если, например, СвДП и ХДС достигли бы соглашения о том, что вторая партия не выставит никаких кандидатов по избирательным округам и убедит при этом своих избирателей в надежных округах голосовать за кандидатов от СвДП, и если последняя в качестве ответного шага порекомендует своим избирателям ни в коем случае не голосовать по земельному списку СвДП, а только в пользу земельного списка ХДС, то в случае следования избирателей подобным рекомендациям это привело бы к появлению большого количества избыточных мандатов в пользу СвДП и к усилению избирательного потенциала ХДС благодаря вторым голосам избирателей — сторонников СвДП. Сторонники обеих партий существенно -усилили бы вес своих голосов, используя их шплиттинг. Хотя подобное мероприятие вообще не могло бы быть реализовано в тайне (при широкомасштабном использовании печати), в правовом отношении его все же следует предотвратить как злоупотребление возможностями избирательной системы.

Вопрос о ценности системы двух голосов на сегодня остается открытым. Как способ отбора кандидатов она себя не оправдала, так как абсолютно доминируют партийные либо коалиционно-тактические соображения. Единственный четкий смысл, который она сегодня еще имеет, состоит в том, что выдвижение кандидатов и решение о них, а значит, и относительно персонального состава парламента, децентрализованы. В то время как земельные списки составляются земельными организациями, кандидаты по избирательным округам выдвигаются окружными организациями политических партий, что дает гораздо большую возможность новым поколениям политиков или отдельным инакомыслящим пробиться внутри своей партии. Этих преимуществ можно было бы достичь, однако не через систему двух голосов, а через влияние окружной избирательной организации партии на список или автоматически — благодаря упразднению института второго голоса. Если ФКС и подчеркивает представительство избирательного округа в парламенте, то оно не обязательно зависит от системы двух голосов; кроме того, суд упускает из виду, что кандидаты по спискам являются, как правило, одновременно кандидатами по избирательным округам, но находящимися в менее выгодном по-

ложении. Опыт системы двух голосов говорит скорее за ее упразднение и уж во всяком случае не в пользу ее дальнейшего развития.

в) Процедура выборов в узком смысле

Определение дня выборов согласно § 16 Федерального закона о выборах является прерогативой Федерального президента. Его решение об этом требует второй подписи по смыслу ст. 58 Основного закона. Статья 39 абз. 1 Основного закона указывает сроки, заключающие выборы в определенные рамки в случае как регулярного, так и нерегулярного окончания избирательного периода. В отличие от Англии в ФРГ возможность Правительства проводить свою политику манипулируя сроками выборов ограничена.

Из четырех фаз выборов как) массового мероприятия (организации имеющих право голоса, предвыборной агитации, акта выборов и установления его результатов) первая фаза предполагает наличие описки избирателей, извещение имеющих право голоса и внесение возможных поправок в описок избирателей (§ 17, 19, 23 Положения о порядке федеральных выборов). Список избирателей закрывается за 1—3 дня до выборов и является затем основополагающим для реализации права участия в выборах. Без внесения в список (можно голосовать лишь с удостоверением на право голосования (по § 25, абз. 2 Положения о порядке федеральных выборов). Ответственными за первую фазу являются общины.

Предвыборная агитация начинается с требования дать предложения о кандидатах по избирательным округам и земельные списки, что должно быть сделано руководителями окружных или земельных выборов (§ 32 Положения о порядке федеральных выборов). Закрепленное в § 18 и 27 Федерального закона о выборах право выдвижения кандидатов должно быть использовано, согласно § 19 Федерального закона о выборах, в срок до 52-го дня до голосования. Предложения о кандидатах нуждаются в допуске окружного или земельного избирательного комитета. Конкретные моменты предъявления требований к предложениям, процедуры допуска и предварительной проверки земельным или окружным руководителем выборов регулируют § 20—25, 27 и 28 Федерального закона о выборах, а также § 33—44 Положения о порядке федеральных выборов.

Организация собственно акта выборов начинается с официального изготовления бюллетеней для голосования. Подготовка к выборам является гласной, но голосование, напротив, тайным (ст. 38, абз. 1 Основного закона), о чем необходимо заботиться согласно § 33 Федерального закона о выборах. Голосование происходит в помещениях, которые определяет община. Сама процедура событий в помещении для выборов, необходимые мероприятия и способ голосования более подробно регулируются в § 31—36 Федерального закона о выборах и в § 44—46 Положения о порядке

федеральных выборов. Для каждого избирательного округа — самой маленькой организационной единицы — должно быть выделено помещение. Ответственными избирательными органами округа являются руководитель проведения выборов и избирательная комиссия (§ 8, абз. 1 Федерального закона о выборах).

Результаты выборов определяются сначала избирательной комиссией в избирательных округах, причем она принимает решение и о действительности отдельных голосов. Это решение, однако, может исправить окружной избирательный комитет, который должен определять результат голосования по округу в соответствии с § 40 Федерального закона о выборах. Земельный избирательный комитет подводит итоги голосования по земельным спискам. Федеральный избирательный комитет устанавливает, сколько мест приходится на земельные списки каждой отдельной партии и какие кандидаты избраны (§ 42, абз. 2 Федерального закона о выборах). Оповещение избранных и принятие заявлений о том, принимается ли ими избрание, осуществляется так: применительно к кандидатам от списков — через земельного (§ 42, абз. 3 Федерального закона о выборах), а к кандидатам по избирательным округам — через окружного руководителя проведения выборов (§ 41, абз. 2 Федерального закона о выборах).

г) Распределение времени предвыборного радиовещания

Конституционно-правовая оценка распределения времени предвыборного вещания государственными радиостанциями между отдельными кандидатами должна исходить прежде всего из того, что основной принцип равенства охватывает предвыборную борьбу как часть подготовки к выборам. Здесь действует положение о том, что необходима особая причина, чтобы оправдать неодинаковое отношение к партиям. При непредвзятом подходе не подлежит никакому сомнению, что формальное равенство всех партий — претендентов в предвыборной борьбе, — выражающееся в абсолютно одинаковом предоставлении им времени вещания, идеальным образом соответствует строгому смыслу принципа равенства.

ФКС трактует эту проблему таким образом: «Согласно принципу одинаковых шансов в предвыборной борьбе государственные радиостанции обязаны вести себя нейтрально в отношении предвыборной борьбы политических партий. С этим принципом одинаковых шансов связывается, однако, не только выделение абсолютно одинакового эфирного времени для всех партий». ФКС считает также, что «по особо важным причинам дифференциация может производиться и при распределении эфирного времени». Отсюда неизбежно вытекает, что без особо важных причин с принципом одинаковых шансов в предвыборной борьбе соотносится лишь предоставление равного эфирного времени всем политическим партиям. Однако существующее положение характеризуется тем, что государственные радиостанции находятся под

влиянием отнюдь не мелких партий, а Федеральный конституционный суд дал им к тому же необходимые послабления. Таким образом, государственное радиовещание вносит существенный вклад в сложившийся статус-кво, защищает партийную олигополию. Вопрос о том, действительно ли это помогает традиционным, укоренившимся партиям, остается открытым.

Невозможно усмотреть особую императивную причину, которая оправдывала бы вмешательство в ход выборов на стадии подготовки к ним и ведения предвыборной борьбы путем неравноправного обращения со стороны государственного радиовещания с предвыборными передачами различных кандидатов в депутаты.

Еще более интересными, чем упомянутое обоснование исключений из формального равенства, являются два соображения ФКС. Прежде чем указать в уже упомянутом решении на значение равенства выборов во время предвыборной агитации для государственных радиостанций и подробности его возможного нарушения, Суд размышляет о том, что политические партии были бы предоставлены свободной игре сил, если бы не было государственного вещания. Но если бы они в этой ситуации «прибегали к помощи радиоагитации в различной степени, смотря по их финансовым и прочим возможностям», то «основной принцип равенства шансов в предвыборной борьбе» был бы сохранен. Откуда должен взяться этот принцип в отношениях между партиями и частным радиовещанием, остается совершенно неясным. Дальнейшая ссылка на правовой порядок показывает, что здесь речь идет лишь о частном правовом порядке, при котором всем партиям должен быть гарантирован шанс заключить договоры на предвыборную агитацию с частным радиовещанием, что правовой порядок не может затруднять заключение таких договоров в ущерб каким-либо партиям. В промежутке содержится предложение, чрезвычайно важное в данном случае: «Основной принцип равенства шансов не требует, чтобы различия между партиями, проистекающие из различной величины, силы и различий в политических установках, выравнивались за счет вмешательства верховной власти». По контексту видно, что под «основным принципом равенства шансов» подразумевается просто-напросто отказ выровнять неравное положение, возникшее в силу различной величины партий и прочих факторов и вытекающее из особенностей поведения в условиях рынка. В лице государственных радиостанций политические партии имеют перед собой государство не как суверена, а как распределителя ресурсов, и поэтому здесь действует не общее частное право, а обязанность государства по соблюдению формального равенства избирательных прав.

Второе соображение ФКС относится к обязанности радиостанции «объективно информировать круг своих слушателей о соотношении сил между влиятельными политическими, идейными и общественными группами». Как утверждает Суд, эта общественная функция радио «дает важное основание, чтобы учитывать до определенной степени меру значения той или иной политической

партии при определении времени вещания с целью предвыборной агитации». Этот аргумент также не является достаточно убедительным, поскольку предвыборная агитация осуществляется партиями, а не радио; она не является продуктом его редакционных усилий. Именно поэтому в целой серии решений ФКС справедливым образом сильно ограничивал возможность радиостанции не принимать к трансляции предвыборные радиотексты даже при наличии враждебных Конституции высказываний.

Нелогичным является также аргумент, что через распределение одинакового эфирного времени государство несправедливо вмешивается в фактически неравное положение и отдает таким образом предпочтение маленьким партиям. Этот аргумент нелогичен, так как равенство выборов относится к претенденту как таковому, т. е. к партии, а ее вес не имеет значения при принятии решения о квотах времени. Любой другой взгляд вызывает коллизию с исходной точкой решения ФКС, который рассматривает формально равные квоты времени (неравным партиям!) как идеальный способ реализации постулата о равенстве.

д) Общая сумма расходов на предвыборную борьбу

Когда в 1966 г. Федеральный конституционный суд запретил финансирование политических партий из федерального бюджета (введенное в 1959 г.), как не согласующееся с демократическим принципом свободного и открытого волеобразования народа в отношении государственных органов, он одновременно указал партиям на другой, с радостью воспринятый ими способ приобретения средств, а именно: получение возмещения за государственный счет «соразмерных расходов на необходимую предвыборную борьбу».

Из того факта, что политические партии имеют особое значение для выборов, нельзя заключить, что уже в силу этого им могут быть возмещены такие расходы. На основе главного тезиса решения ФКС о принципиальном запрете финансирования партий можно понять только идею, согласно которой помощь партиям может быть оказана постольку, поскольку они иначе вообще не в состоянии вести необходимую предвыборную борьбу. Привести доказательства в пользу этой идеи, однако, трудно. Даже если следовать логике ФКС, нельзя понять, почему государство, как того требует формальное равенство выборов, не должно гарантировать каждой партии минимальное финансирование предвыборной борьбы. Это привело бы к равному финансированию, а различная степень силы отдельных партий могла бы оказать свое дополнительное воздействие на ход предвыборной борьбы.

В действительности общие средства на возмещение расходов по ведению предвыборной борьбы — лишь форма проявления государственного финансирования партий, и было бы гораздо более честным выделить ее из контекста выборов. В пользу такой оценки говорит, в частности, то обстоятельство, что данный вопрос решается не в Законе о выборах, а в Законе о партиях.

е) Проверка правильности выборов

Основной закон закрепляет в ст. 41, абз. 1 право проверки правильности выборов за самим Бундестагом и, таким образом, принимает эстафету у старого немецкого парламентского права. Новым является положение о том, что вопреки решению Бундестага возможна жалоба в Федеральный конституционный суд. Процедура проверки выборов подробно определена Законом о проверке правильности выборов 1951 г. Закон предусматривает подготовку решения (она происходит лишь по возбуждении ходатайства, а не в силу должностных обязанностей) комитетом по проверке правильности выборов. Хотя такая проверка, если она вообще имеет смысл, должна проводиться после выборов как можно быстрее, тем не менее отсутствует какой-либо твердо фиксированный срок, исключая случай заявления протеста по ходу выборов. В противоположность этому благодаря праву пленума отправлять дело для прояснения правовых вопросов комитету дается зеленый свет затягиванию рассмотрения, и не вызывает удивления, что проверка правильности выборов может длиться до полутора лет. На практике все протесты оказывались безрезультатными.

В то время как заявление может подать каждый имеющий право голоса, жалоба в ФКС предполагает, что ее поддерживают минимум сто человек, имеющих право голоса. Сама процедура отрегулирована скупо. В ней указания на предмет и пределы проверки отсутствуют так же, как и данные о том, в чем может заключаться вероятное содержание решения. ФКС ранее уже ограничил функцию проверки выборов, с тем чтобы «гарантировать правильное формирование Бундестага». Последовательным является заключение ФКС о том, что процедура проверки правильности выборов не служит реализации субъективных прав. Его обязанностью остается проверка всех выявленных ошибок по ходу выборов в случае подачи жалобы, а в случае установления таких — выяснение, затрагивают ли они правильность формирования парламента.

Ошибки в ходе выборов — это нарушения материального и процессуального избирательного права, включая принципы выборов, закрепленные в ст. 38, абз. 1 Основного закона. Суд должен также подвергать проверке нормы избирательного права на их конституционность (если есть жалоба на их антиконституционность) и соответствующее поведение властей, ответственных за проведение выборов, и объявлять их, если того требуют обстоятельства, недействительными. Бундестаг призван, напротив, исходить из существующих норм; он действует не как суд, а лишь исключительно как защитник по собственному делу.

ФКС считает несущественными ошибки в ходе выборов, если они не могут оказать никакого влияния на распределение мандатов. С его точки зрения такая позиция является последовательной, но в то же время это не мешает выяснению того, имеется ли

в действительности ошибка; и лишь потом следует проверить возможность ее влияния на исход выборов. Нельзя упускать из виду, что решение в пользу пропорциональных выборов, а таким образом и в пользу повышенного значения вторых голосов заставляет Суд пасовать — даже при явных нарушениях — перед последствиями. Одновременно в целом ряде случаев ФКС давал законодателю столь ясные указания относительно проверки правильности выборов, что это приводило к изменениям избирательного права.

Если посмотреть в ретроспективе на решения ФКС относительно проверки правильности выборов, то после всего сказанного неудивителен вполне оправданный вывод: жалобы, даже если они справедливы, всегда безуспешны, но не всегда бессмысленны и бессмысленны.

ж) Правовая защита в ходе выборов

Решения и мероприятия, касающиеся непосредственно хода выборов, могут (согласно § 49 Федерального закона о выборах) «быть обжалованы в ходе проверки правильности выборов» с помощью правовых средств, предусмотренных лишь в Федеральном законе о выборах и в Положении о порядке федеральных выборов. Описанный выше комплекс решений ФКС по проверке правильности выборов способствовал тому, чтобы придать последнему указанию ореол некоего «законодательного заблуждения», так как процесс проверки правильности выборов должен служить не обжалованию решений в ходе выборов, а исключительно контролю правильного формирования парламента.

Федеральный закон о выборах и Положение о порядке федеральных выборов содержит лишь небольшую часть правовых вспомогательных средств. Они касаются описки избирателей, т. е. реализации активного избирательного права, а также права на выдвижение кандидатур, т. е. пассивного избирательного права. Они исчерпываются лишь административным контролем. Согласно § 22, абз. 5 Положения о порядке федеральных выборов, в случае неверного или неполного заполнения списка избирателей может быть заявлен протест общине. Против ее решения в течение двух дней может быть подана жалоба окружному избирательному комитету. Соответствующую правовую процедуру предусматривает § 31 Положения о порядке федеральных выборов при отказе в выдаче удостоверения на право голосования. При отклонении какой-либо кандидатуры по округу в течение трех дней может быть подана жалоба в земельный избирательный комитет. Наконец, § 25, абз. 4 и § 27, абз. 5 Федерального закона о выборах позволяют прибегнуть к помощи окружного или земельного избирательного комитета против решения окружного или земельного руководителя выборов для устранения недостатков при выдвижении кандидатов от избирательного округа или при внесении списков. В случае использования всех этих юридических средств

окончательное решение принимает орган, к помощи которого прибегли последним; обжалование через суды исключено.

Такое исключение диктуется опасением утраты шанса провести выборы в короткий срок, учитывая их характер как массового мероприятия. Противоречие со ст. 19, абз. 4 Основного закона здесь настолько явно, что согласиться с этими процессуальными нормами можно только закрыв на него глаза.

В своих решениях ФКС постоянно утверждает, что «исправление возможных ошибок в ходе выборов, включая те, которые содержат нарушения субъективных прав, исключено из правовых механизмов ст. 19, абз. 4 Основного Закона»; таким образом, одним махом ФКС исключил и конституционную жалобу.

Иная аргументация характеризует выборы как государственный акт, а избирательные процедуры на федеральном уровне — как конституционно-правовые вспомогательные действия; все это имеет целью сделать приемлемыми с конституционно-правовой точки зрения спорные моменты, связанные оговоркой § 40, абз. 1 Положения о порядке деятельности административного суда.

Процедура выборов уже в силу того, что ее осуществляют органы власти, отвечающие за выборы, является процедурой административной. Решения в отношении гражданина или какой-либо партии — это административные акты в смысле § 35 Закона об административных процедурах. Процедура выборов не изымается из сферы действия § 2 Закона об административных процедурах. Цель этой административной процедуры — дать возможность гражданину, имеющему право голоса, избрать парламент. Ни один из участников выборов не является конституционным органом. Мнение о некоем конституционно-правовом отношении находится в явном противоречии с судебной практикой при сравнимых правовых отношениях, в которых одной из сторон выступают конституционные органы или их части.

Повод, оправдывающий стремление уменьшить правовую защиту, надо тем не менее воспринимать серьезно. Он, однако, не может служить основанием для ее полного исключения, как полагает ФКС. Если он, как упомянуто выше, ограничивает проверку выборов контролем «правильного формирования парламента» и не видит проблемы защиты субъективных прав, затронутых этой процедурой, то тогда ст. 41 Основного закона может действовать лишь постольку, поскольку судебная процедура по защите ст. 19, абз. 4 может повредить осуществлению ее цели. Это не касается административно-правовой защиты перед выборами. Если имеющий право голоса не занесен в описок избирателей несправедливо, то решение об этом административного суда столь же мало затрагивает проверку выборов, как и решение соответствующего ответственного органа по проведению выборов в отношении жалобы. То же самое действительно и при отклонении кандидата или списка. Из сроков и временных затрат, необходимых для технической реализации массовых выборов, следует лишь, что судебное решение должно быть обнародовано в рамках ранее установленных сроков. Таким

образом, соблюдается ст. 19, абз. 4 Основного закона, учитываются высокие технические требования, предъявляемые к своевременным и согласованным массовым мероприятиям, а также избегается коллизия с процедурой проверки правильности выборов в толковании ФКС.

В тех же самых временных рамках нет никакого основания исключать конституционную жалобу. Поскольку с точки зрения ФКС проверка правильности выборов не служит защите субъективных прав, она не может заслонять положения ст. 93, абз. 1 Основного закона. Решение ФКС по истечении вышеназванного срока не может восстановить право в благоприятном для истца случае, а лишь ведет к констатации нарушения.

Правовая защита в ходе выборов не урегулирована должным образом в соответствии с Конституцией. Получается, что государство может допустить нарушения в отношении трех важнейших институтов избирательного права: активного избирательного права, пассивного и права выдвижения кандидатур, — и при этом пострадавшие не могут защищать свое субъективное право через суд. Это, конечно, государственно-правовой курьез! При полном учете технических сложностей массовых выборов и соблюдении конституционно-правовых установок удастся тем не менее разработать удовлетворительную правовую защиту. Такая защита в сфере выборов должна быть унифицирована также и в отношении земель и коммун, насколько хватает компетенции федерации.

Часть 3. ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ОРГАНЫ ФЕДЕРАЦИИ

I. БУНДЕСТАГ

1. Задачи

Бундестаг является парламентом Федеративной Республики Германии. Среди структур высшей государственной власти это единственный орган, члены которого избираются непосредственно народом. Как представительное учреждение Бундестаг действует в соответствии с принадлежащими ему правами, а не в силу наказов и указаний, данных ему кем-либо. Принимаемые им решения исходят от народа.

Закрепленная Конституцией система демократии основывается на том, что органы высшей государственной власти, хотя и не в равной мере, формируются демократично, легитимно и то принципу разделения властей. Нельзя говорить об иерархии высших федеральных органов во главе с парламентом, кроме как в протокольном плане (в той же степени это относится и к главе государства — Федеральному президенту). Конституция не устанавливает верховенства парламента и его суверенитета. Тем не менее это орган с весьма широкими полномочиями.

Для представительной демократии наряду с классическими принципами всеобщих, прямых, свободных, равных и тайных выборов парламента основополагающими являются независимый мандат депутата (ст. 38, абз. 1 Основного закона), принятие решений большинством поданных голосов и публичное проведение заседаний. В силу этих принципов решения Бундестага исходят как в политическом, так и в правовом плане от представляемого им народа. Используя в полной мере упомянутые принципы, народ может осуществлять принадлежащее ему право на управление государством.

Для понимания процесса формирования политической воли важно, с одной стороны, учитывать действующие в парламенте политические силы, а с другой — иметь в виду, что парламент входит составной частью в общую систему институтов власти, которые, в свою очередь, не обладают монополией на волеобразование.

Деятельность Бундестага предопределяется представленными в нем в виде фракций политическими партиями. Они и являются

основными факторами формирования государственной воли. Фактический центр тяжести этого процесса переносится из парламента в менее формализованную область партийных объединений. Чем сильнее в системе парламентского правления влияние партий (большинства) на правительство, тем больше шансы непосредственного их воздействия на исполнительную власть в обход парламента.

В этих условиях встает вопрос, в состоянии ли парламент выполнять функцию выравнивания и интеграции общественных интересов. Поэтому дебаты и обсуждения в комитетах и на пленарных заседаниях парламента отнюдь не бесполезны. Они служат выявлению не до конца сформировавшихся мнений, и прежде всего представительству общественности, толкованию принятых ранее политических решений. Кроме того, благодаря актам Бундестага, принятым в рамках его компетенции, обсуждения и дебаты получают правовое оформление, функции парламента под влиянием политических партий в том виде, в каком они возникли в XIX в., претерпели ряд изменений. Однако толковать это как негативное явление было бы неверно.

Задачи Бундестага теснейшим образом переплетены с задачами остальных высших органов федерации, и прежде всего Правительства и Бундесрата. Федеральный конституционный суд однозначно заявил себя сторонником современного понимания принципа разделения властей, согласно которому многочисленные ограничения и сбалансированность органов власти характеризуют не абсолютное их разделение, а взаимный контроль и сдерживание, что свидетельствует о дальнейшем развитии Конституции. Это в первую очередь относится к взаимоотношениям законодательной и исполнительной властей, функции которых дополняют и нередко дублируют друг друга, причем на функционально обусловленные сотрудничество и соперничество органов наслаиваются конкурирующие позиции Правительства (или большинства в нем) и оппозиции, что получает свое продолжение в Бундесрате. В то время как Основной закон (ст. 92) вверяет судьям право осуществлять правосудие и тем самым закрепляет за ними судебную власть, в нем отсутствует однозначное наделение законодательной и исполнительной властей соответственно монопольным правом законотворчества и исполнения законов. Правительство на основе своего права на законодательную инициативу (ст. 76, абз. 1 Основного закона) в значительной мере влияет на законотворчество, равно как и парламент—во всяком случае потенциально — в силу своих обязанностей контроля влияет на осуществление Правительством исполнительных функций.

Многообразие взаимосвязанных задач парламента и Правительства, а также существующей (между ними политической взаимозависимости) привело науку государственного права к широко распространенному мнению, что руководство государством и политическая власть составляют сложное целое, а парламент и Правительство действуют рука об руку.

В совместном процессе формирования государственной воли и принятия решений Бундестаг, Бундесрат и Федеральное правительство вносят каждый свой вклад в соответствии с их структурой, наилучшим образом приспособленной для вынесения компетентных решений. Обнаруживается тесное переплетение механизмов обмена мнениями и информацией между парламентом и Правительством, внутри парламента и между федерацией и землями (в рамках Бундесрата и вне его); парламентская оппозиция получает возможность в ходе выработки решений выражать свои политические позиции и приобретает тем самым легитимность и признание.

Требования, предъявляемые к Бундестагу, превращают его в дискутирующий парламент. Публичные выступления на пленарных заседаниях служат прежде всего выявлению точек зрения партий, представляемых ораторами, и отстаиванию их позиций. О реальных формах бытия работающего парламента общественность информирована слабо; критика замечает прежде всего ошибки, возможные в любом современном механизме законодательства.

Бундестаг представляет народ, от которого в ФРГ исходит вся государственная власть (ст. 20, абз. 2 Основного закона); это форум нации и как бы соревнование идей, в котором народ узнает себя и находит выражение тому, что его волнует. Демократический принцип Основного закона влияет на организационные формы Бундестага. Этот орган помимо отведенной ему Конституцией компетенции претендует на решающее участие в демократическом руководстве страной, в формировании воли народа, контроле за Правительством и в определении политического курса государства. В ФРГ — федеративном государстве с конституционным строем — принцип демократии ограничен равной значимостью федеративных структур и принципами правовой государственности. Из принципа правового государства следуют основные положения о разделении властей, о зависимости Бундестага как законодательного органа от конституционного строя (ст. 20, абз. 3 Основного закона), а законодателя, наделенного правом изменения Конституции, — от запрета, сформулированного ст. 79 абз. 3 Основного закона. Из принципа федерализма вытекает: 1) разделение компетенции между федерацией и землями, ограничивающее полномочия Бундестага в областях законодательства и контроля; 2) участие Бундесрата в законотворчестве (и управлении) на уровне федерации. Хотя Бундесрат и обладает демократической легитимацией, в нем, однако, принцип демократического равенства несколько ограничен (ср. ст. 51 Основного закона).

Бундестаг принимает решения, которые обязательны в той степени, в какой Основной закон признает за ними это качество. Таковы главным образом решения, принятые в процессе законотворчества, для осуществления которых Конституция (ст. 76 и след.) и Регламент Бундестага (§ 75 и след.) предусматривают особую процедуру, а также решения по внутриорганизационным вопро-

сам (например, о создании комитетов или отмене иммунитета депутатов). Решения чрезвычайного характера, такие, например, как провозглашение состояния обороны, Бундестаг принимает во взаимодействии с другими высшими органами федерации, причем квалифицированным большинством голосов.

Бундестаг обязан в рамках своей компетенции выражать результаты формирования в нем преобладающего политического мнения в виде так называемых текущих парламентских решений. Они могут иметь большое политическое значение (пример тому принятое 22 ноября 1983 г. постановление о так называемом до-вооружении). Подобные акты сигнализируют органам высшей федеральной власти, и прежде всего Федеральному правительству, о воле парламентского большинства.

Классификация функций Бундестага по сей день базируется на классической схеме, предложенной английским государствоведом У. Беджготом. Множество задач этого органа, перечисленных в Конституции, довольно эклектично сводится в основном к следующим:

- законодательствование;
- формирование других органов;
- политическое волеобразование и контроль за Правительством;
- представительство нации.

Суммарный обзор задач выявляет центральное место Бундестага в формировании государственной воли. Сила или слабость Правительства в сравнении с Бундестагом, возможность большинства вопреки оппозиции осуществлять свою волю, роль Бундесрата, влияние внепарламентских институтов (таких, как церковь и союзы), а также общественное мнение поддаются конституционному регулированию лишь в незначительной степени. Высшие органы федерации, в том числе Бундестаг, находятся в постоянном соревновании за престиж и влияние, которое в известной мере нормировано.

В демократическом конституционном государстве парламент хотя и не обладает монополией, но имеет прерогативы в сфере правотворчества. Бундестаг принимает законы в рамках своей [компетенции и при соблюдении полномочий других содействующих законотворчеству органов (Федерального правительства, Бундесрата и Федерального президента). Закон — это волеизъявление парламента, с помощью которого он при условии соответствия закона Конституции придает своему решению всеобщую юридическую обязательность и тем самым связывает ее исполнительную власть и правосудие.

Законотворческие полномочия федерации чрезвычайно широки. Потребность современного индустриального общества в нормировании его жизни, невзирая на справедливую в отдельных случаях критику избытка правовых норм, огромна. Быстрая смена условий жизни вызывает постоянную необходимость в изменении законов.

В демократическом и социальном правовом государстве закон не только средство поддержания правопорядка, но и в первую очередь инструмент осуществления политических целей и представлений. Политикам, направляющим развитие общества, и прежде всего его экономические и социальные процессы, не остается ничего иного, как приспособлять темп нормотворчества к темпу социальных процессов. Уже по числу издаваемых Бундестагом законов и по затрагиваемому, им на это времени можно заключить, что законодательствование занимает первое место в работе парламента.

Большинство законодательных инициатив (60 из 100) исходит от Федерального правительства, так как министерская бюрократия более чем кто-либо находится в курсе существующей на данный момент потребности в тех или иных правовых нормах, а также обладает нужной компетенцией для перевода политических требований на язык закона. Однако связанное с этим представление, будто Бундестаг лишь одобряет внесенные проекты, неверно. Несмотря на то что законотворческие инициативы, как правило, заблаговременно планируются в министерствах, обсуждаются с профсоюзами и союзами предпринимателей, а также согласуются с чиновниками земель, проекты законов, подготовляемые комитетами Бундестага, подвергаются на его заседаниях интенсивному и часто весьма квалифицированному обсуждению, что находит выражение в значительном изменении законопроектов. При этом интерес депутатов концентрируется на политическом аспекте проекта и несколько менее — на чисто правовом. Дело не в недостаточной компетентности, а в сложности материала, в котором разбираются лишь отдельные депутаты. На их мнение и полагаются остальные. Парламент через своих референтов в министерских структурах нередко участвует в предварительной работе над проектом.

По статистике наиболее успешными являются законотворческие инициативы, исходящие от Федерального правительства. Это несколько не умаляет престижа Бундестага, ибо законопроекты в нем самом чаще всего вносятся оппозицией и заведомо имеют мало шансов на принятие, в то время как политическая воля большинства успешно реализуется в одобрении проектов Правительства.

Регулирование дел с помощью парламентского акта основывается не на абстрактном понимании закона, а на нормах конституционного права, что предопределяет широкую деятельность законодателя по принятию решений. Это относится к основополагающим государственным актам — например, об утверждении бюджета, — оформляемым в виде законов (ст. 110, абз. 2 Основного закона). Пример закона о бюджете свидетельствует о том, что не каждое решение, принятое в процессе законотворчества, имеет общенормативный характер. Правда, закон этот тоже содержит общие положения, однако они относятся только к доходам и расходам федерации и к сроку действия, на который бюд-

жет принимается. В главном и основном это все же так называемый органический закон, правовое действие которого ограничивается определенной задачей: уполномочивать Правительство исполнять предусмотренные бюджетом статьи расхода и следовать определенным обязательствам.

Примером политических актов в виде федерального закона являются решения об открытии кредитов (ст. 115, абз. 1 Основного закона), заключении мира (ст. 115, абз. 3 Основного закона) и одобрении определенных международно-правовых договоров (ст. 59, абз. 2 Основного закона). В последнем случае закон имеет две функции: гарантировать участие парламента в политически значимых решениях Федерального правительства и придавать согласованным по договору правовым нормам внутригосударственную обязательность. В остальных случаях верховенство закона коренится в федеративном характере нашего конституционного государства (пример тому ст. 84, абз. 1 и 5; ст. 85, абз. 1; ст. 87, абз. 1 и 3 Основного закона).

Остается неясным, в каком объеме принципы конституционного государства и демократии понуждают к регулированию дел парламентскими законами. В литературе и судопроизводстве существует очевидная тенденция перенесения парламентской законодательной деятельности на другие сферы, кроме классической, т. е. регулирования проблем свободы и частной собственности. Так, Федеральный конституционный суд считает, что в Конституции демократического и парламентского государства, каковой является Основной закон ФРГ, естественнее было бы записать, что нормативное решение всех принципиальных вопросов, непосредственно касающихся граждан, должно происходить посредством закона. Законодателю следовало бы самому принимать и все наиболее существенные решения, в особенности в области реализации основных прав.

Из сказанного выше видно, что загруженность законодателя имеет, кроме прочих, и конституционно-правовые причины. Возможность уменьшения объема работы законодателя путем возложения на исполнительную власть обязанности издавать правовые предписания, имеющие силу закона, ограничена конституционным правом, а также верховенством закона над другими актами; кроме того, нельзя забывать об обязанности законодателя рассматривать законопроекты органов Европейского сообщества.

Сокращение объема деятельности законодательного органа вытекает из положения о прекращении работы над законопроектами в случае окончания легислатуры (так называемый дисконтирует). Ограничения полномочий законодателя следуют также из узаконенной Конституцией передачи другим органам определенной компетенции по принятию решений, например Федеральному президенту (ст. 59, абз. 1; ст. 60 Основного закона), Федеральному канцлеру (ст. 65 Основного закона) или Федеральному правительству в области внешней политики. В состоянии обороны

и при определенных условиях в качестве законодателя действует Объединенный комитет.

Бундестаг избирает Председателя, его заместителей и секретарей, а также Уполномоченного Бундестага по обороне. Что касается Комитета по иностранным делам, Комитета по вопросам обороны и Комитета по петициям, то Бундестаг создает такие комитеты, а их членов назначают фракции. То же относится к исследовательским комиссиям (§ 56 Регламента). Бундестаг направляет одиннадцать депутатов в Посреднический комитет (ст. 77, абз. 2 Основного закона), играющий важную роль в законодательной процедуре. Особое значение имеют органы, образуемые согласно ст. 9, абз. 1 Закона об ограничении тайны переписки, почтовой, телеграфной и телефонной связи от 13 августа 1968 г. и Закону о парламентском контроле за деятельностью информационных служб федерации от 11 апреля 1979 г. Их члены назначаются или избираются из числа депутатов. В Комитет по выбору судей Бундестаг направляет одиннадцать членов, не являющихся депутатами (ст. 92, абз. 2 Основного закона).

Бундестаг принимает участие в формировании высших органов федерации. В частности, он избирает Федерального канцлера. Первый тур выборов основывается на предложении Федерального президента. Бундестаг формально не участвует в образовании Правительства: министры назначаются и увольняются Федеральным президентом по предложению Канцлера, а вопрос о том, насколько он при формировании Кабинета действительно самостоятелен, не является вопросом конституционного права. Канцлер нуждается в поддержке большинства Бундестага, при потере которой парламент большинством голосов выбирает его преемника (ст. 67 Основного закона). Если Федеральный канцлер не уверен в поддержке большинства, он может поставить вопрос о доверии (ст. 68 Основного закона). В парламентской практике со временем появились и другие механизмы выражения отрицательного отношения к Федеральному правительству и отдельным министрам. Таковы предложения о неодобрении их деятельности, осуждении, освобождении от должности и даже о лишении денежного содержания, наконец, направляемое Федеральному канцлеру ходатайство поставить вопрос о доверии. О допустимости подобных предложений идут споры; тем не менее практика исходит из факта возникновения соответствующего обычного права, из идущей в этом направлении конкретизации конституционных предписаний; в случае принятия по таким предложениям позитивных решений последние все же не приобретают ранга правовой нормы.

Депутаты Бундестага составляют половину членов Федерального собрания, избирающего Федерального президента (ст. 54 Основного закона). По предложению четверти своих депутатов Бундестаг большинством в две трети может возбудить перед Федеральным конституционным судом обвинение против Федерального президента в умышленном нарушении им Основного или ино-

го федерального закона (ст. 61 Основного закона). Бундестаг избирает также половину членов Федерального конституционного суда (ст. 94, абз. 1 Основного закона) и такое же число членов Комитета по выборам федеральных судей (ст. 95, абз. 2 Основного закона). При наличии серьезных ошибок Бундестаг может ходатайствовать перед Федеральным конституционным судом о возбуждении дела против судей (ст. 98, абз. 2 Основного закона).

И наконец, Бундестаг посылает своих депутатов в высшие международные органы, например в Парламентское собрание Совета Европы и в Западноевропейский союз. Вместе с Бундесратом Бундестаг определяет состав делегации на Североатлантическую ассамблею. Бундестаг является членом Межпарламентского союза и посылает свои делегации в его органы: на Межпарламентскую конференцию и в Межпарламентский совет.

Контроль за Правительством воспринимается в ФРГ скорее не как самостоятельная функция парламента, а как существенный аспект общего процесса принятия решений. Парламентский контроль — это не просто реакция на действия Правительства. Последнее должно не только постфактум привлекаться к ответу, но и во время работы считаться с парламентским волеизъявлением (направляющий контроль), прежде всего в процессе правотворчества, что дает возможность говорить об упреждающем контроле парламента. Благодаря своим контрольным полномочиям Бундестаг играет значительную роль в государственном волеобразовании. Осуществление парламентского контроля — это оборотная сторона ответственности Правительства перед парламентом.

Интересы Правительства и поддерживающего его парламентского большинства постоянно совпадают в основных политических вопросах и в желании сохранять действующее Правительство у власти. В результате вместо дуализма государственных органов, характерного для конституционной монархии XIX в., возникает дуализм (а вернее — антагонизм) парламентского большинства (и Правительства) и депутатского меньшинства. Конфликты происходят чаще всего между этими группировками. Задача оппозиции заключается в критике Правительства и поддерживающего его парламентского большинства, а также в представлении альтернативы по персональному составу Правительства. Конституционное законодательство учитывает это и дает отдельным депутатам и парламентскому меньшинству определенные права, реализуемые ими в соревновании с Правительством и парламентским большинством.

Парламентский контроль понимается в ФРГ как сотрудничество Бундестага с Правительством в формировании государственной воли, а тем самым и в волеобразовании Правительства. Пресса ежедневно свидетельствует о том, что политика последнего в значительной мере является продуктом совместной деятельности Правительства и парламента или его большинства, деятельности, непрерывно сопровождаемой общественными дискуссиями и борьбой, которые жизненно необходимы в условиях

демократии для действенности контроля и обеспечения правильности решений. В этом проявляется не в последнюю очередь — наряду со стабильностью Правительства и парламентского большинства — жизненная сила демократического государства.

Средства, которыми Бундестаг обладает при осуществлении своей контрольной деятельности, носят санкционирующий и информативный характер. Своим правом на информацию, как правило, упреждающую принятие решений, Бундестаг пользуется непрерывно. Парламенту для выполнения контрольной задачи нет необходимости иметь всю полноту информации, которой располагает Правительство. ¹ Источниками информации для Бундестага являются само Правительство, научные службы, Исследовательская комиссия, назначаемая Бундестагом, а также результаты открытых слушаний в комитетах; два последних источника могут быть задействованы по ходатайству меньшинства.

Депутаты Бундестага обладают правом депутатского запроса. Их праву обращаться с большими и малыми запросами с целью получения устных или письменных ответов (§ 100—105 Регламента Бундестага) корреспондирует принципиальная обязанность Правительства отвечать на них. Бундестаг и его комитеты, подчеркивая важное значение нужной для них информации, могут, согласно решению большинства, требовать присутствия на их заседаниях членов Федерального правительства, а по предложению одной четверти депутатов — учреждать следственные комитеты. Особыми полномочиями наделен Комитет по петициям.

Сообщения Правительства поступают в Бундестаг как по его просьбе, так и по инициативе Правительства. В области охраны основных прав по осуществлению парламентского контроля содействует в качестве вспомогательного органа Бундестага Уполномоченный по обороне.

Праву Бундестага на информацию не препятствует секретный характер сведений, имеющих у Правительства. В целях охраны тайны можно и нужно соблюдать особые меры предосторожности — избегать публичных сообщений, обязывать депутатов не разглашать секретных данных. Если парламент не может или не хочет гарантировать требуемую Правительством секретность, то оно вправе и не посвящать в тайну, более того, не имеет права этого делать.

Особый инструмент парламентского контроля сложился в бюджетном праве. Исполнение статей бюджета — в основном дело Правительства. Бундестаг имеет обыкновение включаться в процесс реализации бюджета путем так называемого запрета на осуществление ассигнований.² Однако на фоне общей картины парламентского контроля эта практика не вносит особого диссонанса в сотрудничество.

Важным инструментом контроля за деятельностью Правительства, в особенности со стороны оппозиционного меньшинства, стало рассмотрение в Федеральном конституционном суде споров между органами власти и дел о проверке Федеральным прави-

тельством действенности определенных законодательных предписаний.

Парламентские дебаты должны содействовать тому, чтобы представительная демократия стала коммуникативной. Их задача — мотивировать, в первую очередь перед лицом общественности, результаты парламентского процесса волеобразования. В соответствии с этим Бундестаг проводит свои заседания и голосования публично и снабжает граждан информацией, необходимой им для выработки их собственного мнения и позиции на выборах. Легитимность представительно-демократического конституционного порядка основывается не только на выборах, но и на интеграции государственного волеобразования путем формирования политической воли народа, при содействии партий, благодаря чему граждане и их организации становятся субъектами политического процесса.

Не менее важны права оппозиции, которая олицетворяет существенный для свободного демократического конституционного строя шанс на смену властей. В первую очередь необходимо организационное закрепление прав оппозиции, подобное тому, какое получили партии в ст. 21 Основного закона. Однако принцип большинства должен оставаться неприкосновенным. Способность большинства принимать решения и проводить их в жизнь не менее существенна для сохранения демократии, чем наличие оппозиции и ее активность.

2. Правовое положение депутатов

Депутат занимает общественную должность, обладает свободным мандатом и является представителем всего народа. Как лицо, занимающее общественную должность, он обладает соответствующими полномочиями. Как член государственного органа — германского Бундестага — депутат имеет право лично участвовать в решении задач последнего. Членство в парламенте обеспечивает депутату его должность. Напомним, что понятие должности выражает независимость поста от лица, его занимающего, а также необходимость последнего действовать в рамках предоставленной ему компетенции, и не в интересах руководства или своих собственных, а на пользу общему благу.

Депутаты «являются представителями всего народа, не связаны наказами или указаниями и подчиняются лишь своей совести» (ст. 38, абз. 1 Основного закона). Эта формула гарантирует представительский статус и свободный мандат. Она содержит осуждение не только исторических форм мандата, характерных для старых сословных конституций, но и современных попыток представить члена парламента просто функционером какого-либо коллектива, например какой-либо партии или так называемой базисной демократической организации (запрет императивного мандата).

Все решения государственного органа, к которому относится депутат, приписываются народу. Конституция освобождает депутата от наказов и указаний, обязывает его в силу собственной, приобретенной благодаря выборам легитимности принимать участие в парламентском волеобразовании и тем самым содействовать интеграции отдельных граждан в нацию, сводить и объединять их представления в сверхиндивидуальную общую волю.

Депутат подчинен только своей совести. Это не означает, что он должен следовать своим убеждениям лишь в так называемых вопросах совести. Убеждения — единственная путеводная нить его поведения при принятии решений. Следует считать неудачной часто предпринимаемую в политических спорах попытку связывать партии, их парламентское представительство и тем самым депутатов с так называемыми предвыборными обращениями. Акт выборов не превращает предвыборную программу той или иной партии в руководящую линию, обладающую правовой силой на очередной период легислатуры. Иное представление должно было бы привести к блокаде политической деятельности: даже переговоры о парламентской коалиции могут вынудить партию пойти, на соглашение, противоречащее ее предвыборным обещаниям.. А как она может разумно реагировать на непредвиденный ход событий, не зафиксированный в предвыборной программе на момент ее принятия? (Сохранить Бундестагу и его членам право маневрирования при формировании государственной воли и призван свободный мандат, не совместимый с плебисцитарным.! Речь идет не об оправдании цинизма людей, пробивающихся к власти путем обмана избирателей и затем преследующих собственные цели, а о гарантированной возможности политических действий в изменяющихся условиях.

Сегодня нет недостатка в голосах, утверждающих, что свободный мандат не вписывается более в реальную действительность современной партийной демократии. Особенно мощной по воздействию оказалась теория государства Г. Лейбхольца. Его высказывания о том, что ст. 38, абз. 1 Основного закона должна иметь единственный смысл, а именно отсекают крайние проявления партийной государственности, вторит Федеральный конституционный суд, усмотревший принципиальную несовместимость — пусть лишь временную и методологическую — ст. 38 и 21 Основного закона. Другие авторы добавляют, что место свободного мандата занял императивный, отражающий связанность депутата волей соответствующей политической партии.

Напряжение в парламентской системе возникает не на уровне нормативных положений, а чаще всего между конституционным правом и политической практикой. Депутаты, попадающие в Бундестаг в качестве кандидатов той или иной партии и входящие в партийные фракции, обладают свободным мандатом и не испытывают никаких правовых ограничений. Напротив, ст. 38, абз. 1 Основного закона ослабляет влияние партий на депутатов, парламент в целом. Конституция сознательно включает каждого отдель-

ного депутата в процесс парламентского волеобразования, чтобы таким образом умерять стремление политических партий к олигархии. Свободный мандат делает возможным и открытую коммуникацию депутатов, получение объективной информации и ответственное ее осмысление каждым членом парламента. Он также вменяет им в обязанность руководствоваться при голосовании собственными убеждениями, а не мотивами верности партии и фракции. Этому положению не противоречат случаи, когда депутат не может сам принять компетентное решение и полагается на совет других или следует мнению большинства своей фракции. К функциональным условиям современного парламентаризма относится возможность депутата достигать своих целей путем не индивидуальной, а коллективной борьбы, предполагающей готовность под воздействием обстоятельств идти на компромиссы. Депутат сам очерчивает границы собственной готовности к компромиссам. Его ответственность исключает безоговорочное подчинение.

Деятельность депутата разворачивается в основном в Бундестаге и в избирательном округе. Член парламента принимает участие и в развитии международных связей. Федеральный конституционный суд определяет продолжительность рабочей недели депутата — от 80 до 120 часов. Деятельность депутата почти не минуемо становится его профессией. Парламент не может больше состоять просто из почтенных людей, рассматривающих свой мандат как почетную общественную должность, более того, определенная мера профессионализации депутатов неизбежна.

Определяющими факторами в работе Бундестага являются его партийные фракции, где происходит в значительной мере формирование мнений и воли депутатов, а тем самым и Бундестага. Из свободы каждого гражданина, а следовательно, и депутатов, составляющих данную фракцию, вытекает соответствующее ст. 21, абз. 1 Основного закона требование внутрифракционной демократии.

Важным направлением деятельности депутата является его сотрудничество с другими в одном или самом большем в двух комитетах Бундестага, где готовятся парламентские решения.

Кроме того, депутат осуществляет свои функции, задавая вопросы Федеральному правительству в отведенный для этого час, выступая во время дебатов, вынося на обсуждение вместе с другими проекты законов и прочие материалы, а также направляя правительству запросы.

В избирательном округе депутат помимо сбора политической информации занят проведением собраний и многочисленных мероприятий на местном и региональном уровнях, на которых он часто выступает. Депутат должен поддерживать постоянный контакт с местными властями, чтобы представлять их интересы в Федеральном правительстве и Бундестаге. Во многих случаях он осуществляет и задачи партийного деятеля. Наконец, депутат при-

нимает граждан, обращающихся к нему с пожеланиями и предложениями.

Гарантированный Конституцией свободный мандат правовыми средствами обеспечивает недопустимость любого давления на депутата, ограничивающего его в решениях и парламентских действиях, а также необязательность выполнения депутатом каких-либо даваемых ему указаний и поручений. Запрещаются давление на депутата и внутри фракции, попытки принудить его голосовать в духе фракционного большинства. Напротив, конституционно правомерной является так называемая фракционная дисциплина, в силу которой от отдельного депутата в интересах достижения общих политических целей ожидают, как правило, поддержки большинства фракции. Современное восприятие свободного мандата как фикции основывается на непомерной идеализации действительности, в которой никто и никогда не может быть полностью независимым, а также на недооценке первичной задачи, выполняемой конституционно-правовой гарантией свободного мандата: постоянно взывать к совести депутата.

Неизбежность фракционной дисциплины является следствием плюралистической структуры современного общества, в котором осуществление индивидуальных и партикулярных интересов возможно лишь путем фокусирования их в совместной акции. Возникающие в парламенте конфликты требуют учета как заинтересованности группы в единстве ее действий, так и того обстоятельства, что человек, как правило, только в группе может действовать эффективно. На этом основании трудно что-либо возразить против допустимости исключения из фракции депутата, выражающего несогласие, что, разумеется, не ведет к потере им мандата. Однако подобная мера считается конституционно-правовой только тогда, когда исключенный затронул принципиальные вопросы, что уже само по себе ведет к удалению или выходу из партии.

Более мягким дисциплинарным средством является отзыв из комитета, если депутат представляет в нем мнение фракционного меньшинства. Эта практика вызывает определенное сомнение. Иное дело, если он добровольно либо под нажимом выходит из фракции. Согласно Конституции, комитеты образуются с учетом численного состава каждой из них, и поэтому последние не могут мириться с положением, когда их представляют в комитетах депутаты, не принадлежащие более к той или иной фракции.

Исключение или выход депутата из партии или фракции не лишают его мандата, независимо от того, избран ли он от избирательного округа или по партийному списку. Отказ от мандата, совершенный не по доброй воле, считается недействительным. С гарантированной Конституцией независимостью депутата не согласуются, а потому и не признаются сделки, по которым депутат обещает при определенных условиях отказаться от мандата, а в противном случае выплатить некую сумму. Сюда же надо отнести и договоренность выйти к установленному сроку из Бун-

дестага, предоставив тем самым место следующему по описку кандидату. Этот так называемый ротационный принцип находится, кроме того, в противоречии с установленным Конституцией периодом легислатуры. Отзыв депутата партией также не принимается в расчет. В то же время следует учесть, что Федеральный конституционный суд принял решение, согласно которому запрет партии на основании ст. 21, абз. 2 Основного закона имеет своим следствием потерю мандата депутатами, в нее входящими.

Конституции противоречит так называемое приостановление действия мандата на период исполнения депутатом обязанностей министра; если он отказывается от этого поста, то снова занимает свое место в Бундестаге, а временно ротированный в парламент депутат выбывает из него, чем сильно ущемляется его независимость.

Депутат, не входящий ни в одну из фракций, пользуется равными правами с депутатами — членами фракций. Однако в своей практической деятельности он существенно ограничен. Такой депутат в силу исключительного права фракций назначать членов комитетов и их заместителей не может быть выдвинут в число последних.

Способ отправления служебных обязанностей полностью предоставлен совести депутата. К возложенным на него Конституцией обязанностям относятся соблюдение Конституции и законов, участие в работе Бундестага. Если депутат, не находясь в отпуске, пропускает заседания парламента или не принимает участия в поименном голосовании, то его материальное содержание сокращается. Составной частью Регламента Бундестага являются Правила поведения депутатов, согласно которым члены парламента обязаны сообщать для печати точные данные о своей профессии, ставить президиум в известность о любой оплачиваемой дополнительной деятельности, а также о поступающих пожертвованиях, если они превышают максимально установленную сумму. Запрещены так называемые договоры консультативного характера, за которые депутат получал бы вознаграждение, не оказывая при этом никаких иных услуг, помимо представления в рамках своей парламентской деятельности интересов лица, давшего ему поручение. Следствием нарушения депутатом Правил поведения может быть опубликование президиумом определения по этому поводу, после того как он заслушает депутата и председателя соответствующей фракции. Обязанностью депутата является соблюдение Положения о сохранении тайны, нарушение чего может привести к наложению штрафа.

Депутат как член парламента должен придерживаться его Регламента: выступать в течение установленного времени и только по предоставлении ему слова, следовать призыву председателя говорить по существу и не нарушать порядка, а в противном случае согласиться с лишением слова. За более грубые нарушения депутатом порядка он может быть отстранен от заседаний в Бундестаге и комитетах на срок до 30 рабочих дней.

Лишение гарантированного Конституцией пассивного избирательного права может быть оправдано лишь в исключительных случаях. Однако по ст. 137, абз. 1 Основного закона допустимо введение принципа несовместимости в одном лице должностей государственного служащего и депутата. Разделение властей служит гарантией от возможных осложнений при совмещении должности в сфере исполнительной власти и депутатского мандата. Должностное лицо имеет право баллотироваться в парламент лишь при условии предварительного отказа от занимаемой должности. федеральный президент не может быть членом Бундестага. С вступлением депутата в должность Президента его депутатский мандат теряет силу. Это в равной степени относится и к членам Федерального конституционного суда. Депутаты, составляющие Объединенный комитет, не должны входить в состав Федерального правительства. Уполномоченный Бундестага по обороне не может быть членом Бундестага. То же относится к Уполномоченному по охране данных, не подлежащих оглашению, к чиновникам Счетной палаты и к членам Комитета экспертов по исследованию общеэкономического развития.;

Однако одновременно членство в Бундестаге и парламенте земли с конституционно-правовой точки зрения не исключается, хотя из-за связанной с этим двойной нагрузки проблема снимается сама собой. То же можно сказать о двойном членстве в Европейском парламенте и Бундестаге.

Вопреки многочисленным жалобам на засилье в Бундестаге чиновников и профсоюзных функционеров следует учесть, что сегодня парламент не смог бы обойтись без профессиональных знаний государственных служащих и представителей союзов.

депутат имеет право принимать участие в прениях и в принятии решений Бундестага. Он осуществляет это право, выступая на пленарных заседаниях и в комитетах, а также участвуя в голосовании. Право депутата выступать является составной частью его конституционно-правового статуса, но оно имеет и свои границы. В ходе заседаний депутат должен следовать установленному Бундестагом порядку. Это касается [продолжительности и очередности выступлений от фракций. Депутату, не входящему во фракцию и желающему выступить, председатель Бундестага также гарантирует такую возможность, ибо выступление отдельного депутата наряду с голосованием — существенный инструмент включения его мнения в процесс парламентского волеобразования. Однако де-факто влияние депутатов, не входящих во фракции, на содержание решений Бундестага менее весомо, что побуждает их пользоваться конституционным правом объединения во фракции.

Для профессионального выполнения своих обязанностей депутат нуждается в широкой информации. В Основном законе ничего не сказано о праве отдельного депутата на информацию. Потребовать присутствия любого члена Правительства на заседании Бундестага — право его большинства, но не ясно, в какой степе-

ни это понуждает членов Правительства давать исчерпывающие сведения по тому или иному делу. t Регламент Бундестага предоставляет депутату право самостоятельно или вместе с другими задавать Федеральному правительству вопросы (общие и частные), обращаться к нему с устными запросами, однако это чисто внутрипарламентское право, ни к чему не обязывающее Правительство.

Согласно ст. 53 Основного закона, «Федеральное правительство обязано держать Бундесрат в курсе текущих дел». И хотя из этого нельзя сделать прямой вывод о правах Бундестага и его членов на информацию, но правовой статус парламента как прикрепленного к Федеральному правительству контрольного органа вряд ли уступает в данном случае правовому статусу Бундесрата. Нет смысла обязывать Федеральное правительство к безоговорочной откровенности, включая предоставление документов; разумнее рассчитывать на его добрую волю при ответах на парламентские запросы. С другой стороны, Федеральное правительство, естественно, не обязано с одинаковой мерой полноты отвечать на все запросы, направляемые ему зачастую не столько для удовлетворения потребности в информации, сколько с целью компрометации Правительства. Его обязанность предоставлять сведения ограничивается по меньшей мере соображениями ,охраны государственной тайны и принципом разделения властей.

В компетенцию депутата, далее, входит обязанность направлять запросы и тем самым влиять на ход прений в парламенте. В определенных случаях он может это делать самостоятельно (например, при внесении во втором чтении изменений в проекты законов или выдвижении кандидатур председателя и вице-председателя Бундестага), в других — с поддержкой того или иного числа депутатов (например, три внесении законопроекта или большого запроса в повестку дня Бундестага необходима поддержка одной из фракций, а предложения образовать следственный комитет или выразить Федеральному канцлеру недоверие — четверти членов Бундестага).

Права, гарантированные депутату Основным законом и на его базе — Законом о депутатах, направлены на то, чтобы обеспечить независимость и свободу при исполнении депутатских обязанностей.

Гарантированное Конституцией право лица, баллотирующегося в Бундестаг, на отпуск (не всегда оплачиваемый) для подготовки к выборам и запрет чинить препятствия к -принятию и осуществлению депутатских полномочий тесно связаны с принципом равных выборов. Сюда же надо отнести право депутата на соответствующее вознаграждение от государства.

Упомянутые выше права предоставляют всем гражданам, имеющим право голоса, равные шансы быть избранными в Бундестаг. Разумеется, государственный чиновник, которому Закон о депутатах гарантирует после окончания периода легислатуры Бундестага службу в прежнем ведомстве, меньше рискует на вы-

борах, чем человек свободной профессии. Независимость депутата в период легислатуры парламента существенно укрепилась бы, если бы возвращение к прежней профессии не было связано с непредвиденными осложнениями. Не только нецелесообразно, но и неконституционно устанавливать для депутатов запрет на профессиональную деятельность. Доступ в парламент для всех лиц свободной профессии был бы тогда практически закрыт или во всяком случае дополнительно затруднен. То же относится и к людям, доход которых превышает депутатское жалование, т. е. к тем, кто баллотируется только ради мандата. Степень свободы депутата зависит от очень многих причин: от его положения в партии и во фракции, от структуры избирательного округа и т. д. В соответствии с этим всеобщий запрет на профессиональную деятельность противоречил бы духу и смыслу ст. 48, абз. 2 Основного закона, а также демократическому принципу разных выборов.

Решением Федерального конституционного суда о так называемых суточных исполнение депутатских обязанностей приравнено к полноценной работе, требующей вознаграждения для тех, кто в результате избрания в парламент частично или полностью лишился дохода. Доходы депутата охватывают, наряду с облагаемым налогом жалованием, выплаты, необходимые для выполнения служебных обязанностей, включая свободное от налогообложения покрытие депутатских расходов, бесплатный проезд на всех видах государственного транспорта, временную денежную помощь на период после легислатуры и пенсионное обеспечение в старости.

Согласно ст. 46, абз. 1 Основного закона, «депутат ни в коем случае не может быть подвергнут преследованию в судебном или административном порядке или иным образом привлечен к ответственности вне Бундестага за голосование или мнение, высказанное в Бундестаге или в одном из его комитетов» (индемнитет). Гарантируется также защита депутата за его высказывания во фракции, но не за пределами Бундестага, например на собрании избирателей. «Это правило недействительно в случаях оскорблений клеветнического характера» (ст. 46, абз. 1 Основного закона).

Статья 46, абз. 2—4 Основного закона закрепляют иммунитет депутата — защиту от уголовного преследования и ареста, за исключением случаев задержания на месте преступления или в течение следующего дня. Любые действия, направляемые на расследование в связи с падающим на депутата подозрением в совершении преступления или на его наказание, приостанавливаются. То же распространяется и на производство по делу, начатое или не законченное до вступления кандидата в должность депутата, однако производство по делу все же может быть проведено с согласия Бундестага. При этом его председатель направляет поступившие обращения по вопросам иммунитета непосредственно в Комитет по проверке итогов выборов, по вопросам иммунитета и Регламента; последний на основе выработанных им принципиальных положений, касающихся рассмотрения обращений по вопросу об отмене иммунитета депутатов, дает рекоменда-

дации Бундестагу. Председатель, осуществляющий полицейские полномочия в здании Бундестага, имеет право, невзирая на иммунитет депутата, дать согласие на его обыск и арест.

Выражающаяся в индемнитете и иммунитете депутатская неприкосновенность, отвоєванная у государственной власти и постепенно внедренная в Германии, не утратила силы в условиях правового государства и парламентарной системы. Предназначение ст. 46 и 47 Основного закона (право депутата не давать показаний относительно доверившихся ему лиц) служит не усилению привилегированного положения отдельного депутата, а защите свободного и действительного волеизъявления парламента, которому, пусть потенциально, угрожает злоупотребление со стороны органов исполнительной власти и юстиции,

Депутат не может возбуждать дела в Федеральном конституционном суде по поводу нарушений его статуса, предъявлять иски касательно прав своей фракции или Бундестага, но вместе с другими его членами может отстаивать определенные групповые права в споре между конституционными органами власти.

3. Структура и органы Бундестага

Согласно Основному закону, Бундестаг образует в рамках конституционного строя единое целое. С правовой точки зрения все, что подготавливается на его различных внутренних уровнях, не имеет обязательной силы, пока решение не будет санкционировано органом в целом.

Бундестаг обладает сложной горизонтально-вертикальной структурой. Это не только обусловлено политической и практической необходимостью, ибо речь идет о коллегии из 662 равноправных депутатов, но и вытекает непосредственно из компетенции парламента, установленной конституционным правом и другими предписаниями. Некоторые органы Бундестага указаны в Основном законе: председатель, его заместители, секретари, следственные комитеты, Комитеты по иностранным делам и по вопросам обороны, Уполномоченный по обороне и Комитет по петициям. Основной закон в целом исходит из наличия комитетов. Существование фракций зафиксировано в статье об Объединенном комитете и в ряде других статей Основного закона. Право ходатайствовать перед Федеральным конституционным судом о решении определенных вопросов закреплено за одной третью депутатов Бундестага (ст. 93 Основного закона). Более подробное структурное деление парламента устанавливается Регламентом.

Структурирование Бундестага носит не столько организационный, сколько политический характер. Соблюдая конституционно-правовое равенство депутатов, парламента должен обходиться в основном без иерархического организационного механизма. Функционирование многих его структур строится поэтому в конечном счете на договоренности.

Структура Бундестага свидетельствует об элементах парламентарно-демократического правления, а именно:

- о политическом волеобразовании в условиях дифференцированного, но в социальном и конституционно-правовом плане упорядоченного общества;

- о свободе выбора, формулирования, поддержки и критической проработки тем из широкого спектра общественных интересов свободно выдвинутыми, а затем свободно избранными и объединившимися депутатами;

- об одобрении основных принципов и методов политического волеобразования в парламенте.

Существенную часть Бундестага составляют фракции, но они не являются его органами. Парламентские фракции — это образования, необходимые в рамках конституционной деятельности. Они гарантируют Бундестагу возможность функционировать и образуют его политическую структуру, формируют парламентскую волю и сводят различные политические позиции к эффективному согласию. Основной закон признает фракции наряду с гарантией образования и существования партий (ст. 24). Согласно § 10, абз. 1 Регламента, «фракциями являются объединения депутатов Бундестага, включающие не менее пяти процентов депутатов Бундестага, принадлежащих к одной и той же партии или к таким партиям, которые, имея политические цели одного и того же направления, не конкурируют между собой ни в одной из земель».

Фракциям отводится доминирующая позиция в сфере реализации полномочий, вытекающих из Регламента. Формально фракция, состоящая из 50% депутатов Бундестага, обладает почти всеми правами, необходимыми для внесения законопроектов, больших и малых запросов, проектов решений, предложений о поименном голосовании, прекращении дискуссий, приглашении федеральных министров и т. д. Они же решают, кто входит в комитеты. С учетом численного состава каждой фракции определяются состав комитетов и их председатели, число членов во внепарламентских органах, в частности в комитетах по радиовещанию, в международных и контрольных структурах.

Регламент Бундестага отвел фракциям центральное место в парламенте, но не сумел охарактеризовать их правовую природу. Попытки дать официальное определение фракциям сводились к восприятию их как частноправовых объединений, общественно-правовых корпораций, органов Бундестага, частей партий и т. п. Отсутствие однозначности в данном вопросе является с юридической точки зрения пробелом и может привести к некоторым осложнениям. Однако на практике отказ от дефиниции оказался правильным. Каждая попытка подогнать определение фракции под имеющиеся виды правовых структур блокировала бы их своеобразное положение как связи между государственным и общественным волеобразованием, парламентом и партиями, между парламентом и отдельными депутатами, общественностью и силами, определяющими внутреннюю политику. Формализованное

включение фракций в государственные органы могло бы разорвать их связи с партиями, избирателями и общественными организациями, и напротив, полное отделение от государственного волеобразования ослабило бы их интеграцию и опосредованную парламентом дееспособность Правительства.

В определенном смысле фракции похожи на Бундестаг. Они имеют, за исключением фракции партии «зеленых» и ПДС, собственные уставы: «Внутренний распорядок» (фракция ХДС/ХСС), «Регламент» (фракция СДПГ и СвДП), — принимаемые на их общих собраниях. Основа действенности этих уставов — право фракций на самоорганизацию. С одной стороны, они обнаруживают сходство с уставами непарламентских объединений, а с другой — с регламентами парламентов. Уставы фракций обязывают, например, своих членов принимать участие в заседаниях Бундестага, в работе его комитетов, а также в собраниях фракций; объяснять причины своего отсутствия и находиться в зоне досягаемости; заблаговременно сообщать правлению фракции о своем намерении голосовать иначе, чем решила фракция; выступить с речью или направить запрос; платить взносы в кассу фракции.

Уставы фракций детально определяют их организационную структуру. Это общее собрание, председатель, правление, управляющий делами фракции в Бундестаге, рабочие группы, секции и другие органы, формирование которых происходит путем голосования членов фракции, причем решение принимается большинством голосов. Профессиональные службы фракций дублируют в основном систему комитетов Бундестага, которая в свою очередь ориентируется на отраслевое деление правительственных структур.

Потребность фракций в финансах покрывается из двух источников: из членских взносов и преимущественно из бюджета Бундестага. Финансирование из общественных средств Федеральным конституционным судом признано допустимым, ибо в конституционно-правовом плане фракции относятся к государственной сфере и тем отличаются от партий, входящих в сферу общественно-политическую. Фракции принимают бюджеты и контролируют их исполнение. На основании особого соглашения между председателем Бундестага и председателем Федеральной счетной палаты последняя тоже контролирует исполнение бюджетов фракций.

К середине 80-х годов фракциям выделялись субсидии в размере 58 млн. марок. Между фракциями эти деньги распределялись в соответствии с их численным составом. Сумма, причитавшаяся каждой фракции, складывалась из основной субсидии и доплат в соответствии с числом членов фракции и ее вспомогательного аппарата. С 1977 г. оппозиция получает особую доплату в размере 25% основной субсидии и 7% субсидии на каждого депутата. Эта мера отражает признание роли оппозиции в парламентской системе правления, аналогичной роли британской нижней палаты.

Помимо сотрудников, с которыми депутаты могут заключать частные договоры, фракции располагают вспомогательным аппа-

ратом, численность которого достигает 600 человек, из них 40% с высшим образованием. Фракции заключают со своими сотрудниками договоры исходя из тарифов для лиц, состоящих на государственной службе.

Состав парламента и его деление на фракции являются результатом выборов. Партии представлены внутри парламента только фракциями. Через фракции они оказывают свое влияние на формирование государственной воли, и наоборот, процесс государственного волеобразования воздействует через фракции на развитие программ и самооценку партий.

Конституционное право на образование партий проецируется и на фракции, однако последние не признают себя исполнительными органами партий. Для депутатов не могут иметь обязательную силу директивы съезда или руководства партий (ст. 38, абз. 1 Основного закона). Фракции и партии постоянно координируют свои действия в борьбе за политическое доминирование (образование коалиции и запрет на ее создание, выражение недоверия путем выхода из одной коалиции и вступления в другую). Фракции состоят исключительно из депутатов. В свою очередь все депутаты, за очень редким исключением, принадлежат к той или иной фракции.

Давление фракции на депутата с правовой точки зрения недопустимо; средством нахождения решения служит демократический принцип большинства, будь то общее собрание или орган фракции. Оставшийся в меньшинстве депутат не обязан подчиняться решению большинства. На основании ст. 38, абз. 1 Основного закона он может голосовать иначе, чем это наметила фракция, вправе представлять собственные запросы, брать слово на заседании Бундестага и выражать свое отличное от общего мнение. Такое средство давления, как фракционная дисциплина, носит политический характер; ее влияние и действенность различны в каждом отдельном случае и, по существу, юридически не урегулированы.

Свободный мандат является опорой депутата в его действиях не против, а внутри фракции. Если последняя избегает публичного освещения внутрифракционных разногласий, то она вынуждена вникать в политические представления отдельного депутата и давать ему возможность демонстрировать в процессе волеобразования фракции свою точку зрения.

Фракции как самостоятельные подразделения Бундестага призваны ускорять и облегчать процесс принятия решений и потому облегчены целым рядом внутрипарламентских полномочий. Неконституционным было бы оказание фракционного влияния на выборы и акты легитимации вне парламента. Фракция — это только часть целого, и потому она не может брать на себя функции и полномочия этого целого.

Сотрудничество фракций в парламенте урегулировано Регламентом. Все что в Бундестаге выносится на обсуждение, должно быть предварительно представлено в виде предложений, подав-

ляющее большинство которых исходит из 5% его депутатов или от фракций. В соответствии с их численностью фракции определяют состав и руководят всех органов, комитетов и комиссий Бундестага. Там, где Основной закон, Регламент или иные нормативные акты устанавливают более высокий кворум, воспользоваться определенным правом, например правом вносить предложения о досрочном созыве сессии или об учреждении следственного комитета и т. д., могут лишь фракции, численность которых составляет одну треть или одну четверть, т. е. указанную в документах часть Бундестага. Со дня его основания стало правилом, что оппозиция насчитывает такое число сторонников, которое создает возможность пользования правом внесения предложений.

Широкие полномочия фракций удовлетворяют как большинство, так и меньшинство. Назначение последнего — выявлять конкурирующие политические концепции, что гарантирует парламентской оппозиции выполнение ее задач. Фракции большинства обеспечивают парламентский контроль в правительственном лагере, т. е. в отношениях между фракцией большинства или коалицией, с одной стороны, и сформированным ею Правительством — с другой. Прочное, согласно Регламенту, положение фракций усиливает позиции большинства по отношению к Правительству. Каждая группа депутатов, насчитывающая 5 или более процентов от состава Бундестага, потенциально может воспользоваться правом меньшинства и тем самым вынудить считаться с ее интересами в области контроля.

Установленная Основным законом форма правления, с одной стороны, формирует в Бундестаге четко очерченную оппозицию, а с другой — зависит от нее. Понятие оппозиции отсутствует как в Основном законе, так и в Регламенте; тем не менее парламентская оппозиция относится к основополагающим категориям государственного права ФРГ. Федеральный конституционный суд многократно определял парламентскую оппозицию как институт конституционный. Шла ли речь о парламентской оппозиции, оппозиции меньшинства, оппозиционно настроенных депутатах, оппозиции Правительству и т. п., всегда четко проявлялась государственно-правовая ориентация: парламентская оппозиция — это предпосылка и результат того, что конституционный строй Федеративной Республики не признает однопартийного государства и что любое притязание правящего большинства на тотальное влияние или хотя бы только на безусловную истину противоречит Конституции, конституционному праву.

Свободой оппозиции демократический строй общества подкрепляется конституционно; отказ от нее означал бы изменение конституционно-правового строя ФРГ. Демократия начинается там, где гарантируются не только выбор по меньшей мере между двумя конкурирующими партиями, но и политическая, парламентская деятельность с равными шансами, возможностью формировать большинство за счет партии, остающейся в меньшинстве. Общественность сходится на том, что функциональная или только

численная слабость парламентской оппозиции ведет к усилению оппозиции вне парламента и формированию новых оппозиционных партий.

Менее явно, чем в практике Конституционного суда, но еще более определенно оппозиция выступает в качестве правовой категории в уголовном законодательстве. Не следует огорчаться, что нормативная институционализация оппозиции находит себе место только в Уголовном кодексе; то, что это происходит даже там, можно считать признанием за оппозицией как конституционно-правовой категорией центрального положения в сфере охраны Конституции ФРГ. В законах земель тоже можно найти применяемый в различной связи термин «оппозиция».

Наконец, наиболее значительной и исконной сферой институционализации парламентской оппозиции является сам парламент. Совокупность конституционных норм, регулирующих его деятельность (парламентское право), подводит юридическую базу для работы оппозиции в Бундестаге.

Возможность работать в парламенте, вносить предложения и определять свою позицию (то, чем пользуются в широкой мере фракции) характеризует вместе с тем и права институционализованной парламентской оппозиции, неотъемлемые не только согласно идее парламентаризма, но и по существу. Уже упоминалась 20%-ная доля оппозиции при финансировании фракций. Парламентское большинство вместе с Правительством располагает 57,5% времени в любых дебатах, оппозиция — 42,5%. Речь идет о четком противопоставлении Правительства и оппозиции. Тот же принцип лежит в основе комплектования комиссий и комитетов в соответствии с численным составом фракций. Если ограниченный состав комиссии не позволяет соблюсти этот принцип, то придерживаются основной пропорции между большинством и оппозицией (примерно 3:2).

Многолетняя практика Бундестага доказывает отношение к оппозиции как к органической части парламента. По желанию крупных фракций прерываются пленарные заседания, собирается Совет старейшин, созываются особые совещания специальных комитетов и производится информирование Бундестага Федеральным правительством. Понятно, что равенство шансов коалиционного большинства и оппозиций недостижимо; поэтому оппозицию дополнительно поддерживают юридически. Так, например, право председательствовать в Бюджетном комитете, как правило, предоставляется оппозиции; подобная тенденция наблюдается и в Комитете по петициям. Нельзя не обратить внимания на то, что комплектование научных и вспомогательных служб Бундестага — групп экспертов, библиотеки, архива, пресс-службы и др. — производится не в соответствии с численностью фракций, а по свободному соглашению депутатов, причем чаще всего оппозицией. Эти группы, как замечено, более всего полезны именно ей.

Согласно ст. 40, абз. 1 Основного закона, Бундестаг избирает своего председателя, его заместителей и секретарей. Легислату-

ра парламента оканчивается (даже в случае его роспуска) не ранее созыва нового состава. Бундестаг сам определяет момент закрытия и возобновления своих сессий. В определенных случаях председатель может и обязан созвать Бундестаг досрочно (ст. 39, абз. 3 Основного закона).

Парламент обладает правом самоорганизации, которое на практике преобразуется в своеобразное самоуправление. Самоопределение в рамках действия Основного закона охватывает значительно большее, чем автономное «парламентское право кайзеровского Рейхстага, число элементов, конкретизируемых и дополняемых не только Конституцией и Регламентом, но и нормами, основанными на этих актах.

Политическая и профессиональная организация парламентской работы требует создания руководящих и подготовительных органов. Положение председателя Бундестага регулируется в деталях не Основным законом, а текущим парламентским правом. На конституционном уровне председателю даны лишь распорядительные права и полицейские полномочия в здании Бундестага. Без его согласия здесь не может быть произведен обыск или наложен арест. Председателем Бундестага созывается и ведется Федеральное собрание, выбирающее Президента Республики.

Председатель избирается на весь период легислатуры. Его нельзя переизбрать или снять с должности. Однако эта формальная неприкосновенность не дает властных полномочий по отношению к фракциям или Бундестагу в целом. С другой стороны. Регламент наделяет председателя рядом прав, гарантирующих, при последовательности их использования, серьезную возможность ставить определенные акценты в работе парламента.

Со времен Веймарской Республики кандидатуру председателя выдвигает наиболее сильная фракция, даже если она одна или в коалиции с другими не составляет большинства. Вторая по численности фракция выдвигает его первого заместителя. «Если председатель не имеет возможности исполнять свои обязанности, его замещает один из заместителей, состоящий в следующей по численности фракции» (§ 7, абз. 6 Регламента). Эта комбинация из обязанностей фракций и частичной их политической нейтрализации создает основу для активной деятельности председателя Бундестага, более влиятельного и сильного, чем глава Рейхстага периода конституционной монархии.

Соблюдение требования придерживаться нейтралитета («...справедливо и беспристрастно руководит заседаниями...» — § 7, абз. 1 Регламента) дает председателю возможность действовать в качестве посредника и арбитра между фракциями, представлять права и интересы всего Бундестага и содействовать его работе. Согласно § 7, абз. 1 Регламента, председатель представляет Бундестаг и регулирует его деятельность, обеспечивает охрану его прав и достоинства, стимулирует его работу, справедливо и беспристрастно руководит заседаниями и обеспечивает порядок. Во всех

комитетах председатель имеет совещательный голос, правда, практически им никогда не пользуется.

На председателя Регламентом возлагаются обязанности:

- распоряжаться использованием помещений Бундестага, применять полицейскую власть в них, издавать по согласованию с Комитетом по проверке выборов, вопросам иммунитета и регламенту Правила внутреннего распорядка;

- заключать по согласованию со своими заместителями внутрипарламентские рабочие соглашения;

- распоряжаться денежными средствами в рамках бюджета Бундестага;

- в качестве высшего должностного лица Бундестага назначать, повышать в должности, увольнять его чиновников и обслуживающий персонал;

- выступать на заседаниях Бундестага (совместно с двумя секретарями) в качестве его Президиума;

- определять совместно с заместителями последовательность руководства заседаниями Бундестага;

- предоставлять депутатам отпуска;

- в случае необходимости дополнительно назначать секретарей;

- распределять обязанности среди них;

- допускать членов Бундестага к документации;

- принимать сообщения депутатов и в случае необходимости рассматривать их в соответствии с Правилами поведения членов Бундестага;

- созывать в особых случаях пленарные заседания;

- вести такие заседания в рамках предписаний Регламента (§23,25-29);

- использовать средства поддержания порядка (призыв говорить по существу и сохранять порядок, лишение слова, удаление депутата, прекращение заседания, удаление гостей);

- давать согласие на внеплановые заседания комитетов;

- решать вопрос о доведении до сведения депутатов определенных материалов;

- направлять обращения по вопросам иммунитета в соответствующий комитет;

- направлять петиции в Комитет по петициям;

- разрешать конфликты, связанные с внесением поправок в стенограмму;

- направлять принятые законы другим конституционным органам;

- разрешать сомнения, возникающие в ходе заседаний Бундестага относительно толкования Регламента (применительно к данному случаю).

Кроме того, на председателя Бундестага возлагается обязанность вести заседания Совета старейшин, президиума, а в случае необходимости председательствовать в создаваемых по конкретному случаю комиссиях или подкомиссиях Совета старейшин, в

Объединенном комитете, на федеральном собрании, избирающем Федерального президента, и, наконец, на различных специальных мероприятиях и юбилейных заседаниях Бундестага.

Председатель и его заместители заседают регулярно раз в неделю перед соответствующим совещанием Совета старейшин. Они могут обсуждать, например, принципиальные и спорные вопросы ведения заседаний и соблюдения Регламента, позицию Бундестага в том или ином случае по отношению к общественности и другим конституционным органам, реакцию председателя на актуальные политические конфликты и т. д. Так как заместители председателя действуют в определенной мере как представители своих фракций, а с другой стороны, отстаивают интересы руководства, то президиум является своего рода местом «клиринговых соглашений».

Администрация Бундестага, насчитывающая более 1700 чиновников и служащих, не входит, конечно, в состав Бундестага. Во главе администрации стоит директор, совмещающий в одном лице функции главы секретариата и шефа администрации. Он помогает председателю в ведении пленарных заседаний Бундестага, Совета старейшин, президиума, и комиссий, дает советы по организационным, административным и бюджетным вопросам. Среди структур администрации следует назвать Отдел парламентских служб с парламентским секретариатом и службой стенографии, с подотделом парламентского права и др., Главный отдел научного обслуживания с библиотекой, архивами и пр.

Внутренний руководящий орган Бундестага — Совет старейшин включает в себя председателя Бундестага, его четырех заместителей и 23 депутата, представляющих фракции (пропорционально численному их составу). Совет старейшин оказывает председателю помощь в осуществлении его деятельности и выполняет некоторые дополнительные функции. Так, в начале каждого избирательного периода он ведет согласительную работу между фракциями относительно того, кто займет пост председателя того или иного комитета. Совет составляет планы работы Бундестага на весь год и каждую неделю. Принятие решений большинством голосов не допускается; как правило, путем переговоров достигается консенсус. Выработанные Советом старейшин соглашения, фактически обладающие большой силой, предлагаются Бундестагу и требуют его одобрения. Кроме того, Совет старейшин составляет предварительную смету парламентского бюджета, распоряжается использованием помещений, занимается строительными и ремонтными вопросами, комплектованием библиотеки и оснащением служб Бундестага.

На Совете старейшин может быть обсужден, по сути дела, любой вопрос, который, по мнению какой-либо фракции или хотя бы одного из членов Совета, подлежит рассмотрению. Это место, где высказываются претензии относительно исполнения председателем или его заместителями их служебных обязанностей, поведения депутатов, групп или фракций. В этом отношении Совет ста-

рейшин играет роль арбитра, но его заседания не носят официального характера. Так как Совет старейшин обсуждает спорные конкретные вопросы, связанные с Регламентом, то он существенно влияет на интерпретацию парламентского права. Таким образом накапливается опыт, внедряются обычные нормы, которые наряду с зафиксированным регламентным правом формируют процессуальное (право Бундестага).

В Регламенте упоминается только один постоянный подкомитет Совета старейшин — по руководству библиотекой, архивом и для ведения документации. На практике Совет имеет еще ряд комиссий по разным областям деятельности:

- правового положения депутатов;
- внедрения новой информационно-коммуникативной технологии и новых средств информации;
- составления предварительной сметы бюджета;
- распределения помещений;
- обслуживания посетителей;
- по делам помощников депутатов;
- по обмену молодежи между Германией и США.

В эти комиссии могут входить и депутаты, не являющиеся членами Совета старейшин.

Большая часть работы Бундестага совершается не на пленарных заседаниях, а в комитетах и комиссиях. Прежде всего это касается законодательства. Первое чтение законопроекта необходимо в основном для того, чтобы в обязательном порядке передать его одному из комитетов. Регламент предоставляет каждому автору законопроекта шанс на его профессиональное обсуждение в соответствующем комитете. После этой подготовительной фазы законопроект уже в редакции комитета готов для принятия или отклонения на втором его чтении. Кроме того, комитеты являются важным инструментом парламентского контроля. Значительную часть задач поддержания связей представительства и интеграции берут на себя другие подразделения Бундестага.

Комитеты делятся на специальные и прочие. Среди первых типичны комитеты законодательные, они отличаются от тех, которые осуществляют скорее контрольные и иные функции по отношению к министерствам и другим учреждениям. Для Бундестага, начиная с середины 60-х годов, характерно образование специальных комитетов в соответствии с системой отраслевых министерств Федерального правительства. Их зеркальное отображение улавливается уже в названиях. Действия Федерального канцлера по созданию министерств вызывают соответствующую деятельность Бундестага по организации своих комитетов с целью точного до деталей профессионального контроля над планами действий министерств, включая тщательную экспертизу законопроектов.

Примерно три четверти законопроектов вносятся Правительством, т. е. предварительно прорабатываются в министерствах. Проверка, изменение, прием или отклонение правительственных предложений — часть контрольной функции комитетов. В две

трети правительственных проектов во время их обсуждения в комитетах вносятся изменения, причем не только касающиеся деталей.

Прочие постоянные комитеты и комиссии, не соответствующие перечню министерств, выполняют общие задачи (таковы, например, Бюджетный комитет и Комитет по петициям), особые парламентские задачи (Комитет по вопросам регламента), специфические контрольные и информационные функции (право парламента на проверку определенных фактов из биографии депутата) или берут на себя часть компетенции Бундестага (руководство различными избирательными комиссиями содействия).

Структурное деление парламента имеет также политический характер, зависит от нужд связи с общественностью и находится лишь в ограниченной степени его власти. При всех своих различиях органы Бундестага образуются по единому принципу, т. е. с учетом численного состава каждой фракции. Расчет соотношения численности фракций с количеством мест в комитете производится особыми математическими способами, постоянные комитеты насчитывают от 13 (Комитет по делам почты) до 37 членов (Бюджетный комитет); таким образом все фракции имеют там своих представителей. Иная картина в малочисленных органах. Комитет по ограничению тайны переписки, почтовой, телеграфной и телефонной связи состоит, например, из пяти членов: двух представителей ХДС/ХСС, двух — от СДПГ и одного — от СвДП, — в то же время фракция «зеленых» не имеет в нем ни одного представителя. Следственные комитеты создаются в таком составе, чтобы даже самая малая фракция имела одно место.

Вопрос о том, должна ли каждая фракция быть представлена по меньшей мере одним своим членом в каждом органе Бундестага, разрешается не юридическим, как это, часто бывает в парламентарном праве, а политическим путем, если в результате волеизъявления избирателей наряду с существующими появляется новая парламентарская группировка.

Председатели комитетов назначаются также пропорционально численному составу фракций. В начале легислатуры не обходится без конфликтов. В основе регулярно достигаемого в Совете старейшин соглашения лежит принцип открытого доступа к месту председательствующего: все фракции, начиная с сильнейшей, поочередно называют комитеты, на место председателя в которых они претендуют.

Число членов отдельных органов зависит от значения комитетов, пожеланий фракций, величины нагрузок (в особенности в законотворческих комитетах), от предполагаемого председателя и от многого другого. Так, наиболее крупные — Бюджетный комитет и Комитет по иностранным делам — насчитывают по 37 членов, Комитет по труду и специальным правам — 35, Аграрный комитет — 27, а Комитеты по образованию и науке — 19, по спорту

—

Фракции выдвигают председателей и членов этих органов согласно выпавшему на их долю числу мест. Комитеты назначают председателей и их заместителей по согласованию с Советом старейшин. Таким же способом укомплектовываются создаваемые по конкретным случаям следственные комитеты и Исследовательская комиссия, председательское кресло в которых во время легислатуры занимают представители различных фракций.

Согласно Конституции, «Федеральное собрание, избирающее Президента, состоит из членов Бундестага и равного числа членов, избираемых народными представителями земель на началах пропорциональности» (ст. 54, абз. 3 Основного закона).

Каждый принимаемый Бундестагом закон при возникновении конфликта с Бундесратом может быть передан для совместного обсуждения в посреднический комитет. Если закон опротестовывается Бундесратом, то последний может потребовать созыва такого комитета. Когда для принятия закона требуется согласие Бундесрата, а он в этом отказывает, созыва комитета могут потребовать Бундестаг и Федеральное правительство. Состав и порядок работы этого комитета устанавливается его Общим регламентом, принимаемым Бундестагом и нуждающимся в одобрении Бундесрата. Равное число членов комитета — по 16 от Бундестага и Бундесрата — соответствует количеству земель, каждая из которых имеет своего представителя в комитете. Состав делегации Бундестага назначается на основе пропорционального представительства фракций.

Посреднический комитет проводит свои заседания строго конфиденциально, что оправдывается защитой его членов, стремящихся найти компромиссное решение. Протоколы комитета становятся доступными общественности лишь в третий период легислатуры, после соответствующего заседания. Если комитет приходит к согласию, что надо изменить или отменить принятый Бундестагом законопроект, то, согласно его Общему регламенту, это предложение ставится на голосование Бундестага без какого-либо дополнительного обсуждения. Если в выработанном соглашении предложен ряд изменений, то в нем же оговорено, будет ли Бундестаг голосовать по согласованному предложению в целом, что предпочтительнее, чем голосование по пунктам, могущее разрушить достигнутый компромисс. После этого рассмотрения Бундесрат волен либо одобрить законопроект, либо подтвердить свои прежние возражения, либо отказаться от них.

Объединенный комитет, часто называемый промежуточным между Бундестагом и Бундесратом конституционным органом, был создан для того, чтобы парламентским путем оперативно овладеть критической ситуацией, если территория федерации подвергнется вооруженному нападению или окажется под угрозой такового (состояние обороны — ст. 53а; ст. 115а, абз. 2; ст. 115е Основного закона). В состав этого Комитета входят 16 представителей земель (по одному из каждой) и 32 члена Бундестага, назначаемых парламентом на основе пропорционального пред-

ставительства фракций. Работа Комитета регулируется его собственным регламентом, принимаемым Бундестагом с одобрения Бундесрата.

Председателем Объединенного комитета является председатель Бундестага. Решения в комитете принимаются большинством поданных голосов, что дает Бундестагу возможность проводить в жизнь свои идеи. Правительство обязано регулярно, по меньшей мере два раза в год, информировать Объединенный комитет о планах, касающихся состояния обороны, а также делать это по требованию Федерального президента, Федерального канцлера или шести членов Объединенного комитета.

Федеративная Республика Германия посылает, согласно Уставу Совета Европы, 18 своих представителей на его Парламентскую ассамблею и на ассамблею Западноевропейского союза. Эти 18 человек избираются Бундестагом из числа его членов на весь период легислатуры. В данном случае парламент также прибегает к принципу пропорционального представительства фракций. Делегация ФРГ информирует Бундестаг о всех совещаниях Совета Европы; информация обрабатывается Комитетом по иностранным делам.

На Североатлантическую ассамблею ежегодно собираются парламентарии входящих в НАТО стран. Бундестаг посылает делегацию, составляемую по принципу пропорционального представительства фракций. На ассамблее рассматриваются вопросы о военном, экономическом и политическом положении, а соответствующие отчеты рассылаются правительствам стран-участниц.

В Межпарламентской ассамблее, основанной в 1889 г. и насчитывающей сегодня 94 страны. Бундестаг имеет 18 голосов. Принимаемые на весенних и осенних сессиях этого «парламента парламентов» решения и рекомендации в области политики, экономики, культуры и социальных проблем направляются национальным правительствам и международным организациям.

Кроме того, Бундестаг представлен своими депутатами в целом ряде наблюдательных и контрольных органов, действующих в государственной, экономической и культурной сферах, например:

- в Комитете по долговым обязательствам при федеральной администрации;
- в Управлении и Конституционном художественном совете федеральной почты;
- в советах на радиостанциях «Немецкая волна» и «Радиовещание Германии»;
- в Управлении Института по развитию кино;
- в Управлении банка, компенсирующего гражданам ФРГ ущерб, причиненный войной;
- в Попечительском совете Федерального центра политического образования.

Уполномоченный по обороне является для солдат инстанцией, рассматривающей их петиции, и вспомогательным органом Бун-

дестага по осуществлению парламентского контроля. Не будучи депутатом Бундестага, Уполномоченный не вписывается в его структуру, однако, выполняя свои задачи, действует в русле функций Бундестага. Он избирается тайным голосованием большинством депутатов. Выдвигать кандидатов вправе Комитет по вопросам обороны, фракции, а также группа депутатов от малочисленных фракций. Быть избранным может каждый немец, обладающий правом избрания в Бундестаг, достигший 35-летнего возраста и отслуживший действительную службу в армии минимум в течение года. Выбирают Уполномоченного на пять лет; повторное избрание допускается. Отзыв возможен по предложению Комитета по вопросам обороны с одобрения большинства членов Бундестага.

В служебные полномочия этого лица входят получение сведений и ознакомление с производством по делам во всех инстанциях федерального Министерства обороны, возбуждение дисциплинарного производства, производства по уголовному делу, право посещать воинские части, требовать сообщений министра обороны и глав других ведомств, присутствовать при административных производствах и производствах по уголовным делам (с правом ознакомления с делом).

Уполномоченный обязан ежегодно представлять Бундестагу письменный отчет и по требованию его или Комитета по вопросам обороны присутствовать на заседаниях парламента. Со своей стороны, он может в любое время вносить в эти структуры свои доклады. Согласно Регламенту, председатель Бундестага является высшим должностным лицом по отношению к служащим, работающим с Уполномоченным по обороне. Параграфы 114 и 115 Регламента регулируют прохождение докладов Уполномоченного через упомянутые Комитет и Бундестаг и дают ему право на выступление при обсуждении доклада по требованию одной из фракций или 5% присутствующих депутатов.

4. Процедура парламентской деятельности

Процедура парламентской деятельности в основном определяется Регламентом Бундестага, дополняемым положениями Основного закона и иных нормативных актов. Эти три компонента и образуют парламентское процессуальное право. Конституционные нормы в известной мере регламентируют парламентское право, и наоборот, парламентское право (Регламент) конкретизирует отдельные положения Конституции, интерпретирует и развивает их. Под конституционным правом следует понимать не только соответствующие положения Основного закона, но и вытекающие из его норм полномочия и притязания в парламентской системе управления и не в последнюю очередь — соответствующие решения Федерального конституционного суда.

Основной закон содержит ряд непосредственных положений,

касающихся процедуры парламентской деятельности. К таковым относятся:

- нормативные основания для досрочного созыва Бундестага (ст. 39, абз. 3);

- принцип публичного проведения заседаний Бундестага и нормативные основания для объявления их закрытыми (ст. 42, абз. 1);

- признание большинства голосов определяющим при принятии Бундестагом решений (ст. 42, абз. 2), указание на исключения (ст. 77, абз. 4; ст. 79, абз. 2) и формулирование понятия большинства членов Бундестага (ст. 121);

- право членов Бундесрата и Федерального правительства, а также их уполномоченных в любое время выступать в парламенте (ст. 43, абз. 2);

- основы процедуры работы следственных комитетов (ст. 44, абз. 2);

- нормативные основания проведения расследований Комитетом по вопросам обороны (ст. 45а, абз. 2);

- процедура назначения членов Бундестага и Бундесрата в Объединенный комитет (ст. 53а, абз. 1);

- созывы Федерального собрания председателем Бундестага (ст. 54, абз. 4);

- приведение Федерального президента к присяге на общей сессии Бундестага и Бундесрата (ст. 56);

- нормативные основания для внесения предложения о возбуждении обвинения против Федерального президента и для решения этого вопроса (ст. 61, абз. 1);

- положение о проведении Бундестагом выборов Федерального канцлера (ст. 63);

- предписания о выражении Бундестагом недоверия Федеральному канцлеру (ст. 67);

- определение сроков решения вопроса о доверии Федеральному канцлеру (ст. 68);

- процедура принятия законов (ст. 76 и 77);

- особые положения об объявлении законодательной необходимости (ст. 81);

- предписания о выборах членов Федерального конституционного суда (ст. 94, абз. 1) и о выборах судей других высших судебных инстанций федерации (ст. 95, абз. 2);

- особые положения о внесении на обсуждение и о принятии бюджетного закона и бюджета (ст. 110, абз. 3).

Нормы парламентского права содержатся, в частности, в следующих положениях Основного закона;

- о создании специальных и вспомогательных органов в сфере контроля и ограничения почтовой, телеграфной и иной электросвязи (ст. 10, абз. 2 в сочетании со ст. 19, абз. 4);

- о народном опросе и референдуме, а так же об особых процессуальных аспектах преобразования территорий земель (ст. 29);

- о принципах избирательного права, пассивном избиратель-

ном праве и законодательном поручении относительно избирательного права (ст. 38);

— о сроках выборов в Бундестаг, продолжительности, начале и конце его легислатуры (ст. 39, абз. 1 и 2);

— о принципах проверки правильности выборов в Бундестаг и законодательном поручении относительно изложенного выше (ст. 41);

— о задачах Уполномоченного Бундестага по обороне и о законодательном поручении, касающемся этих задач (ст. 45b);

— о законодательном поручении относительно полномочий Комитета по петициям (ст. 45с, абз. 2);

— о частичной конкретизации вознаграждения депутатов (бесплатное пользование всеми государственными транспортными средствами) и законодательном поручении относительно изложенного выше (ст. 48, абз. 3);

— о нормах, по которым избирается Федеральный канцлер (ст. 63), выражается недоверие или доверие Федеральному канцлеру (ст. 67 и 68);

— о процедуре законотворчества, созыве Посреднического комитета и отклонении протеста Бундесрата (ст. 77, абз. 2 и 3);

— о законодательном поручении относительно состава и процедуры деятельности Федерального конституционного суда (ст. 94, абз. 2);

— о частичном регулировании назначений судей высших судебных инстанций и законодательном определении их состава (ст. 95, абз. 2 и 3);

— о порядке утверждения бюджета; (ст. 110, абз. 3);

— об особых правах федерального правительства в отношении Бундестага в связи с принятием законов, увеличивающих бюджетные расходы (ст. 113);

— о регулировании отношений между Бундестагом и Федеральной счетной палатой и законодательном поручении относительно ее полномочий (ст. 114, абз. 2);

— об особых положениях, определяющих процедуру констатации состояния обороны (ст. 115a и след.).

Во многих случаях, когда Федеральный конституционный суд разбирает конфликты в области права, регулирующего деятельность государственных организаций, нельзя, помимо соответствующего толкования положений Основного закона, исключать опосредованное влияние его решений на парламентскую процедуру. Эта взаимосвязь находит свое отражение в современной интерпретации регламентного права. Из решений ФКС, имеющих значение именно для парламентского процессуального права, выделим следующие:

— предоставление Регламентом председателю Бундестага полномочий представлять интересы последнего в Федеральном конституционном суде;

— определение пределов отступлений от парламентского Рег-

ламента и характера влияния Регламента на законотворческую процедуру;

- право фракций возбуждать ходатайства перед Федеральным конституционным судом;

- подробности установления активной и пассивной легитимации групп Бундестага и отдельных депутатов в споре между конституционными органами власти;

- ограничение права депутатов и членов Правительства на выступление во время заседаний Бундестага;

- недопустимость исключать оппозицию при формировании комиссий парламента;

- порядок возмещения представительских расходов депутатов и назначения им пенсий;

- принципы регулирования и нормы вознаграждения депутатам;

- подтверждение Регламентом Бундестага способности последнего принимать решения;

- особенности процедуры бюджетного законодательства;

- право депутата на выступления и парламентские нормы, регулирующие наложение дисциплинарных взысканий;

- право депутата возбуждать ходатайство в связи со спором между конституционными органами власти, а также правила роспуска Бундестага согласно ст. 68 Основного Закона;

- ходатайство о выдаче в рамках парламентского расследования документов, компрометирующих Правительство;

- допустимость формирования парламентского контрольного органа без участия в нем представителей всех фракций.

В многочисленных текущих законах определяются отдельные этапы и специфические подробности применяемой Бундестагом процедуры. Вот несколько примеров:

- Закон о депутатах, предусматривающий в § 14 удержание из вознаграждения депутата в случае, если он без уважительной причины отсутствует на пленарном заседании и не принимает участия в поименном голосовании при выборах каких-либо органов и лиц;

- Закон о партиях, который в связи с их финансированием возлагает на председателя Бундестага дополнительные задачи и наделяет его президиум особыми полномочиями (§ 22а и 23а), в то время как Регламентом этот орган учрежден для весьма узких целей;

- Федеральный закон о выборах в Бундестаг, § 47, абз. 1, п. 4 которого точно предписывает, в какой форме председатель Бундестага принимает решение о лишении депутата мандата в результате его отказа от членства в парламенте;

- Закон о Федеральном конституционном суде, предписывающий в § 6 избирать судей не путем прямых выборов в Бундестаге, а комитетом выборщиков, избираемых по системе пропорционального представительства;

- Закон об охранных зонах вокруг государственных учрежде-

ний, § 13 которого передает на решение федерального министра внутренних дел с согласия председателя Бундестага вопрос об исключениях из запрета проводить в этих зонах общественные собрания;

— Уголовный кодекс, формирующий в § 353b, абз. 2 составы преступлений и предпосылки для уголовного преследования, которые, в свою очередь, очерчивают определенные обязанности депутатов, а также дополнительные полномочия председателя Бундестага.

Следует также упомянуть законы о выборах, о замещении некоторых судебных должностей, о парламентском контроле над деятельностью информационных служб федерации.

Наиболее значительным источником парламентского процессуального права является Регламент, созданный самим парламентом. Насколько доминирующим является его влияние на парламентскую процедуру, настолько важными остаются и парламентские традиции, и нормы обычного права, а также постоянно принимаемые во внимание Бундестагом судебные толкования. Уточнение зафиксированного в письменном виде права действительно в той мере, в какой парламент своим Регламентом упорядочивает как свою внутреннюю процедуру, так и правовые позиции других органов и их связи, опосредованные Бундестагом. Однако это путь формирования норм обычного права и закрепления определенных толкований, видоизменяющих не только письменно зафиксированные нормы Регламента, но и отношения с другими органами, в особенности с Федеральным правительством, в направлении консенсуса, недостижимого на основе писаных конституционно-правовых полномочий. Примером могут служить включение Правительства и Бундесрата в принятый Бундестагом порядок выступлений на его заседаниях (на основе ст. 43 Основного закона), молчаливое согласие предоставлять оппозиции место председателя бюджетного комитета и выдвижение на пост председателя Бундестага кандидата сильнейшей фракции. Этот парламентский обычай, как и ряд других, сохраняется только потому, что не было предпринято никаких попыток провести формальную унификацию.

Связь между зафиксированными в письменном виде и неписаными правилами процедуры многопланова и сложна. Регламент рассматривается Бундестагом как несовершенный правовой акт. & случаях законодательного оформления используемые на практике прежде неписанные правила включаются в Регламент и нередко производят воздействие, вызывающее необходимость нового толкования, согласно которому они применяются и частично преобразуются вновь. Такая процедура может быть облегчена применением § 126 Регламента, согласно которому отступления от предписаний последнего допускаются в отдельных случаях и по решению двух третей присутствующих депутатов Бундестага, если это не противоречит положениям Основного закона.

Импульсы к определенному толкованию и применению отклоняющихся от Регламента процедурных правил, а также к согласованию их с ним исходят от Совета старейшин, Комитета по Регламенту, председателя, президиума и компетентных чиновников аппарата Бундестага. Мотивация различна: политические и организационные конфликты, попытки ускорить или затянуть решения и т. л. Однако чаще всего это практические трудности, вызываемые неточностями в писаных или применяемых на практике методах и стимулирующие поиск экономного по времени и эффективного решения вопросов.

Первое заседание избранного Бундестага созывается председателем Бундестага предыдущего состава не позднее чем на тридцатый день после выборов и (проводится под председательством старейшего депутата. Он назначает временных секретарей, которые вместе с ним составляют президиум, и руководит выборами председателя Бундестага. Вновь избранный председатель проводит выборы своих заместителей. Процедура выборов председателя и его заместителей определяется § 2 Регламента Бундестага. Для их избрания необходимо большинство голосов; выборы проводятся тайным голосованием с использованием закрытых (т. е. запечатанных в конверт) бюллетеней.

Секретари избираются, как правило, списком на оснований предложения фракций и с учетом численного состава каждой из них. Бундестаг 11-го созыва установил их численность — 25 депутатов. Задачи секретарей — это лишь часть задач, перечисленных в § 9 Регламента Бундестага. Из двух секретарей, составляющих вместе с председателем президиум пленарного заседания, сидящий слева от него официально удостоверяет постановления, в то время как сидящий справа ведет описок выступающих. При проведении поименных голосований и выборов секретари производят сбор и подсчет бюллетеней.

Другие органы, комитеты и комиссии создаются в результате предварительной работы Совета старейшин и на последующих заседаниях Бундестага. Их персональный состав определяется с учетом численного состава каждой фракции.

Совет старейшин не учреждается Бундестагом, а формируется самими его членами. Еще до учредительного заседания он многократно собирается для межфракционного обсуждения вопросов. В период между выборами и первым заседанием Бундестага намечается линия на достижение договоренности между депутатами различных фракций.

В соответствии с предусмотренной Основным законом формой парламентского правления Правительство формируется Бундестагом. Несмотря, на формальное право Федерального канцлера создавать Правительство (ст. 64, абз. 1) назначение самого Федерального канцлера и федеральных министров находится в руках представленных в Бундестаге партий, точнее, их коалиционного большинства. На персональный состав Правительства непременно влияют программные различия партнеров по коалиции, характер

которых отражается в правительственной программе. Позднее она представляется Бундестагу и общественности в виде правительственной декларации, являющейся с политической точки зрения своего рода коалиционным договором. К неписаной составной части этого договора относятся решения персонального значения. Речь идет о том, какие разделы программы за какими ведомствами и министрами закрепляются и кем они будут осуществляться; ко времени выборов Канцлера это становится известно всем депутатам коалиционного большинства. Таким образом, в политическом плане вся правительственная команда выходит из недр парламентского большинства, даже если Бундестаг формально избирает одного лишь Канцлера.

Процедура избрания Канцлера определяется ст. 63 Основного закона. В § 4 Регламента Бундестага сказано, что выборы проводятся тайным голосованием с использованием закрытых бюллетеней. Кроме того, согласно ст. 63, абз. 3 и 4 Основного закона, в случае, если предложенный Федеральным президентом кандидат не избран, новые кандидатуры выдвигаются из числа членов Бундестага одной четвертью депутатов или фракцией, насчитывающей не менее одной четверти его членов. Избранным считается лицо, набравшее наибольшее число голосов (ст. 63, абз. 4 Основного закона). Если на этой стадии два кандидата набирают равное число голосов, Бундестагу предстоит проводить выборы заново, пока один из кандидатов не получит большинства голосов. Вопрос остается открытым, если и в следующих турах повторится ситуация равенства числа поданных голосов. Право Федерального президента выбрать одного из кандидатов представляется сомнительным, а его право на роспуск Бундестага в таких случаях (ст. 63, абз. 4) следовало бы ограничить.

Особой процессуально-правовой формой выборов Канцлера является выражение ему недоверия (ст. 67 Основного закона). Параграф 97 Регламента Бундестага устанавливает, что такое; «предложение должно быть подписано четвертью депутатов Бундестага или фракцией, насчитывающей не менее четверти его депутатов, и внесено в Бундестаг одновременно с предложением о выборах персонально названного кандидата в качестве преемника Федерального канцлера». Далее идет уточнение процедуры выборов — только один тур, который должен показать, получит ли новый кандидат требуемое большинство голосов. Если нет, то попытка выразить недоверие действующему Канцлеру считается провалившейся.

Предусмотренные ст. 67, абз. 2 Основного закона и § 97, абз. 3 Регламента Бундестага 48 часов между внесением предложения о выражении недоверия и выборами дают время для осмысления ситуации, предотвращения поспешных решений и создают гарантии от свержения Правительства так называемым случайным большинством. Если ходатайство Федерального канцлера о выражении ему доверия (ст. 68 Основного закона и § 98 Регламента Бундестага) не встречает одобрения, то Бундестаг имеет возмож-

ность в течение 21 дня избрать нового канцлера. В данном случае допускается тоже только один тур голосования, на что указывает § 97, абз. 2 Регламента.

Заседания Бундестага проводятся публично (ст. 42 Основного закона). Допускаемое этой статьей решение — большинством в две трети голосов объявлять заседание закрытым — никогда не принималось. Общественности открыт доступ на трибуны зрителей; прессе, радио и телевидению дано право присутствовать и беспрепятственно работать. Службы радио- и теленовостей сами определяют объем и порядок трансляции пленарных заседаний.

Принцип публичных дебатов включает в себя до определенной степени принцип устной процедуры прений. Минимум таких дебатов необходим. Согласно § 23 Регламента, председатель обязан по каждому пункту повестки дня открывать дебаты, а при чтении законопроектов (§ 79 и 81 Регламента) дебаты проводятся по предложению меньшинства, равного численности одной фракции (5% членов Бундестага), даже если большинство в этом не заинтересовано.

«Время и повестка дня каждого заседания Бундестага согласуются в Совете старейшин» (§ 20 Регламента), где фракции договариваются о том, какие вопросы и в каком порядке будут рассматриваться на пленарном заседании. Примерно половина недель года отведена на заседания. Как правило, по понедельникам и вторникам заседают различные органы, коллегии и фракции, по средам — комитеты и комиссии Бундестага, а после обеда по средам, целый день по четвергам и до обеда по пятницам проходят пленарные заседания Бундестага.

Согласованная повестка дня раздается депутатам и считается формально принятой в начале каждого заседания, если не последует возражений (§ 20, абз. 2 Регламента). Однако каждый депутат может попытаться внести изменения в повестку дня, если соответствующее предложение подано им до 18 часов предыдущего дня; оно ставится на голосование. Другие вопросы могут обсуждаться на заседании лишь в том случае, если не последует возражений со стороны числа депутатов, равного одной фракции. Продолжительность дебатов по каждому вопросу устанавливается на Совете старейшин и подтверждается в начале каждого пленарного заседания. Ораторы определяются фракциями.

Время выступлений делится между фракциями по определенной формуле в зависимости от численного состава каждой из них. Сообщениям Правительства чаще всего выделяется время, отведенное фракциям большинства, а выступлениям от имени Бундесрата — время фракций большинства или оппозиции (в зависимости от политической позиции соответствующей земли). Этот порядок основывается на соглашении, принявшем в течение многолетней практики характер обычного права.

Слово для выступления предоставляется депутатам председателем. Если он сам пожелает принять участие в прениях, то он должен передать председательствование другому лицу (§ 27 Ре-

гламента). Вне очереди получают слово желающие внести предложения по процедуре (§ 29 Регламента). Согласно точным правовым предписаниям, депутаты могут выступать с заявлениями, опровергающими определенные утверждения в собственный адрес или уточняющими их прежние высказывания (§ 30), а также по поводу голосования (§31) и фактических или личных обстоятельств, не имеющих отношения к повестке дня, но могущих заинтересовать Бундестаг (§ 32).

Параграф 28 Регламента предписывает председателю устанавливать последовательность выступлений, учитывая целесообразность хода обсуждения, различие партийных направлений» силу фракций, и предоставлять слово для выступлений «за» и «против»; в частности, после сообщения Правительства должно прозвучать противоположное мнение — оппозиции. На практике эти принципы так влияют на подготовительную работу Совета старейшин, что последовательность выступлений выстраивается сама собой и председателю остается только принимать решения в неясных и спорных случаях,

Согласно § 33 Регламента, ораторы выступают свободно и могут при этом пользоваться заметками. В действительности такие выступления встречаются все реже и реже. что связано с профессиональной сложностью обсуждаемых вопросов, с насыщенностью выступлений деталями, фактами и выкладками. Председатель не возмражает, если ораторы полностью зачитывают тексты своих выступлений. Вопросы к оратору допускаются (§ 27, абз. 2 Регламента) с его согласия при посредничестве председателя. Возгласы с мест по старой парламентской традиции тоже не возбраняются и даже стенографируются.

Для поддержания порядка на заседаниях парламента у его председателя имеется целый ряд мер воздействия на депутатов и слушателей (§ 36—41 Регламента). Если оратор говорит не по обсуждаемому вопросу или если нарушается порядок в зале, председатель может призвать выступающего говорить по существу, а отдельных депутатов — к порядку. После трехкратного призыва к оратору «говорить по существу» и после предупреждения о последствиях третьего нарушения председатель лишает нарушителя слова и запрещает ему в дальнейшем выступать по обсуждаемому вопросу. На практике председатель чаще всего ограничивается предупреждением, порицанием или определением допущенных оратором выражений как непарламентских.

Призыв к соблюдению порядка возможен в адрес любого депутата, но по давней традиции председатель Бундестага (вопреки § 36 Регламента) воздерживается от этого по отношению к ораторам из Федерального правительства и Бундесрата или прибегает к условному призыву («Если бы Вы были депутатом, то за такое выражение я призвал бы Вас к порядку»).

Председатель может «ввиду грубых нарушений порядка» (§ 38, абз. 1 Регламента) удалить члена Бундестага из зала заседаний. Под такими нарушениями подразумеваются неэтичные

выражения, открытая критика председателя, неповиновение его распоряжениям, шум и рукоприкладство. В таком случае председатель еще до окончания заседания должен объявить, на сколько дней заседания удален депутат. Крайний срок — 30 дней — на практике еще ни разу не применялся.

Против призыва к соблюдению порядка или удаления с заседания депутат имеет право подать протест, который рассматривается на следующем заседании. Однако до сих пор все протесты отклонялись. В случае если такое дисциплинарное взыскание оказывается ошибочным или несправедливым, то после разбирательства в Совете старейшин председатель снимает взыскание и дает разъяснение, удовлетворяющее соответствующего депутата или фракцию.

Если возникающий беспорядок мешает проведению заседания, председатель может прервать или закрыть его, объявляя об этом или покидая председательское место. Запрещаются аплодисменты и выражение осуждения на трибунах для прессы и зрителей. Председатель может распорядиться об удалении из зала отдельных лиц или всех находящихся на гостевых трибунах.

Работа на пленарных заседаниях зависит от предложений и ходатайств; право вносить их, как правило, предоставляется депутатам. Решения по предложениям принимаются большинством, однако предложения, именуемые в Регламенте требованиями меньшинства, не могут быть отклонены большинством. Два из таких требований гарантируются Основным законом: согласно ст. 39, абз. 3, Бундестаг созывается по требованию одной трети его членов (а также Федерального президента или Федерального канцлера), а согласно ст. 44, абз. 1, парламент обязан по предложению четвертой части его членов учредить следственный комитет.

К важнейшим требованиям меньшинства, согласно Регламенту, относятся требования:

- о включении предложений депутатов в повестку дня следующего заседания и рассмотрении их, если с момента раздачи печатных материалов прошло не менее шести сессионных недель (§20);

- о поименном голосовании (§ 52);

- о созыве внепланового заседания одного из комитетов (§ 60, абз. 3);

- о предоставлении Бундестагу отчета о ходе обсуждения в Комитете проекта через 10 недель после его передачи (§ 62, абз. 2);

- четвертой части членов комитета об открытом заслушивании экспертов (§ 70, абз. 1);

- о проведении общих дебатов при первом, втором и третьем чтении законопроектов (§ 79; § 81, абз. 1; § 84);

- о переносе голосования по предложениям о принятии решений (§ 88, абз. 2);

— требование как об обсуждении ответов Федерального правительства на общие запросы (§ 101), так и об отклонении Правительством последних (§ 102);

— о проведении часа актуальных вопросов (§ 106);

— о передаче Бундестагу решений Комитета по проверке итогов выборов, по иммунитету и Регламенту, вопроса о его толковании (§ 127, абз. 1).

Эти имеющие обязательную силу требования принадлежат, как правило, меньшинству, насчитывающему не менее 5% членов Бундестага. Нетипичным примером является требование одной из фракций созвать Совет старейшин (§ 6, абз. 1).

Материалы, вносимые депутатами (§ 76), подписываются фракцией или 5% членов Бундестага, если Регламент не предписывает иного. В § 75 перечисляются подлежащие обсуждению материалы. Их не следует смешивать с чисто процедурными предложениями, с помощью которых отдельные депутаты или определенное меньшинство их могут влиять на ход обсуждения.

Наиболее важными предложениями, обсуждаемыми Бундестагом, являются законопроекты (они поступают из недр самого Бундестага, от Федерального правительства или от Бундесрата); затем идут так называемые самостоятельные предложения о решениях различного содержания, начинающиеся с формулы: «Да будет Бундестагом принято решение...», или: «Рекомендует Бундестагу принять решение...», или, наконец, предложения о принятии решений, именуемые несамостоятельными (чаще всего они требуют реакции Бундестага на различные политические конфликты).

Предложения, как правило, вносятся за несколько дней до обсуждения, чтобы члены Бундестага имели возможность изучить их. Это не относится к предложениям по процедуре, которые возникают в конкретных случаях; для их внесения слово предоставляется вне очереди (§ 29 Регламента).

Согласно § 78, абз. 5 Регламента, обсуждение материалов начинается не ранее чем на третий день после раздачи отпечатанных текстов (§ 123), причем день раздачи в этот срок не включается. Однако к предложениям о принятии решений указанные сроки не относятся: их следует вносить только в смысловой и процедурной связи с самостоятельными материалами, т. е. во время чтения соответствующего пункта повестки дня.

Согласно § 78, абз. 1 Регламента, законопроекты рассматриваются в трех чтениях, законы об одобрении международных договоров — в двух, а все остальные — в одном. Первое чтение проводится после включения законопроекта в повестку дня и завершается обязательной передачей его в один из комитетов. В результате обсуждения комитет рекомендует Бундестагу отклонить законопроект, принять его целиком или в измененном виде. По включении соответствующей рекомендации в повестку дня следует второе чтение, где чаще всего вслед за дебатами проводится голосование по каждой статье отдельно, а если не внесены изменения, то сразу по группе статей или по разделам. Как правило, за вто-

рым чтением начинается третье, а в конце которого проводится заключительное голосование.

Во втором чтении допускается внесение поправок отдельными депутатами, а в третьем — только группой минимум в 26 человек. При оформлении международного договора федеральным законом (ст. 59, абз. 2 Основного закона) процедура сокращается;

после рекомендации комитета проводится голосование во втором или последнем чтении. Самостоятельные предложения рассматриваются на любом заседании, но Бундестаг может передать их без дебатов в комитет. Это происходит тогда, когда предложение находится в смысловой связи с законопроектом или с другим предложением, которое и без того обсуждается в соответствующем комитете. Самостоятельные предложения подпадают под предписание, касающиеся обсуждения законопроектов.

Регламентом предусмотрено голосование по предложениям о принятии решений после заключительного голосования по предмету обсуждения или, если заключительное голосование не проводится, — после окончания обсуждения. Эти предложения тоже могут передаваться в комитет, но только в том случае, если (авторы предложений не возражают. Они вправе настаивать на голосовании. Однако по требованию одной фракции или 5% присутствующих депутатов голосование может быть перенесено на следующий день. К предложениям о принятии решений допускается также внесение поправок.

Регламент позволяет влиять на ход обсуждения вопроса предложениями о переносе дебатов или об их завершении, о вызове министра и т. д., которые, однако, не играют решающей роли.

«Для принятия решения Бундестага требуется большинство поданных голосов» (ст. 42, абз. 2 Основного закона). Согласно Регламенту, «Бундестаг правомочен принимать решения, если на заседании присутствует более половины его депутатов» (§ 45, абз. 1). В случае сомнения относительно кворума, высказанного какой-либо фракцией или 5% депутатов, предстоящее голосование проводится особым образом: депутаты покидают зал, а затем входят в него через разные двери с надписями «за», «против», «воздержался». Подсчет голосов одновременно свидетельствует о наличии или отсутствии кворума.

Федеральный конституционный суд определил, что сила действия закона не зависит от того, намного ли больше половины членов Бундестага участвовало в его принятии.

Как правило, депутаты голосуют поднятием руки, при заключительном голосовании — вставанием с мест (§ 48, абз. 1 Регламента). По требованию фракции или 5% присутствующих депутатов проводится поименное голосование (§ 51) с занесением его результатов в стенографический отчет заседания.

Цель поименного голосования политико-демонстративная: заинтересованная общественность может контролировать, как голосует тот или иной депутат. В поименном голосовании заинтересованы депутаты Бундестага, добивающиеся принятия определен-

ноге» решения. Отсутствие депутата *то* неуважительной причине наказуемо сокращением депутатского вознаграждения; по этой причине проведение поименного голосования увеличивает число присутствующих на сессии. Поименное голосование при решении процедурных вопросов не проводится (§ 53 Регламента).

Решение принимается простым большинством, если Основной закон, текущий закон или Регламент не предписывает иного. Простое большинство — это большинство поданных голосов, причем считается достаточным, если «за» проголосовало больше депутатов, чем «против» (число воздержавшихся не учитывается). Это лишает их возможности, воздерживаясь, т. е. не определяя своего мнения, препятствовать принятию решения.

Выборы в Бундестаге чаще всего проводятся поднятием руки, если в каком-либо законе ФРГ или в Регламенте не предусмотрено на процедура тайного голосования (§ 49, абз. 1 Регламента). Выборы председателя Бундестага, Уполномоченного по обороне и Канцлера, а также решение вопроса о местонахождении федерального ведомства предписано проводить с использованием бюллетеней в избирательных кабинках в рамках пленарного заседания. В подобных случаях, кроме последнего, число воздержавшихся учитывается, а требуемое большинство должно быть абсолютным.

Классические интерpellации делятся Регламентом на общие и частные запросы. Разница заключается в том, что по общим запросам проводятся дебаты, а по частным — нет. Те и другие вносятся фракцией или 5% депутатов и могут быть снабжены кратким обоснованием.

По содержанию запросы ограничиваются сферой ответственности Правительства. Бундестаг пытается предотвращать слишком большой поток общих запросов к федеральному правительству путем самоограничения (§ 103 Регламента).

«Каждый депутат Бундестага вправе обратиться к федеральному правительству с отдельными краткими вопросами в целях получения устного или письменного ответа» (§ 105 Регламента). В соответствии с этой нормой Бундестаг еженедельно проводит во время сессии «час вопросов» фактической продолжительностью до трех часов. Каждый депутат может в пятницу до 11 часов направить в письменном виде не более двух, вопросов в адрес Федерального правительства. На «часе вопросов» присутствует, как правило, заместитель главы соответствующего министерства, который дает ответы, на основе имеющихся у него письменных данных. Автор вопросов может затем задать еще два устных; дополнительные вопросы других депутатов допускаются по усмотрению председателя. В виде исключения разрешается вносить вопросы актуального для общества и срочного характера не позднее 12 часов предыдущего дня. Кроме того, каждый депутат имеет право направить до четырех вопросов в месяц с целью получения от Федерального правительства письменных ответов. Вопросы должны формулироваться лаконично, точно и в расчете на краткий ответ.

Бундестаг вправе требовать присутствия на его заседаниях любого члена Федерального правительства (ст. 43, абз. 1 Основного закона). Это предполагает соответствующую инициативу какой-либо фракции или Q% депутатов, однако решение принимается большинством; следовательно, в данном случае речь не идет о праве меньшинства, которым могла бы пользоваться оппозиция.

Использование прав меньшинства в пользу оппозиции предусматривают Регламент (§ 106) и Приложение 5 (правила обсуждения актуальной проблемы, вызывающей всеобщий интерес). Время актуальных вопросов ограничивается одним часом; выступления в этом случае могут соответственно длиться не более пяти минут. Число часов для актуальных вопросов в последние годы стремительно увеличивалось, в особенности по требованию фракций. Критерии актуальности вполне умеренные; Бундестаг признает вопрос актуальным, если таковым его считает фракция.

Проведение таких мероприятий таит в себе определенные трудности. С учетом различной численности фракций большинство Бундестага выступает чаще, чем оппозиция. Члены Правительства, как правило, делают это многократно. Так как их привилегией на выступления, согласно ст. 43, абз. 2 Основного закона, пренебречь невозможно, Бундестаг предусматривает продление работы на полчаса, если речи членов Правительства заняли в общей сложности более 30 минут.

Выступления в рамках «часа вопросов» не требуют никаких предварительных заявок, предложение о проведении самого «часа» вносится до 12 часов предыдущего дня. Таким образом, Бундестаг, безотлагательно и публично обсуждая возникающие политические вопросы, демонстрирует свою близость к действительности, скорость реакции и подтверждает представительный характер парламента.

Регламент в особой главе (VII. Комитеты) довольно подробно определяет задачи и полномочия комитетов и их председателей. «В? обязанности председателя комитета входит подготовка и созыв заседаний комитета и руководство ими, а также выполнение его решений» (§ 59, абз. 1). Регламент уполномочивает председателя устанавливать срок созыва заседания комитета, повестку дня, кроме случаев, когда комитет ранее уже вынес решение по этим вопросам. На практике председатель вместе со старейшинами комитета устанавливает дату созыва заседания и готовит повестку дня; в случае конфликта программу принимает большинство комитета. То же относится к руководству заседаниями, к вопросу о продолжительности обсуждения того или иного пункта повестки дня, к планированию и проведению слушаний и т. д. Председатель ориентируется на численность фракций и предложения старейшин. Между ним и фракцией сохраняется определенная дистанция. Председатель Бундестага не имеет права вмешиваться в работу комитетов. Если один из комитетов апеллирует к нему, то он передает дело фракциям или обсуждает вопрос в

Совете старейшин. Ближайшей и последней инстанцией для комитетов является пленарное заседание. При конфликтах по поводу толкования Регламента специальный комитет может обратиться за решением в Комитет по проверке итогов выборов, по вопросам иммунитета и Регламенту.

По всем переданным в комитет материалам. — законопроектам или предложениям — председатель назначает одного или нескольких докладчиков, которые готовят для пленарного заседания отчеты и рекомендуют Бундестагу определенные решения. Почти во всех случаях их собственное изложение закона по параграфам становится конечным результатом обсуждения в Бундестаге и проект принимается в таком виде. Тем не менее, согласно парламентско-правовой доктрине, комитеты рассматриваются исключительно как подготовительные органы Бундестага.

Комитеты заседают, как правило, при закрытых дверях и лишь в отдельных случаях могут принимать решения о проведении открытого обсуждения (§ 69, абз. 1 Регламента). Это положение часто подвергается критике. Однако в Бундестаге существует мнение, что закрытые заседания гарантируют необходимую свободу для обоюдных уступок с целью нахождения компромиссов. На закрытых заседаниях Правительство и Бундесрат представлены их чиновниками, которые помогают придавать формулировкам юридически профессиональное звучание.

В распоряжении каждого комитета имеется секретариат, состоящий из чиновников и других служащих, ведущих административные дела и помогающих председателю. Секретариат ведет протоколы заседаний, составляет сообщения от имени комитета, ведет переписку и поддерживает контакты с другими комитетами, министерствами и Бундесратом, с союзами и организациями, а также с общественностью, в том числе со специалистами.

Члены комитета, входящие в одну фракцию, вырабатывают свою позицию совместно с соответствующей отраслевой секцией фракции. Рабочие секции и группы одной отрасли в одном или нескольких комитетах согласуют линию поведения между собой и с фракцией в целом и затем представляют ее в комитеты. Это не односторонний процесс, в котором фракция спускает указания своим членам, заседающим в комитетах; скорее имеет место обоюдное постоянное и интенсивное информирование, а затем и согласование. Члены фракций, работающие в комитетах, играют в них роль, с одной стороны, ведущих специалистов, а с другой — политиков.

Создание специальными комитетами подкомитетов детально регулируется Регламентом (§ 55). Если предмет обсуждения относится к сфере деятельности нескольких комитетов, то последние могут образовывать Объединенный комитет. Так, в Бундестаге нескольких созывов наряду с Комитетами по иностранным делам и по обороне непременно учреждается Комитет по разоружению. Особой формой работы комитетов являются слушания. На открытых заседаниях выступают эксперты, представители заин-

тересованной стороны и лица, имеющие возможность предоставлять информацию (§ 70, абз. 1 Регламента). По требованию четверти своих членов комитет обязан проводить слушание в ходе обсуждения направленных ему законопроектов; при рассмотрении других вопросов, не связанных с передачей проектов в комитет, открытое слушание проводится по решению большинства членов комитета. Выдвижение лиц, имеющих возможность предоставить информацию, осуществляется фракциями с учетом их численного состава. Сегодня один законопроект подвергается рассмотрению минимум на одном слушании. Цель их сводится не столько к получению всесторонней информации, сколько к выявлению поддержки тех или иных политических позиций различных фракций общественностью и специалистами и к привлечению внимания общества к изучаемому вопросу.

Комитет по проверке итогов выборов, вопросам иммунитета и Регламенту занимается Бундестагом, статусом его членов и парламентским правом. Из 13 членов комитета 7 человек образуют Комитет по проверке итогов выборов и действуют, как правило, только в начале легислатуры. В роли органа по вопросам иммунитета он готовит все соответствующие правовые решения Бундестага. Обращения следственных органов по вопросам отмены иммунитета председатель Бундестага передает в Комитет, который определяет принципиальные положения рассмотрения подобных обращений (§ 107, абз. 2 Регламента). Общим решением Бундестага дозволяет предварительные расследования, о которых следует оповещать председателя. В случаях мелких и транспортных правонарушений Комитет сам принимает предварительные решения, о которых Бундестаг ставится в известность через его председателя. Комитет по вопросам Регламента обладает монополией на толкование парламентского права только до известной степени. Различные органы Бундестага и четверть числа членов Комитета могут потребовать, чтобы вопрос о толковании был передан на решение самому Бундестагу (§ 127, абз. 1 Регламента). В остальных случаях Комитет готовит рекомендации, на основании которых Бундестаг принимает решения.

Бюджетный комитет обсуждает составленный Правительством годовой бюджет и проект соответствующего закона о бюджете. Для этого на весь период легислатуры назначаются докладчики, каждый из которых имеет дело только с одним министерством и его планами. В качестве подкомитета создается контрольный комитет, работающий совместно с Федеральной счетной палатой. Таким образом, устанавливается связь между фазами составления бюджета и контроля за его исполнением. В бюджетный комитет передаются не только собственно бюджетные, но и другие финансовые законопроекты. Так как последние влияют на финансы федерации и земель, Бюджетный комитет обязан вносить в Бундестаг предложения о покрытии предстоящих расходов.

Комитет по петициям предусмотрен Основным законом (ст. 45с). Просьбы и жалобы, поступающие в Бундестаг, направ-

ляются его председателем в этот Комитет, который рассматривает их в соответствии с положениями Регламента (§ 108—111). Не все [Полномочия Комитета по петициям бесспорны. Жалобы и предложения поступают также в специальные комитеты и к Уполномоченному по обороне. Принципиально Комитет по петициям не признает сфер и государственных органов, к которым запрещалось бы обращаться с петициями. В то же время Комитет не проводит систематической оппозиционной политики по отношению к Правительству. Остается неясным вопрос с петициями в адрес наднациональных представительств, например в Европейский парламент. Помимо ежемесячных докладов в виде обзора рекомендуемых решений по рассмотренным; петициям Комитет представляет Бундестагу ежегодный отчет (§ 112 Регламента). Обсуждения его докладов проводятся по требованию одной фракции или 5% присутствующих депутатов.

Бундестаг принимает решающее участие в назначении высших судей ФРГ. Половина членов Федерального конституционного суда избирается Бундестагом, а другая — Бундесратом (ст. 94, абз. 1 Основного закона). Для проведения выборов Бундестаг избирает комитет из 12 выборщиков. Закон о Федеральном конституционном суде предписывает использовать метод наибольшей средней (д'Ондта) для распределения мест в этом Комитете между фракциями (§ 6). Судья считается избранным, если за него подано не менее восьми голосов, т. е. двух третей комитета выборщиков. Таким образом, при нормальном соотношении сил в парламенте участие оппозиции гарантировано.

Комитет по выборам судей в высшие судебные инстанции состоит наполовину из соответствующих отраслевых министров земель (например, в сферу ведения министров финансов попадает Федеральный финансовый суд, а министров юстиции — Федеральная судебная палата и т. п.) и из равного числа членов, избираемых Бундестагом по предложению фракций с применением метода д'Ондта, причем в данном случае при выборе судей достаточно простого большинства. Это означает, что большинство проводит свои кандидатуры, исключая влияние оппозиции.

Успех работы информационных служб зависит во многом от неразглашения тайны. Бундестаг пытается обеспечить необходимый парламентский контроль, обязывая создаваемые им парламентские органы соблюдать конфиденциальность при рассмотрении получаемой информации по отношению как к общественности, так и к Бундестагу. Речь идет в этом случае в первую очередь о Парламентской контрольной комиссии (ПКК), создаваемой в соответствии с Законом о парламентском контроле за деятельностью информационных служб федерации. Комиссия избирается в начале легислатуры из числа членов Бундестага и действует до избрания такой же комиссии следующим Бундестагом. В настоящее время она состоит из восьми членов. ХДС/ХСС, СДПГ и СвДП представлены в соотношении 3:3:2. ПКК созывается по требованию хотя бы одной из представленных в ней фрак-

ций. Время, место и причина созыва заседания, а также его результат не оглашаются.

Коллегия, утверждающая финансово-экономические планы разведывательных служб, действует в настоящее время в течение всей легислатуры и насчитывает пять человек (ХДС/ХСС, СДПГ и СвДП в соотношении 2:2:1), входящих в Бюджетный комитет. Принятие решения об использовании других средств парламентского контроля, в особенности о создании следственного комитета, зависит от Бундестага.

Еще одна коллегия осуществляет надзор за использованием средств связи не столько ради контроля за определенными органами власти, сколько в интересах защиты основных прав заинтересованных лиц. Коллегия состоит из пяти депутатов (ХДС/ХСС, СДПГ и СвДП в соотношении 2:2:1). Федеральный министр, компетентный издавать распоряжения о мерах ограничения в этой сфере, обязан не реже одного раза в шесть месяцев информировать коллегию о своих решениях (§ 9, абз. 1 Закона об ограничении тайны переписки, почтовой, телеграфной и телефонной связи). Кроме того, он должен ходатайствовать о согласии специальной комиссии на проведение таких мер. Лица, предполагающие, что за ними ведется наблюдение, могут подавать жалобы в комиссию, которая должна на них реагировать.

Действующий Регламент не содержит никаких требований относительно следственных действий, так как в парламенте существует мнение, что по этому поводу должен быть издан особый закон. С 1968 г. следственные комитеты работают по правилам уже не существующего Межпарламентского сообщества. Их отличает явная ориентация на защиту оппозиции и ее возможностей принимать участие в расследовании, что соответствует духу ст. 44 Основного закона. Применяются меры по ограничению прав большинства менять политическую направленность и цели следственных действий комитетов, созываемых по инициативе меньшинства. По требованию не менее двух членов следственного комитета надлежит приступать к сбору доказательств, причем каждый его член имеет право выступать с сообщениями противоположного характера.

Действия следственных комитетов порождают целый ряд проблем. Положение Ст. 44, абз. 2 Основного закона, по которому предписания Уголовно-процессуального кодекса применяются соответственно его смыслу, не добавляет определенности. Конфликтность заложена в различии правового статуса свидетелей и заинтересованных лиц, в приведении к присяге в вопросе защиты от правомочий третьей стороны, в параллельности парламентских следственных действий и судебного процесса и т. д.

Тем не менее одна лишь возможность назначения следственного комитета довольно часто приводит к изменениям персонального, организационного и политического характера. В ходе следственных действий исправляются вскрываемые или доводимые до сведения парламента ошибки. Несмотря на ряд недостатков, дей-

ствия следственных комитетов оцениваются как высокоэффективные в области деятельности Правительства со стороны оппозиции, самоочищения парламента и коррекции административных упущений.

Комитет по вопросам обороны, согласно ст. 45а, абз. 2 Основного закона, также пользуется правами следственного комитета и обязан проводить расследования по предложению четвертой части своих членов. Основное отличие от других комитетов вытекает из самой этой статьи: расследования, как правило, проводятся на закрытых заседаниях и лишь в единичных случаях — на открытых. Комитет использует правила Межпарламентского сообщества и сталкивается с теми же трудностями, что и другие следственные комитеты.

Исследовательские комиссии, согласно § 56, абз. 1 Регламента, могут учреждаться «для подготовки решений по обширным и значительным комплексам вопросов». Делается это по предложению одной четверти депутатов. Особенность комиссии в том, что помимо депутатов в них входят другие лица, привлекаемые со стороны, в первую очередь ученые и эксперты. Они выдвигаются, насколько это возможно, с согласия фракций, в противном случае — соответственно численному составу каждой и приглашаются председателем. Их не должно быть более девяти. Кроме того, каждая фракция откомандировывает в комиссию одного или нескольких депутатов. На практике следят за тем, чтобы число посторонних участников не превышало числа депутатов, в противном случае могли бы проходить решения, направленные против воли парламентской стороны.

Статья 44 Основного закона не предусматривает каких-либо ограничений предмета расследования. Однако парламентская практика в ходе своего развития изыскала возможность расследовать те или иные нарушения, не вызывая связанного с учреждением следственной комиссии острого политического конфликта или административного скандала. Введенное в 1969 г. и с тех пор практиковавшееся в двенадцати случаях разрешение проблем приобрело право на существование. Речь идет не только о получении и обработке специальной информации для Бундестага, но и о включении соответствующего круга специалистов и политической общественности в рассмотрение острых проблем.

Ввиду отсутствия регулирующего закона исследовательские комиссии не имеют правовых оснований требовать у третьей стороны достоверных сведений и вынуждены обходиться добровольно предоставляемыми документами и общедоступной информацией. Исследовательские комиссии наталкиваются на трудности из-за сохранения коммерческих, производственных и банковских тайн.

II. БУНДЕСРАТ

1. Место Бундесрата в демократическом федеративном государстве

В соответствии с Основным законом Бундесрат является федеративным конституционным государственным органом ФРГ и наиболее ярко отражает — разумеется, наряду с существованием самих земель и их собственных конституционных государственных органов — федеративно-государственный характер этого сообщества. Структура всех прочих высших органов власти федерации основана на принципе унитаризма.

Несмотря на федеративный характер своего состава, Бундесрат прежде всего государственный орган всей федерации. Его решения и другие волеизъявления адресуются не отдельным землям, а государству в целом, т. е. всей Германии. Согласно Основному закону, Бундесрат наряду с Федеральным президентом, Бундестагом, Федеральным правительством и Федеральным конституционным судом относится к высшим конституционным органам ФРГ. Тем не менее нельзя отрицать, что, по существу, он является палатой земель, точнее говоря, тем федеральным государственным органом, посредством которого земли принимают участие в федеральном законодательстве и управлении (ст. 50 Основного закона). Именно этим обстоятельством и, разумеется, особенностями его состава объясняется определение Бундесрата как федеративного конституционного органа ФРГ.

Основной закон проявляет некоторую непоследовательность — с правовой, но отнюдь не с фактической точки зрения, — фиксируя в ст. 51, абз. 1 тот факт, что членами Бундесрата являются не сами земли, а члены их правительства. Таким образом, с точки зрения состава этого органа данное ему определение — Палата земель — не совсем точно. Однако по сравнению с другими его характеристиками оно наиболее верно отражает действительное положение дел и понимание сущности Бундесрата, им самим выработанное, со дня его основания.

Если бы Бундесрат являлся только федеративным органом, то на основе государственности самих земель должно было бы действовать полное (формальное) равенство их перед законом и в связи с этим принцип единогласия как основное правило процедуры принятия Бундесратом решений. Определяя его конституционно-правовую структуру, Основной закон модифицировал это требование. Согласно ст. 51, абз. 2 Основного закона, каждая земля располагает в Бундесрате не менее чем тремя голосами, однако земли с населением свыше 2 млн. человек имеют четыре голоса, с населением свыше 6 млн. — пять, свыше 7 млн. — шесть голосов, и в соответствии с абз. 3 той же статьи каждая земля делегирует в Бундесрат столько постоянных членов, сколько она имеет голосов. Сама Конституция, таким образом, придает различиям в размерах земель значение, сводящее на нет принцип их

формального равенства. Еще более показательным в этом отношении является положение Основного закона, согласно которому Бундесрат принимает решения не на основе единогласия, а большинством голосов, что предусмотрено Конституцией. Принцип единогласия, определяющий отношения между государствами в соответствии с общепризнанными положениями международного права, для государств — членов ФРГ (земель) приостанавливается, когда речь идет о волеобразовании и принятии решений Бундесратом.

Из принципа большинства, действующего в Бундесрате, вытекают два вывода, основополагающих с точки зрения определения сущности германского федеративного государства:

- финансовое законодательство ставит решения о распределении всех финансовых поступлений в зависимости от «полюбовных соглашений» между федерацией и большинством земель;

- постоянная передача законодательных полномочий земель в адрес федерации, имевшая место в течение всего периода действия Основного закона, привела во имя защиты их интересов к отказу от принципа единогласия в пользу принципа большинства.

Многообразные деловые связи между федерацией и землями выявляют бесспорную необходимость существования особых прав, чтобы оказывать влияние на действия каждой из сторон. Такие права земель не нашли в Основном законе ни систематического обобщения, ни соотнесения их с каким-либо определенным органом федерации. Помимо прав понуждения земель к выполнению обязанностей перед федерацией (ст. 37 Основного закона) и надзора за выполнением землями федеральных законов (ст. 84, абз. 3 и 4; ст. 85, абз. 1; ст. 108, абз. 3 Основного закона) федерации предоставляются еще следующие права:

- право давать конкретные указания, зафиксированное Основным законом в ст. 84, абз. 4 в интересах Федерального правительства в целом и в ст. 85, абз. 3, а также ст. 108, абз. 3 применительно к федеральным Министрам;

- полномочие Федерального правительства издавать общие административные предписания (ст. 84, абз. 2; ст. 85, абз. 2; ст. 108, абз. 7);

- право Бундестага издавать законы, которое часто воспринимается как право федерации оказывать влияние на деятельность администрации земель.

Совершенно иначе решен вопрос о влиянии земель на федерацию. Бундесрат, являясь федеральным государственным органом, берет осуществление таких прав на себя. Большинство полномочий, вверяемых ему Основным законом, — это не что иное, как право правительств земель на участие в процессе осуществления власти федерацией и право влиять на этот процесс. Речь идет об:

- участии в принятии федеральных законов (ст. 77, абз. 2-4 Основного закона);

- участии в принятии решений по поводу правовых постанов-

лений (ст. 80, абз. 2 Основного закона) и общих административных предписаний (ст. 84, абз. 2; ст. 85, абз. 2; ст. 108, абз. 7 Основного закона);

— участия в процессе осуществления федерацией надзора (ст. 84, абз. 3 и 4 Основного закона) и принуждения (ст. 37, абз. 1 Основного закона).

Бундесрат Не является ни парламентом, ни второй палатой некоего двухпалатного парламента. Совершенно сознательно, после долгих обсуждений и переговоров Парламентский совет избрал для Бундесрата форму, соответствующую известным германским образцам, отказавшись от американской модели Сената. Тем самым изначально было определено, что Бундесрат должен состоять не из народных избранников, а из членов правительств земель. Этим объясняется характер Бундесрата как исполнительной структуры, хотя его функции отнюдь не ограничиваются исполнительными функциями.

Решение в пользу модели Сената США в условиях Федеративной Республики Германии без сомнения принесло бы Бундесрату полную зависимость от политических партий. Разумеется, и нынешний состав не позволяет ему оставаться абсолютно независимым от политических мотивов и целей их деятельности. Основной закон не требует от Бундесрата постоянной сдержанности относительно федеральной политики и ограничения политической активности лишь интересами земель. К тому же последние почти всегда оказываются затронутыми при решении любых федеральных, в том числе и чисто политических, проблем.

Когда решаются вопросы настоящей большой политики, правительства земель, придерживающиеся одного политического направления, действуют в Бундесрате согласованно. Достигается это, однако, не путем применения силовых методов центральными партийными органами. Именно ради идей, которые члены Бундесрата закладывают в основу своих решений, они вступали в определенную партию, и именно поэтому они были обложены избирателями в своих землях государственной ответственностью.

Однако необходимость принимать решения по вопросам большой политики является в деятельности Бундесрата скорее исключением, нежели правилом. Обычно повестка дня его заседания содержит от 50 до 80 вопросов, из которых лишь два или три могут быть действительно важными с точки зрения большой политики. Остальные касаются в основном интересов земель, прежде всего финансовых и хозяйственных проблем. Ни одному премьер-министру не удастся длительное время занимать свой пост в правительстве земли, если он в угоду партийной линии предаст ее интересы. Любое земельное правительство, естественно, заинтересовано в том, чтобы проводить политику, приносящую успех его земле и обеспечивающую ему возможность быть вновь избранным.

На основании ст. 52, абз. 4 Основного закона в комитетах Бундесрата «могут участвовать другие члены или уполномоченные правительств земель». Если назначение членов кабинета в

качестве замещающих членов комитетов происходит лишь в порядке исключения, то представление интересов земель в комитетах Бундесрата уполномоченными, т. е. министерскими чиновниками, является вполне обычным делом уже хотя бы потому, что ныне ни один министр за недостатком времени не может лично присутствовать на заседаниях комитетов, часто очень длительных. Поэтому деятельность комитетов почти полностью находится в руках министерских чиновников. Поскольку работа Бундесрата по причине постоянного цейтнота больше других правительственных структур зависит от подготовительной деятельности комитетов, влияние бюрократии на работу пленарных заседаний по принятию решений достаточно велико. К тому же в большинстве случаев и позиция отдельных правительств земель определяется не на заседаниях кабинета и не на уровне компетентных министров, а на уровне чиновников. Лишь в исключительных случаях вопросы, ставящиеся на голосование, обсуждаются кабинетом, а именно: если речь идет о проблеме большой политики, что бывает относительно редко, или если в результате обсуждения вопроса между двумя или более административными структурами не удалось достичь единого мнения. Подобная практика объясняется как бюрократическим характером решений Бундесрата, так и объемом деятельности бюрократии земель в его комитетах. Администрация Бундесрата до настоящего времени ограничивалась оказанием помощи в ведении дел на его пленарных заседаниях и на заседаниях комитетов; этот характер ее деятельности несомненно сохранится и в обозримом будущем.

Авторы большинства критических статей о Бундесрате и его конституционно-правовом положении не забывают отмечать гораздо более слабую демократическую легитимацию этого органа по сравнению с Бундестагом. Если под легитимацией понимать лишь акт избрания и степень подобия этого акта прямым выборам, осуществляемым народом, то в этом нет никаких сомнений, поскольку депутаты избираются непосредственно народом, а члены Бундесрата назначаются правительствами земель, которые, в свою очередь, тоже лишены демократической легитимации, ибо сами формируются не народом, а парламентами. Однако прежде всего следует подчеркнуть, что различия, существующие по воле Основного закона в области демократической легитимации какого-либо федерального органа, не влекут за собой никаких видимых различий относительно легитимности его решений и тем более относительно объема его деятельности и решительности, с которой он осуществляет полномочия, предписанные ему Конституцией. В отношении Бундесрата это подтверждает и текст Основного закона: ст. 81, абз. 2 рассматривает его на случай состояния законодательной необходимости как резервный орган, предоставляя ему даже право на определенный промежуток времени полностью вытеснять Бундестаг из законодательного процесса, несмотря на его непосредственную демократическую легитимацию.

Совместная деятельность Бундесрата и Бундестага имеет ме-

сто лишь в сфере законодательной власти. Каких-либо иных общих полномочий, за исключением тех, отдельных, что предусмотрены текущим законодательством, не существует. В области законотворчества оба высших конституционных органа связаны следующими двумя положениями:

— в соответствии с Основным законом Бундесрат правомочен через Федеральное правительство вносить в Бундестаг свои законопроекты. Иными словами, он может таким путем влиять на законодательный процесс;

— Основной закон, далее, предоставляет Бундесрату существенные права на участие в принятии законодательных решений. На практике 55—60% федеральных законов вообще не могут быть приняты без одобрения Бундесрата. Остальные законы, принятие которых в принципе не нуждается в одобрении Бундесрата, могут быть в конечном счете приняты большинством голосов Бундестага вопреки воле Бундесрата.

Вопрос о том, может ли Бундесрат на основании своих полномочий, зафиксированных в ст. 77, абз. 2—4 Основного закона, считаться второй палатой парламента, носит чисто терминологический характер. Если его решения ставить в зависимость от прямых парламентских выборов, то Бундесрат, разумеется, не отвечает этому определению. Но без учета указанного условия Бундесрат по своей сути представляет собой настоящую вторую палату, по меньшей мере относительно законов, для принятия которых обязательно его согласие.

Положение Бундесрата относительно Бундестага в процессе осуществления законодательной власти меняется в соответствии с Основным законом в двух чрезвычайных ситуациях:

— в условиях состояния законодательной необходимости Бундесрат совместно с Федеральным правительством и Федеральным президентом (разумеется, под наблюдением Федерального конституционного суда) может в порядке исключения принять на себя полномочия Бундестага (ст. 81, абз. 2 Основного закона);

— в условиях состояния обороны если непреодолимые препятствия мешают своевременному созыву Бундестага или он не может принять решение, то Объединенный комитет в соответствии со ст. 115а Основного закона берет на себя законодательные полномочия. Поскольку этот Комитет на основании ст. 53, абз. 1 Основного закона «состоит на две трети из депутатов Бундестага» и лишь «на одну треть из членов Бундесрата», то даже в отношении законов, обычно принимаемых только с согласия Бундесрата, проходят предложения членов Бундестага.

Вопрос о том, в какой мере Бундесрат может участвовать в управлении всем государством, в принципе Основной закон поручает Федеральному правительству и Бундестагу. Закон не запрещает ему закладывать в качестве фундамента своих решений мотивы федеральной политики. Но к этому следует добавить следующие две особенности:

— закон о бюджете несомненно один из важнейших актов

управления государством и не требует одобрения Бундесрата. Он мог бы влиять на бюджетную политику в целом или на отдельные ее позиции, требуя созыва Посреднического комитета. Постоянная практика, однако, показывает, что Бундесрат не использует эту возможность, а высказывает свои сомнения в ходе дебатов на пленарных заседаниях;

— в вопросах внешней (Политики влияние Бундесрата не столь велико, как, например, Сената в США, без одобрения которого Президент не имеет права заключать ни одного международного договора. На основании ст. 59, абз. 2 Основного закона «договоры, касающиеся вопросов федерального законодательства, требуют одобрения или содействия органов, компетентных в сфере федерального законодательства». Уже сама такая витиеватость формулировки помазывает, что относительно этих договоров одобрение Бундесрата требуется не всегда, а лишь в тех случаях, когда из текста договора или из акта ратификации вытекает особая необходимость его одобрения, предписанная другими положениями Конституции.

Функциями формирования Правительства Бундесрат не обладает. Даже в случаях неспособности Бундестага образовать Правительство право на его формирование не переходит к Бундесрату; оно либо передается Федеральному президенту, либо возвращается народу (ст. 63, абз. 4 Основного закона). Лишь в условиях состояния законодательной необходимости Бундесрат получает возможность опосредованно влиять на продолжение деятельности Правительства, терпящего затруднения из-за парламентского кризиса.

По отношению к Федеральному правительству Бундесрат пользуется внушительным количеством прав на участие в принятии решений, которые в отдельных случаях касаются и фактов, значительных с политической точки зрения. Стоит упомянуть в этой связи, что без одобрения Бундесрата не могут быть приняты многочисленные правовые постановления и общие административные предписания (ст. 80, абз. 2; ст. 84, абз. 2; ст. 108, абз. 7 Основного закона).

В области федеральной политики Бундесрат обладает широкой компетенцией, поскольку он может заниматься — гласно или конфиденциально — любым ее вопросом. Существуют, в частности, следующие возможности:

— Бундесрат на основании ст. 53 Основного закона имеет одинаковое с Бундестагом право вызывать на свои заседания члены Федерального правительства;

— эта же статья обязывает Федеральное правительство «держать Бундесрат в курсе текущих дел».

Существующие конституционно-правовые установления могли бы позволить Бундесрату играть в системе федеральных государственных органов более значительную роль, нежели та, которую он выполняет на практике. Определенная сдержанность, харак-

терная для деятельности Бундесрата, проявляется по его собственной воле. Но и существующая степень влияния этого органа на политику федерации достаточно велика. В современном многопартийном государстве традиционное разделение властей приобрело рудиментарный характер. Бундесрат, являясь федеративным конституционным органом, вносит в систему таких органов дополнительный элемент политического разделения властей.

Исполнительная структура Бундесрата и прежде всего большая роль бюрократии в его деятельности во многом способствовали тому, что в течение десятилетий со дня вступления в силу Основного закона этот федеративный орган действительно смог осуществлять функции контроля и противодействия Центру, что стало реальным лишь благодаря необычайно активному участию администрации в законодательной деятельности.

В обсуждении законопроектов принимают участие представители тех учреждений, которым в будущем придется эти законы исполнять (ст. 84, 85, 108 Основного закона). Нормативной базой для этого наряду с положением ст. 76, абз. 2 Основного закона о том, что «законопроекты Федерального правительства сначала представляются в Бундесрат», служит ст. 43, абз. 2 Основного закона, дающая уполномоченным Бундесрата и земель право участвовать в заседаниях его комитетов. Этот аспект приобретает все большее значение, потому что законопроекты, как правило, уже не составляются самим парламентом. Чаще всего его депутаты лишь обсуждают и принимают законы, проекты которых подготовлены в министерствах федерации и затем детально проработаны в Федеральном правительстве. В этой связи существование такого конституционного государственного органа, как Бундесрат с его сильной административной структурой, приобретает особую важность. В данном случае полномочиям федеральной бюрократии противостоит компетенция бюрократии всех земель; в случае каких-либо сговоров между ними на первом плане стоит, как правило, контроль за федеральной бюрократией со стороны земельной. В настоящее время такая форма контроля снизу является одной из важнейших функций Бундесрата.

Нельзя, однако, не отметить, что эта особая форма контроля в области разделения властей имеет свои границы. В качестве примеров могут быть названы следующие два момента.

В принципе бюрократии федеральных министерств, которая участвует в законодательной деятельности (безотносительно к процессу исполнения законов), противостоит бюрократия Бундесрата. Однако следует учитывать, что и в Бундесрате представлены не непосредственно исполнительные структуры, а министерства земель, которые тоже достаточно далеки от непосредственного процесса исполнения законов.

Контроль заведомо ограничен областями законодательства, в отношении которых или вообще не может быть речи об исполнении законов в прямом смысле этого слова (например, в области

внешней политики), или законы федерации проводятся в жизнь федеральными административными учреждениями (например, в сфере железнодорожного транспорта и почтовой связи).

2. Задачи Бундесрата

Важнейшей сферой влияния Бундесрата является законодательствование в той его части, которая касается законов, требующих его одобрения. В отношении законов, принимаемых без обязательного одобрения Бундесратом, его влияние ограничивается консультациями и инициативами.

Одобрения Бундесрата требуют следующие виды законов:

— законы, фиксирующие финансовые проблемы земель. Основными из них являются:

а) законы о налогах, средства от которых частично или полностью поступают в бюджет земель или общин (ст. 105, абз. 3 Основного закона);

б) законы о налоге с оборота, поступления от которого распределяются между федерацией и землями (ст. 106, абз. 3 и 4 Основного закона);

в) законы, касающиеся финансовой помощи землям с целью «выравнивания экономических различий на территории федерации» (ст. 104а, абз. 4 Основного закона);

г) законы, регулирующие распределение между землями так называемых земельных налогов (ст. 107, абз. 1 Основного закона);

д) законы, определяющие детали участия коммунальных ведомств в налоговых поступлениях (ст. 106, абз. 5 Основного закона);

е) законы, предписывающие федерации или землям либо им совместно — с указанием процентного соотношения — обязанность финансирования определенных административных мероприятий (ст. 91, абз. 2; ст. 104а, абз. 3 и 5 Основного закона);

ж) законы о содержании и обеспечении служащих ведомств земель и коммунальных органов (ст. 74а, абз. 2—4 Основного закона);

з) законы, устанавливающие «общие принципы бюджетного права для федерации и земель, принципы бюджетного хозяйства, обеспечивающего устойчивую конъюнктуру, а также долгосрочного финансового планирования» (ст. 109, абз. 3 Основного закона);

и) законы, предотвращающие опасность «нарушения общего экономического баланса» (ст. 109, абз. 4 Основного закона);

— законы, определяющие принципы организации административных учреждений земель и производства дел в них (ст. 84, абз. 1; ст. 85, абз. 1; ст. 108, абз. 2, 4, 5 Основного закона);

— предписания, разрешающие федерации создание собственных федеральных органов среднего или низшего звена либо дающие

федерации право включать определенные административные задачи в компетенцию собственных административных органов или, по поручению федерации, административных органов земель (ст. 87, абз. 3; ст. 87в, абз. 1 и 2; ст. 87с; ст. 87, абз. 2; ст. 120а, абз. 1 Основного закона);

— законы, касающиеся территориальных изменений в федерации (ст. 29, абз. 7 Основного закона);

— законы об изменении Основного закона. Его ст. 79, абз. 2 гласит, что закон, изменяющий или дополняющий текст Основного закона, принимается «большинством в две трети голосов депутатов Бундестага и в две трети голосов членов Бундесрата», т. е. в данном случае требуется одобрение Бундесрата, причем достигаемое не как обычно — с помощью простого большинства голосов (ст. 52, абз. 3 Основного закона), — а большинством в две трети.

Особые права участия в принятии решений Бундесрат получает в условиях так называемого состояния законодательной необходимости и в условиях состояния обороны, объявляемого Объединенным комитетом.

Для Бундесрата существуют следующие возможности включать в законодательный процесс свои инициативы:

— наряду с Федеральным правительством и членами Бундестага Бундесрат имеет право вносить законопроекты в Бундестаг (ст. 76, абз. 1 Основного закона). На основании ст. 76, абз. 3 Основного закона Федеральное правительство обязано в течение трех месяцев передать эти проекты в Бундестаг, сопроводив их изложением своей точки зрения;

— на основании ст. 76, абз. 2 Основного закона законопроекты Федерального правительства сначала представляются в Бундесрат. & течение шести недель (в срочных случаях — в течение трех недель) он может высказать свое мнение по поводу таких законопроектов; Правительство в этом случае обязано информировать Бундестаг о точке зрения Бундесрата;

— члены Бундесрата имеют право присутствовать на всех заседаниях Бундестага и его комитетов и «должны быть заслушаны в любое время» (ст. 43, абз. 2 Основного закона);

— в случаях созыва Посреднического комитета (ст. 77, абз. 2 Основного закона) Бундесрат имеет право подтверждать свои требования и выдвигать новые предложения.

Права Бундесрата участвовать в принятии решений в рамках полномочий исполнительной власти распространяются на:

— правовые предписания Федерального правительства или компетентного федерального министра в случаях, когда:

а) речь идет о принципах и тарифах использования федеральных «железнодорожных сооружений, почтовой и электросвязи» (ст. 80, абз. 2 Основного закона);

б) эти предписания издаются на основании полномочий, содержащихся, в свою очередь, в одном из законов, нуждающихся в одобрении Бундесрата, или законов, которые земли должны исполнять по поручению федерации (ст. 85 Основного

го закона), либо на основании решений собственной администрации (ст. 84 Основного закона);

— общие административные предписания к законам, исполняемым землями на основании ст. 84 и 85 Основного закона;

— предписания, связанные с надзором со стороны федерации за деятельностью администрации земель и с понуждением последних к выполнению федеральных обязанностей (ст. 37, абз. 1; ст. 84, абз. 3 и 4; ст. 85, абз. 4 Основного закона);

— международные договоры, регулирующие политические отношения федерации или касающиеся вопросов федерального законодательства, если содержание договора требует принятия закона, нуждающегося в одобрении Бундесратом (ст. 59, абз. 2 Основного закона);

— объявление Бундестагом состояния обороны (ст. 115а, абз. 1 Основного закона).

Другие предпосылки участия Бундесрата в принятии решений содержатся в ст. 109, абз. 2; ст. 119; ст. 129, абз. 1; ст. 130, абз. 1 Основного закона.

Текст Основного закона, исходя из принципов независимости судебной власти, естественно, не содержит положений о правах Бундесрата на участие в принятии решений в этой области. Степень его влияния определяется здесь мерой участия именно в законодательной сфере.

Основной закон в очень малой по сравнению с Бундестагом степени наделяет Бундесрат функциями формирования других органов. Это естественное следствие приверженности Основного закона принципам парламентской системы правления. Бундесрат не оказывает никакого влияния на персональный состав Бундестага и Федерального правительства, а также Федерального собрания, состоящего «из членов Бундестага и равного числа членов, избираемых народными представительствами земель» (ст. 54, абз. 3 Основного закона). Он не влияет и на состав Объединенного комитета: представители Бундесрата в нем назначаются землями (ст. 53а, абз. 1 Основного закона). Не оказывает Бундесрат влияния и на избрание Федерального президента.

Однако здесь существуют некоторые косвенные возможности:

— на основании ст. 56 Основного закона избранный Федеральный президент приносит присягу перед собравшимися членами Бундестага и Бундесрата;

— председатель Бундесрата на основании ст. 57 Основного закона является заместителем Федерального президента в случае личных препятствий для выполнения последним его обязанностей или досрочного его освобождения от должности;

— и, наконец, Бундесрат, как и Бундестаг, в соответствии со ст. 61, абз. 1 Основного закона имеет право объявить перед Федеральным конституционным судом так называемый импичмент Президенту, требуя тем самым его отставки.

Единственной подлинной функцией формирования государственных органов является избрание Бундесратом наравне с Бун-

дестагом членов Федерального конституционного суда (ст. 84, абз. 1 Основного закона).

Текущие федеральные законы расширяют полномочия Бундесрата в области формирования властных структур, предоставляя ему возможность либо замещать определенные государственные посты (например, в специальных комитетах), либо частично формировать вспомогательные органы путем избрания отдельных их членов. Парламентский совет ввел Бундесрат в механизм контроля за Федеральным правительством, предписанный Основным законом.

Полномочия, о которых идет речь, не всегда должны использоваться только с целью контроля; в конкретных случаях они могут стать инструментом действительных инициатив Бундесрата по управлению государством. Прежде всего имеется в виду его право на постоянную информацию относительно определенных вопросов жизни государства, предоставляемую этому органу Федеральным правительством в соответствии со ст. 53 Основного закона. Кроме того, согласно ст. 53а, абз. 2 Основного закона, Федеральное правительство должно информировать Объединенный комитет, а значит, и членов Бундесрата, входящих в него, «о своих планах, касающихся состояния обороны».

Следует упомянуть также о праве депутатского запроса, гарантируемого Бундесрату: «Члены Федерального правительства имеют право, а по требованию и обязаны принимать участие в заседаниях Бундесрата и его комитетов» (ст. 53 Основного закона). Отсюда вытекает право задавать вопросы членам Правительства и их обязанность отвечать на них.

Бундесрату наряду с Бундестагом предоставляется право финансового контроля: на основании ст. 114, абз. 2 Основного закона Федеральная счетная палата обязана ежегодно представлять как в Бундестаг, так и, в Бундесрат отчет о бюджетной и хозяйственной деятельности Федерального правительства.

Некоторые положения Основного закона предоставляют Бундесрату право вмешательства в сферу мер, принимаемых Правительством в связи с чрезвычайными ситуациями. В частности, речь идет о праве:

- требовать отмены полицейских мер, принимаемых Федеральным правительством в отношении земель в условиях стихийных бедствий и нарушения общественного порядка (ст. 35, абз. 2; ст. 91, абз. 2 Основного закона);

- требовать прекращения действий Вооруженных сил в революционных ситуациях (ст. 87а, абз. 4 Основного закона);

- требовать отмены чрезвычайных мер в условиях состояния обороны или по меньшей мере принятия Бундестагом решения по этому поводу (ст. 1151, абз. 1 Основного закона);

- совместного с Бундестагом объявления об окончании состояния обороны (ст. 1151, абз. 2 Основного закона).

Последнюю группу полномочий Бундесрата составляют так называемые права на самоорганизацию, позволяющие ему созда-

вать для себя вспомогательные органы, и кроме того, регулировать свою деятельность постольку, поскольку оба эти вопроса не находят отражения в тексте Основного закона.

3. Состав Бундесрата и процедура его деятельности

Основной закон в ст. 50 определяет Бундесрат как Палату земель, умазывая, однако, в ст. 51, абз. 1, что членами Бундесрата являются не сами земли, члены их правительств; в ст. 51, абз. 2 он вновь четко подтверждает титул Бундесрата как Палаты земель, поставив количество голосов, которое положено иметь правительству каждой земли в Бундесрате, в зависимость от числа ее жителей. В настоящее время четыре земли имеют в Бундесрате по шесть голосов (Банден-Вюртемберг, Бавария, Нижняя Саксония, Нордрейн-Вестфалия), восемь земель — по четыре голоса (Берлин, Бранденбург, Гессен, Рейнланд-Пфальц, Шлезвиг-Гольштейн, Тюрингия, Саксония, Саксония-Ангальт) и четыре земли — по три голоса (Бремен, Гамбург, Оаар, Мекленбург-Форпоммерг), что в общей сложности составляет 68 голосов, которыми и располагает Бундесрат.

Члены этого органа могут выступать как постоянные или их замещающие. Постоянными в соответствии со ст. 51, абз. 1 Основного закона являются члены правительств земель, «которые их назначают и отзывают». Правительство каждой земли на основании процедуры, предусмотренной ее законодательством, может делегировать в Бундесрат столько членов, сколько голосов положено иметь земле. Основное условие для избрания — быть членом соответствующего правительства и иметь в нем право решающего голоса.

На основании правовых положений, действующих ныне во всех землях, речь может идти в первую очередь о руководителях их исполнительной власти (премьер-министр, бургомистр, сенаторы) и о других должностных лицах, к ним приравненных (министры или сенаторы для особых поручений, министры без портфелей и т. п.). Строгих ограничений при этом федеральное законодательство не предусматривает. Конституционные законы могут предоставлять место в правительстве и право голоса другим лицам, превращая их тем самым в потенциальных членов Бундесрата. Члены правительства каждой земли, обладающие правом решающего голоса, но не назначенные в качестве постоянных членов Бундесрата, пользуются в соответствии со ст. 51, абз. 1 Основного закона неограниченным правом в любое время замещать постоянных его членов.

Права членов Бундесрата в соответствии с Регламентом становятся действительными (или недействительными) сразу после уведомления о назначении (или отзыве). Документ с уведомлением, указывающий имя члена Бундесрата и время, когда он должен приступить к выполнению своих функций в качестве члена Бундесрата и соответствующего правительства земли, должен,

согласно правовым установлениям земли, исходить исключительно от главы ее правительства. Бундесрат правомочен проверять, получен ли данный документ от органа земли, имеющего соответствующие полномочия, и имеет ли данное лицо право голоса в кабинете своей земли.

Состав Бундесрата меняется только за счет отдельных членов; смены всего его состава не происходит. Таким образом, Бундесрат — это постоянно действующий федеральный орган. Важнейшим конституционно-правовым следствием данного обстоятельства является отсутствие проблемы прерывности в деятельности этого органа. Поскольку члены Бундесрата осуществляют свои полномочия как почетные обязанности, их привилегии, связанные со статусом членов Бундесрата, чрезвычайно скромны. Достойны упоминания в этом аспекте лишь два момента: в Основном законе нет четкого положения о несовместимости членства в Бундесрате с наличием мандата в Бундестаге; в соответствии с Основным законом члены Бундесрата должны выполнять указания правительств своих земель. Никакими иными указаниями они руководствоваться не обязаны.

Председатель Бундесрата избирается на основании ст. 52, абз. 1 Основного закона сроком на один год. На пост председателя могут быть избраны только главы правительств земель, причем в порядке очередности, зависящей от размеров земель.

В соответствии с § 6 Регламента Бундесрата его председатель представляет ФРГ во всех сферах деятельности Бундесрата и является высшей инстанцией для его служащих; он осуществляет права руководителя в части поддержания внутреннего распорядка в служебных помещениях, созывает Бундесрат, определяет предварительную повестку дня его заседаний и руководит пленарными заседаниями.

Современная редакция Регламента Бундесрата предусматривает избрание трех заместителей председателя. В качестве первого заместителя всегда избирается прошлогодний председатель. Оба других заместителя тоже являются главами правительств земель. Заместители избираются также в порядке очередности, однако в этом случае первым призывается к исполнению обязанностей представитель земли с наименьшим числом жителей. Заместители поочередно представляют председателя во всех случаях невозможности для последнего исполнять свои функции (§ 7, абз. 1 Регламента Бундесрата). Председатель и три его заместителя образуют президиум Бундесрата.

На основании § 9 Регламента Бундесрата при нем, единственном из всех государственных органов федерации, создается Постоянный консультативный совет. Членами его являются уполномоченные на то представители земель. Он собирается один раз в неделю и осуществляет в основном две задачи: консультирует председателя и президиум, содействует им в подготовке пленарных заседаний и в принятии административных решений. Кроме того, он служит соединительным звеном между Бундесратом и

Федеральным правительством, снабжая их двусторонней информацией.

Специальным комитетам, которые Бундесрат создает подобно другим конституционным органам того же ранга, придается чрезвычайное значение. Поскольку пленарные заседания проходят в условиях постоянного цейтнота, результаты деятельности Бундесрата больше, чем других органов власти, зависят от работы комитетов по подготовке решений. Создание комитетов происходит в основном, по тем же правилам, что и комитетов Бундестага. Каждая земля имеет в комитете одно место (§ 11 Регламента Бундесрата) и один голос (§ 42, абз. 2 Регламента Бундесрата). Постоянными членами комитетов являются, как правило, компетентные в данной сфере министры земель. Председатели комитетов избираются на пленарных заседаниях Бундесрата (§ 12 Регламента), а их заместители — членами комитетов.

Администрация Бундесрата именуется в его Регламенте Секретариатом, в состав которого входят все его служащие. Возглавляющий руководство всеми текущими делами и тесно связанный в своей деятельности с председателем.

В соответствии со ст. 51, абз. 3 Основного закона все «голоса земли могут подаваться только согласованно», в противном случае они считаются недействительными. При этом необходимо, чтобы присутствовал по меньшей мере один постоянный или замещающий его член Бундесрата. Текст Конституции, таким образом, допускает подачу голосов одним лицом, не исключая возможности подачи голосов всеми или несколькими присутствующими на заседании членами Бундесрата. На практике голоса подаются всегда одним лицом — так называемым ответственным за голосование. подача голосов осуществляется с помощью так называемого опросного листа, в котором педантично отражена позиция членов Бундесрата относительно сотен отдельных вопросов повестки дня, за исключением тех немногих, по которым ответственный за голосование имеет право самостоятельного решения. Опросный лист составляется в каждой столице соответствующей земли на заседаниях различных ведомственных референту? Бундесрата. Лишь в отношении вопросов большой политики и (или) в случае отсутствия единого мнения ведомств позиция земли определяется кабинетом.

Все заседания комитетов Бундесрата происходят закрыто. Здесь действует даже принцип секретности, за исключением случаев, относительно которых принимается особое решение. Председатель комитета созывает его членов и руководит заседаниями, а при невозможности выполнять эти функции такое право переходит к заместителю председателя (§ 38, абз. 1 Регламента Бундесрата). На заседаниях комитета кроме его членов имеют право Присутствовать все члены Бундесрата, уполномоченные Федерального правительства и правительств земель (§ 40 Регламента). Возможны совместные заседания нескольких компетентных в соответствующей области комитетов и участие в них членов подком-

митетов. Каждая земля может вносить в комитеты свои предложения. Решения в комитетах принимаются простым большинством голосов (§ 42, абз. 3 Регламента Бундесрата), причем каждая земля имеет один голос (§ 42, абз. 2 Регламента). Для принятия решений необходимо присутствие представителей более половины земель.

Результаты обсуждений в комитетах выносятся на пленарные заседания Бундесрата в качестве рекомендаций. В случаях работы над одной проблемой нескольких комитетов иногда оказываются принятыми — часто единогласно — рекомендации диаметрально противоположного характера. Тогда правительство каждой земли должно на пленарном заседании решить, к какой рекомендации оно присоединится. Бюро директора администрации Бундесрата сводит воедино все рекомендации комитетов по определенной повестке дня. Эти материалы становятся основой для составления опросных листов. После обсуждения в комитетах и на основе выработанных там рекомендаций в столицах земель начинается подготовка к пленарному заседанию Бундесрата, и прежде всего составляются опросные листы.

Бундесрат созывается его председателем по требованию не менее двух земель или Федерального правительства (ст. 52, абз. 2 Основного закона; § 15, абз. 1 Регламента). Председатель предлагает предварительную повестку дня (§ 15, абз. 2 Регламента), которая должна быть одобрена собравшимися членами Бундесрата (§ 23, абз. 2 Регламента). Пленарными заседаниями, как правило, руководит председатель Бундесрата, а в случаях, требующих его замещения, — заместители председателя. Замещение председателя особенно необходимо, когда он принимает участие в дебатах (§ 21 Регламента Бундесрата).

Право участия в пленарных заседаниях имеют все постоянные и замещающие члены Бундесрата и члены Федерального правительства. Правом голоса наряду с членами Бундесрата наделены и члены Федерального правительства (ст. 53 Основного закона), а также, согласно Регламенту, — члены Посреднического комитета, докладывающие дело, и заместители федеральных министров. Пленарные заседания Бундесрата происходят, как правило, публично (ст. 52, абз. 3 Основного закона). Большинство голосов может быть, однако, вынесено решение о секретности определенного заседания. Такое решение также принимается конфиденциально (§ 17, абз. 1 Регламента Бундесрата).

Обсуждение на пленарных заседаниях отдельных вопросов повестки дня, объявляемых председателем, начинается с доклада о результатах рассмотрения их в комитетах. Земли имеют право вносить свои предложения по поводу вопросов повестки дня и во время пленарных заседаний. Тексты речей, которые из-за недостатка времени не были оглашены на заседании, передаются для протокола и входят в него без сокращений.

В процессе принятия решений по отдельным вопросам повестки дня должны соблюдаться следующие требования:

— Бундесрат на основании § 28, абз. 1 Регламента правомочен выносить решения при наличии абсолютного большинства голосов (в противном случае председатель должен отменить заседание);

— для принятия решения на пленарном заседании в соответствии со ст. 52, абз. 3 Основного закона необходимо, чтобы большинство членов Бундесрата высказалось за соответствующее решение (голоса воздержавшихся, недействительные и не представленные членами Бундесрата голоса рассматриваются как голоса, поданные против данного предложения).

Голосование по каждому вопросу повестки дня проводится путем одновременного поднятия рук всеми выступающими за данное решение. Противоположное мнение не голосуется. По требованию хотя бы одной земли голосование может проводиться путем поочередного обращения ко всем землям. Эта методика используется Бундесратом лишь в отношении особо важных вопросов, например при одобрении законов, изменяющих Конституцию (§ 29, абз. 1 Регламента Бундесрата). Решения Бундесрата вступают в силу сразу же по окончании соответствующего его пленарного заседания.

III. ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ПРЕЗИДЕНТ

1. Выборы президента

Президент Веймарской Республики избирался непосредственно немецким народом, что свидетельствовало о большом значении этого поста. Но президентство такого образца внушало опасения Парламентскому совету, разработавшему Конституцию ФРГ. Он считал, что Президент ФРГ должен избираться при широком участии всех политических и парламентских сил. После обсуждения различных вариантов Совет пришел к мысли о создании Федерального собрания, состоящего из членов Бундестага и такого же числа членов, избираемых ландтагами. Единственная задача Федерального собрания — выборы Президента ФРГ. Рамки Основного закона не дают основания говорить (вопреки распространенному мнению) о меньшем значении данного поста по сравнению с должностью Президента Веймарской республики вследствие отсутствия прямых выборов и связанных с этим меньших полномочий Федерального президента. Широкая легитимация Федерального собрания говорит скорее о его важности.

а) Федеральное собрание

Федеральное собрание состоит из членов Бундестага и такого же числа членов, избираемых народными представителями земель пропорционально числу их жителей. Закон о выборах Федерального президента Федеральным собранием от 25 апреля 1959 г. в редакции, опубликованной 24 июня 1975 г., основывающийся

на ст. 54, абз. 7 Основного закона, определяет процедуру проведения выборов членов Федерального собрания в ландтагах (составление списка кандидатов, метод подсчета голосов, время проведения выборов, голосование в старом или новом ландтаге, а в случае необходимости — во временном комитете, согласие с избранием, дополнительные выборы, контроль за выборами). Такое детальное определение федеральным законом процедуры выборов в ландтагах земель — своеобразное явление, которое, как ни странно, не вызвало до сих пор возражений.

Основной закон устанавливает, что народные представительства действуют согласно принципу пропорциональности (ст. 54, абз. 3). Но этот закон ничего не говорит о том, следует ли руководствоваться результатами последних выборов в Бундестаг в федеральных землях или выборами в ландтаги и нужно ли исходить из соотношения распределения мандатов в соответствующем ландтаге или из соотношения голосов, полученных на выборах в этот ландтаг. Закон о выборах Федерального президента решил вопрос в пользу выборов в ландтаг. Таким образом, не учитываются голоса, не преодолевшие на выборах в ландтаг заградительную оговорку.

Результаты выборов Федерального президента можно предсказать еще до того, как земельные парламенты выберут своих представителей в федеральное собрание, хотя туда могут избираться и граждане, не являющиеся депутатами ландтагов. Члены Федерального собрания не связаны какими-либо обязательствами или предписаниями. В конечном счете выборы Президента осуществляют фракции Бундестага, а избранным от ландтагов членам Федерального собрания нередко остается лишь функция одобрения. Это символично проявляется и в том, что с 1974 г. Федеральное собрание регулярно проводит свои заседания в Бонне.

Члены Федерального собрания уравниваются в своих правах с депутатами Бундестага. Несмотря на то что Федеральное собрание не является постоянно функционирующим органом, это конституционный орган власти федерации, обладающий своим Регламентом (ср. § 8 Закона о выборах Федерального президента). Федеральное собрание в целом, как и его отдельные члены, может передавать спорные вопросы в Федеральный конституционный суд (ст. 93, абз. 1).

Федеральное собрание созывается не позднее чем за 30 дней до истечения срока полномочий Федерального президента, а при досрочном окончании его полномочий — не позднее чем через 30 дней после того. Место и время созыва этого органа определяет председатель Бундестага. Он же руководит работой собрания. Время созыва должно выбираться с учетом предстоящих выборов в Бундестаг или в ландтаг или же выборов в каждом ландтаге членов федерального собрания. Игнорирование этого фактора по тактическим соображениям и преждевременный созыв Федерального собрания можно рассматривать как нарушение Конституции.

б) Процедура выборов

Федеральным президентом может быть избран каждый гражданин Федеративной Республики, обладающий правом избрания в Бундестаг и достигший 40-летнего возраста (ст. 54, абз. 1). Выдвижение кандидатуры должно сопровождаться письменным заявлением о согласии баллотироваться на этот пост (§ 9, абз. 1 Закона о выборах Федерального собрания). Других ограничительных условий нет. Не существует также каких-либо ограничений в отношении занимаемой кандидатом должности или его профессии. Повторное избрание допускается, но не более двух раз подряд.

Правом выдвижения кандидатуры обладает каждый член Федерального собрания. Свое предложение он представляет председателю Бундестага. На последующих турах голосования могут вноситься новые предложения (§ 9, абз. 1 Закона о выборах). Вопрос об отклонении какой-либо кандидатуры решается Федеральным собранием (§ 9, абз. 2 Закона о выборах). Выборы проводятся без прений (ст. 54, абз. 1), а голосование — бюллетенями в запечатанных конвертах. Но так как фактически кандидаты рекомендуются политическими партиями или их фракциями, в действительности происходит предварительное публичное обсуждение кандидатур.

Избранным в первых двух турах считается лицо, получившее большинство голосов членов Федерального собрания (ст. 54, абз. 6; ст. 121 Основного закона). Пока необходимость в третьем туре возникала лишь в 1969 г. на выборах Густава Хайнемана. Хотя Основной закон предусматривает только три тура голосования, может возникнуть ситуация, когда и третий тур заканчивается разделением голосов поровну. В этом случае допускается возможность дальнейших туров, а в случае необходимости — и выдвижение новых кандидатов. Кандидат, избранный на пост Президента, должен в течение двух дней объявить о своем согласии занять этот пост.

До настоящего времени Федеральными президентами были избраны: в 1949 и 1954 гг. — Теодор Хойс (СвДП), в 1959 и 1964 гг. — Генрих Любке (ХДС), в 1969 г. — Густав Хайнеман (СДПГ), в 1974 г. — Вальтер Шеель (СвДП), в 1979 г. — Карл Карстенс (ХДС), в 1984 и 1989 гг. — Рихард Вайцзеккер (ХДС).

2. Правовой статус

Федеральный президент избирается сроком на 5 лет (ст. 54, абз. 2 Основного закона). При повторном избрании общий непрерывный срок полномочий составляет не более 10 лет. Исполнение обязанностей Президента начинается с момента истечения срока полномочий его предшественника, без какого-либо специального акта назначения на этот пост (§ 10 Закона о выборах Президента).

Периодичность в 5 лет взята специально для того, чтобы

избежать совпадения по времени выборов Президента с выборами в Бундестаг или формированием Правительства.

Федеральный президент является, согласно протоколу, первым государственным органом власти Федеративной Республики Германии. Он не может входить в состав ни Правительства, ни законодательного органа федерации или какой-либо земли (ст. 55, абз. 1 Основного закона). Смысл и цель этого положения Основного закона ясны и просты: беспристрастное (нейтральное) исполнение Президентом своих обязанностей и его авторитет требуют независимости, и в том числе от каких-либо обязательств. В конечном счете состав Федерального собрания определяется политическими партиями, и этот факт также увеличивает необходимость в дистанцировании (нейтралитете) Федерального президента от политических взглядов, от партийных фракций и политических органов. Но он, конечно, не должен при этом отказываться от жизни обычного гражданина и отрекаться от своих мнений и убеждений. Руководствуясь пониманием сути этого поста, Федеральный президент сам налагает на себя обет сдержанности. Уже стало традицией, что Президент прекращает членство в какой-либо партии и воздерживается от партийной деятельности. Но в Конституции это не оговорено и потому не является обязательным.

Федеральный президент не может занимать какую-либо другую оплачиваемую должность и осуществлять коммерческую или профессиональную деятельность. Он не должен входить в состав руководства или наблюдательного совета предприятия, целью которого является извлечение прибыли (ст. 55, абз. 2 Основного закона). Но ему разрешается занимать неоплачиваемые должности и быть членом благотворительных и научных учреждений или почетным членом каких-либо организаций.

Возникает вопрос, обязан ли избранный Президент сразу же после выборов, т. е. еще до того, как он приступит к исполнению новых своих функций, отказаться от занимаемой ранее должности. Статья 55 Основного закона однозначно говорит о том, что до вступления в должность Президент этого делать не обязан. Избранному Президенту предоставляется возможность решить самому, надо ли ему сразу уходить с занимаемой должности, чтобы тем самым облегчить себе исполнение новых обязанностей. Но после истечения срока полномочий Президента не следует ограничивать его в осуществлении парламентской, профессиональной или какой-либо другой деятельности.

Федеральный президент обязан сделать официальное заявление о прекращении своей профессиональной или какой-либо другой деятельности, что не происходит автоматически в силу существования правовой нормы.

При вступлении в должность Федеральный президент приносит присягу (при избрании на второй срок подряд она не требуется) на совместном заседании Бундестага и Бундесрата, а не на заседании Федерального собрания (ст. 56 Основного закона). Воздер-

жание от присяги может рассматриваться как нарушение Конституции, но из этого автоматически не следует, что Президент утрачивает право выполнять свои функции. Текст присяги сформулирован в Основном законе. Президент торжественно обещает исполнять свои обязанности. Согласно ст. 64, абз. 2 Основного закона, члены Федерального правительства приносят ту же самую присягу. Это свидетельствует о том, что Президент является одним из конституционных органов власти.

Федеральный президент пользуется правом неприкосновенности (ст. 60, абз. 4; ст. 46, абз. 2—4 Основного закона), т. е. он не может подвергаться преследованию и каким-либо ограничениям личной свободы, против него не может быть возбуждено судебное дело. Бундестаг может своим решением отменить иммунитет, а также потребовать приостановления уже начатого судебного процесса. Такие полномочия Бундстага представляются проблематичными, но лучшего решения пока не найдено. Бундестаг может принять решение и против Федерального президента. Президент не обладает правом indemnитета, о котором говорится в ст. 46, абз. 1 Основного закона. В случае, если Президент осуждается к наказанию, последствием которого является утрата им государственной должности, его полномочия прекращаются. Внутригосударственный иммунитет Федерального президента дополняется международно-правовым.

В Основном законе указывается, что спорные вопросы между конституционными органами разрешаются федеральным конституционным судом (ст. 93, абз. I, п. I). Федеральный президент (или его представитель) может выступать в этом судебном разбирательстве как истцом, так и ответчиком. Это вполне нормальное проявление правовой ответственности любого конституционного органа в конституционном государстве, а Президент, как указывалось выше, является одним из таких органов.

Личный статус Федерального президента не закреплен в правовой форме. Обязанности Президента как бы поглощают его личность. Он не является государственным чиновником. Его должностное жалование каждый год заново определяется в проекте государственного бюджета. Размер пенсии («почетного жалования») регулируется Законом о пенсии Федерального президента.

Для выполнения своих функций Федеральный президент имеет в своем распоряжении Канцелярию, работой которой руководит ее начальник в ранге статс-секретаря. Канцелярия обеспечивает тесное сотрудничество Президента с другими органами. Официального движения дел между ним и Канцелярией не существует. Но он, разумеется, может вмешиваться в дела Канцелярии, хотя в административно-правовом отношении она независима от Президента.

Сравнительно скромное оснащение Канцелярии, несмотря на ее многочисленные задачи, символизирует своеобразие деятельности

сти Президента по сравнению с парламентом и Правительством. Канцелярия снабжает Президента необходимой информацией и консультациями, а также проводит подготовительную работу, способствующую выполнению им своих обязанностей. Начальник Канцелярии имеет право принимать участие в заседаниях кабинета. Он получает всю соответствующую документацию, что позволяет ему располагать информацией, которая может оказаться нужной Президенту. Выражает ли при этом начальник Канцелярии взгляды Президента в правительственном кабинете, общественности не известно.

Полномочия Федерального президента заканчиваются по истечении 5 лет. Смерть, уход в отставку, решение Федерального конституционного суда согласно ст. 61 Основного закона или потеря пассивного избирательного права — все это может быть причиной досрочного прекращения полномочий Президента. Отказ от избрания в пользу другой кандидатуры не предусмотрен.

По ходатайству Бундестага или Бундесрата Федеральный конституционный суд может установить, что Президент виновен в умышленном нарушении Основного закона или иного федерального закона, и лишить его должности (ст. 61 Основного закона; § 49—57 Закона о Федеральном конституционном суде).

Статья 61 Основного закона вызывает некоторые проблемы при ее толковании. Унаследованные нами из XIX в. уголовно-правовые взгляды и терминология («обвинение», «виновен») не соответствуют сегодняшнему их пониманию. Данная процедура имеет конституционно-правовой характер, направлена на лишение должности и служит защите Конституции. А то, что эта защита тесно связана с личностью Президента, объясняется особенностью поста. Поэтому ст. 61 Основного закона должна применяться и в случае исполнения полномочий Федерального президента председателем Бундесрата. К обвинению может быть добавлен и упрек в том, что своим действием или несколькими действиями, умышленно нарушившими закон или Конституцию, Президент сделал политически невозможным дальнейшее пребывание на своем посту. Такое обвинительное заключение соответствует компетенции Бундестага и Бундесрата, которые его принимают квалифицированным большинством. Так же как и при решении вопроса о запрете партии (ст. 21, абз. 2 Основного закона), здесь Федеральному конституционному суду предоставляются широкие полномочия в оценке государственно-политической целесообразности того или иного акта. Это дает повод опасаться, что Конституционный суд в особо серьезных случаях будет на стороне тех правящих политических сил, которые стали инициаторами предложения о возбуждении обвинения. Подробности процедуры вынесения обвинения изложены в ст. 61 Основного закона и в § 49—57 Закона о Федеральном конституционном суде.

В случае каких-либо препятствий для осуществления полномочий Федерального президента или досрочного его освобождения

от должности обязанности Президента выполняются избираемым на один год (ст. 52, абз. 1 Основного закона) председателем Бундесрата (ст. 57 Основного закона). Таким образом, благодаря жесткому одногодичному циклу избрания председателя Бундесрата все федеральные земли через своих премьер-министров имеют возможность в подобной ситуации участвовать в осуществлении полномочий Президента.

При переходе полномочий Президента к председателю Бундесрата по указанным выше причинам (ст. 57 Основного закона) Федеральный президент полностью отстраняется от своих обязанностей и замещающее его лицо временно ведет все его дела. В этом случае председатель Бундесрата имеет все права и обязанности Президента. Так, он пользуется иммунитетом, но вместе с тем, согласно ст. 61 Основного закона, против него может быть возбуждено обвинение. Однако личного правового статуса и протокольных прав Президента он не имеет, потому что осуществляет полномочия Президента не как его заместитель, а в статусе председателя Бундесрата. В данном случае он не замещает, а заменяет Президента. Даже если Президент находится с довольно длительным официальным визитом в другой стране, он формально остается в своей должности, а временно замещающий его председатель Бундесрата является как бы его представителем.

Как ни странно, но в Основном законе не уточняется вопрос о конкретных случаях препятствий для осуществления Федеральным президентом своих полномочий. Однозначна лишь формулировка «досрочное освобождение от должности» (смерть, уход в отставку, решение Федерального конституционного суда, утрата права на избрание). Остальные же случаи препятствий (болезнь, отпуск, пребывание за рубежом, плен, лишение свободы и др.) проблематичны. Так, например, Федеральный президент может изъявить желание и во время своего отпуска продолжать исполнение своих обязанностей. Да и не любая болезнь может служить препятствием тому. Кто должен установить, что препятствие так велико и значимо, что Федеральный президент действительно не в состоянии осуществлять свои полномочия? Заявление об этом самого Президента не всегда оправданно и допустимо. Если же факт препятствия должен устанавливать сам председатель Бундесрата, то это может поставить его в неловкое положение. Хотя, с другой стороны, он не только вправе, но и обязан принять на себя полномочия Президента, как только придет к заключению, что такое препятствие имеет место. В спорных случаях остается лишь возможность урегулирования вопроса через Федеральный конституционный суд. Кто должен поставить этот вопрос перед Федеральным конституционным судом: Президент или председатель Бундесрата, — зависит от конкретной ситуации. Но, например, в случае конституционного кризиса председатель Бундесрата легко может обвинить Президента в отсутствии конституционной лояльности и на этом основании заявить о возникновении такого препятствия.

3. Функции Президента

а) Выступления и встречи

Неоднократно проводилась дискуссия о том, имеют ли выступления Федерального президента на публике и его выступления конституционно-правовой характер. Действительно, как правило, он этого делать не обязан. Но он действует в подобных случаях как высокое должностное лицо и призван соблюдать правовые рамки возможностей и ограничений, связанных со своим постом, а внутри этих рамок уже сам определяет меру своих действий. Но как именно он при этом поступает, это его личное дело. Такая свобода Президента — характерный признак своеобразия его должности. Наряду с публичными выступлениями важнейшей функцией Федерального президента является осуществление права обращаться за советом, поддерживать различные инициативы и высказывать предостережения, а это требует информации и доверительных бесед. Президент регулярно встречается с федеральным правительством, с фракциями Бундестага, с общественными организациями и священнослужителями.

б) Определение государственной символики и награждение орденами

Основной закон не дает ответа на вопрос о том, кто должен определять государственную символику — национальный гимн, флаги, официальные праздники, ордена и т. п., а также порядок проведения государственных похорон. Традиция отдает здесь некоторое предпочтение главе государства. Но такого рода полномочия может иметь не только Президент. Например, утверждению национального гимна ФРГ предшествовала переписка между Федеральным президентом и Федеральным канцлером. Ввиду неурегулированности данного вопроса Бундестаг также имеет право вмешиваться в эту сферу. Так, Законом от 26 июля 1957 г. он предоставил Президенту право учреждать ордена и медали. Например, его указом учреждены две известные награды — «Орден за заслуги перед Федеративной Республикой Германией» и «Орден за заслуги в области науки и искусства». Осуществляя полномочия в данной сфере, Президент может действовать по своему усмотрению, но при этом его решения нуждаются в контрассигнации.

На основании Закона о почетных званиях, орденах и медалях Федеральный президент награждает учрежденными им орденами и медалями, утверждает присуждение наград другими инстанциями (§ 3, абз. 1), а согласно § 5 того же Закона, дает, в порядке исключения, согласие на присвоение почетных званий и награждение граждан ФРГ орденами и медалями других стран.

в) Право помилования

Федеральный президент обладает правом помилования (ст. 60, абз. 2 Основного закона). Это право традиционно относится к

полномочиям главы государства. Оно позволяет полностью или частично отменять имеющие законную силу санкции, изменять их или приостанавливать исполнение. Право помилования Федерального президент осуществляет только от имени федерации. Это означает, что в области уголовного права он может обладать такими полномочиями только после принятия решения судебной инстанцией в сфере осуществления федеральной юрисдикции. А это бывает после вынесения судами земель обвинений по делам о защите государства. В подобных случаях суды действуют согласно ст. 96, абз. 5 Основного закона. Случаи помилования довольно редки, но по своей сути важны и способствуют популярности Президента.

Б основном Федеральный президент принимает решения о помиловании по дисциплинарным делам, возбужденным против государственных служащих и военнослужащих. Кроме того, эти его полномочия осуществляются в следующих случаях: при наложении федеральными властями денежных штрафов, при рассмотрении дел адвокатов судами чести в Федеральной судебной палате, при наложении федеральными судами административных взысканий и при решениях Федерального конституционного суда согласно ст. 18 Основного закона.

Статья 60, абз. 3 Основного закона указывает, что Федеральный президент может делегировать свои полномочия по помилованию другим органам и широко пользуется этим правом. За собой он оставляет лишь некоторые наиболее важные случаи.

Решения Президента о помиловании подготавливаются соответствующим федеральным министром, но инициатива исходит от Президента.

г) Участие в функционировании политической системы

Решения о помиловании, нуждающиеся в контрассигнации, в случае спорных постановлений Федерального конституционного суда не подвергаются пересмотру в судебном порядке.

Федеральный президент назначает день выборов в Бундестаг. При этом он должен руководствоваться ст. 39, абз. 1 Основного закона о том, что новые выборы проводятся не ранее чем через 45 и не позднее чем через 47 месяцев после начала легислатуры; в случае роспуска Бундестага новые выборы проводятся не позднее чем через 60 дней. Он также должен соблюдать положение § 16 Федерального закона о выборах в Бундестаг о том, что день выборов должен приходиться на воскресенье или на установленный законом нерабочий день. Постановление Президента о дне выборов нуждается в контрассигнации.

Федеральный президент может потребовать созыва Бундестага. Он также имеет право предлагать или определять какой-либо пункт повестки дня заседания Бундестага.

По предложению Президента Федеральный канцлер избирается, причем выборы проходят без прений. Президент выдвигает

обычно такую кандидатуру, которую может поддержать большинство членов Бундестага. В конституционно-правовом отношении он этого делать не обязан, но вместе с тем Президент должен способствовать тому, чтобы избрание Канцлера состоялось как можно быстрее. Только после первого тура голосования Бундестаг может выдвинуть своего кандидата, и в случае его избрания абсолютным большинством голосов Президент обязан назначить его Канцлером (ст. 63, абз. 2 и 4; ст. 67, абз. 1 Основного закона).

Если же с самого начала ясно, что кандидат не наберет большинства голосов (ст. 63, абз. 2 Основного закона), или если во втором туре Канцлер избирается не абсолютным большинством (ст. 63, абз. 3—4), то в такой кризисной ситуации на Федерального президента ложится тяжелое бремя выбора правильного решения. После избрания в третьем туре Канцлера, не набравшего большинства голосов. Президент должен решить, назначить его или распустить Бундестаг (ст. 63, абз. 4). Конечно, лучше не распускать парламент, если Президент может прийти к заключению, что избранный лишь относительным большинством Канцлер все же сможет сформировать работоспособное Правительство. При принятии того или иного решения по данному вопросу контрасигнации не требуется (ст. 58), но для принятия его Президенту дается не более 7 дней (ст. 63, абз. 4).

Основной закон не устанавливает срока, в течение которого Президент должен выдвинуть кандидатуру на пост Канцлера (ст. 63, абз. 1). Кажется, следовало бы дать твердый срок, как это, например, имеет место в статье о возможности избрания Бундестагом во втором туре Федерального канцлера абсолютным большинством голосов (ст. 63, абз. 3). Но тогда по истечении этого срока Президент утратил бы возможность содействовать Бундестагу в выборах Канцлера.

Но и после выборов Федерального канцлера парламентская система правления может быть поколеблена. В случае, если обращение его с ходатайством о выражении доверия не встретит одобрения Бундестага, Федеральный президент может по предложению Канцлера в течение 21 дня распустить Бундестаг (ст. 68, абз. 1 Основного закона). Таким образом, кризис парламентской системы активизирует резервные функции Федерального президента. Но он лишается полномочий вмешиваться в парламентский кризис, если Бундестаг путем выборов другого Канцлера сам разрешит этот кризис (ст. 68, абз. 1). Президенту предоставляется право самому решить, что политически более целесообразно — дальнейшее пребывание Канцлера на его посту без вотума доверия или же новые выборы другого Канцлера. Вместо роспуска Бундестага Федеральный президент вправе объявить состояние законодательной необходимости в отношении какого-либо законопроекта (ст. 68, абз. 1).

По окончании полномочий Канцлера или какого-либо федерального министра Президент может поручить данному лицу продолжить исполнение обязанностей до назначения преемника

(ст. 69, абз. 3 Основного закона). Но в Основном законе не уточняется, обязан ли Президент так поступать. Во всяком случае в отношении Федерального канцлера он, очевидно, это должен делать. Что же касается судьбы министров, то вопрос о них обычно решает Канцлер, действующий или временно продолжающий исполнять свои прежние обязанности.

Разумеется, во всех названных выше случаях Федеральный президент имеет возможность действовать только тогда, когда существуют правовые предпосылки, которые он, как и любой другой конституционный орган власти, должен учитывать.

д) Оформление законов. Назначения

Федеральные законы готовятся Федеральным президентом для их официальной публикации в «Федеральном вестнике законов» (ст. 82, абз. 1 Основного закона). Аналогичную нотариальную деятельность он осуществляет при назначении и увольнении федеральных министров (ст. 64, абз. 1), федеральных судей, федеральных чиновников, офицеров и унтер-офицеров (ст. 60, абз. 1). Но эти полномочия Президент может передавать другим органам (ст. 60, абз. 3), что и происходит довольно часто. Другие полномочия по назначениям и увольнениям предоставляются Президенту обычными законами (назначение и увольнение членов правления Немецкого федерального банка, членов правления Немецкой федеральной железной дороги, назначение членов Научного совета и др.).

Федеральный президент одобряет Регламент Федерального правительства (ст. 65 Основного закона). Это одобрение является предпосылкой эффективности ведения правительственных дел. Как ни странно, но Основной закон и в данных случаях не устанавливает для Президента каких-либо сроков (в том числе и при подготовке законов) и не определяет процедуры.

Указанные полномочия расцениваются скорее как государственно-нотариальные. Действительно, основным при подготовке Президентом закона к публикации является засвидетельствование подлинности текста или его аутентичности с подлинником. Эти действия являются необходимой стадией законодательной процедуры.

Оформление законов и назначения, осуществляемые Федеральным президентом, подтверждают окончание политических споров и являются символическим выражением придания общеобязательной силы принимаемым решениям. Подготовленный таким образом и опубликованный затем в «Федеральном вестнике» закон является актом парламента, а не просто решением парламентского большинства. Назначенный министр является не министром от какой-либо партии, а министром государства.

Возможности политического участия Федерального президента в оформлении законодательства, а также в сфере назначений нельзя охарактеризовать только как удостоверение его действен-

ности. Свободу и зависимость Президента в сфере политики следует рассматривать дифференцированно.

Если законодательной властью обладает парламент, члены которого избираются и процедура работы которого базируется на конституционно-правовой основе, то совершенно ясно, что результаты этой работы не входят в сферу политических распорядительных полномочий Федерального президента. Он обязан подготавливать законы к публикации, осуществляя юридический контроль. Но это, однако, не означает его полного согласия с содержанием того или иного закона.

При формировании Федерального конституционного суда, члены которого, согласно ст. 94 Основного закона и § 6 и 7 Закона о Федеральном конституционном суде, избираются путем особой процедуры Бундстагом (его комитетом выборщиков) и Бундесратом — двумя третями голосов, Федеральный президент только назначает избранных таким образом судей, т. е. правом принимать решение обладают парламентские органы, Президент же обязан готовить эти решения к публикации.

При назначении и увольнении министров Федеральный президент оказывается в несколько иной ситуации. В этом случае он действует по предложению Федерального канцлера (ст. 64, абз. 1 Основного закона), но такое предложение не, регулируется какой-либо правовой процедурой. Так, Президент может выразить Канцлеру свои сомнения в отношении той или иной кандидатуры, и Канцлер обязан выслушать эти соображения. Сначала Президент высказывает свои сомнения в доверительной форме. Если они достаточно серьезны, то нужно учесть, что из-за задержки назначения (или увольнения) его сомнения станут известны более широкому кругу лиц. Если же его возражения слишком серьезны (по государственно-политическим причинам), то Президент может высказать их публично, что представляет собой достаточно сильное средство давления при решении кадровых вопросов. Но вместе с тем реализация прав Президента возможна только при условии, что он в конечном счете согласится с Федеральным канцлером, если тот упорно настаивает на своем предложении.

При назначении судей, чиновников, офицеров и унтер-офицеров (ст. 60, абз. 1 Основного закона) Федеральный президент следит за тем, в соответствии ли с законом осуществляется подбор кандидатов. Но сам он правом подбора не обладает, хотя и имеет право поставить вопрос о пригодности того или иного кандидата.

е) Контроль легитимности Президентом

Как указывалось выше, в компетенцию Федерального президента входят подготовка законов к официальной публикации и различные назначения. Но при осуществлении этих полномочий он проверяет подготавливаемый материал на предмет его конституционности и законности, хотя это и не относится к его основным полномочиям.

Следует различать право контроля при подготовке законов и право контроля при назначениях.

При оформлении законов Федеральным президентом неоспоримым является его так называемое право формального контроля (ст. 82, абз. 1 Основного закона), т. е. он может проверить, соответствует ли данный закон процедурным предписаниям Конституции. Но распространено мнение, что Президент обладает еще и так называемым правом материального контроля, т. е. может проверить, соответствует ли данный закон другим статьям Конституции. Ведь только материальный контроль может показать, достаточно ли было простого большинства в парламенте или же была необходима процедура голосования с большинством в две трети (ст. 79, абз. 2), т. е. была ли соблюдена процедура, соответствующая содержанию данного закона. Существует также мнение, что Федеральный президент не должен иметь право материального контроля, так как об этом ничего не сказано в Конституции. Зато в ней говорится о праве судебного контроля, являющемся компетенцией Федерального конституционного суда, который вправе отклонить не соответствующий Конституции закон. На это можно возразить следующим образом: Федеральный конституционный суд обладает исключительным правом контроля за законностью в случаях применения действующих законов (ст. 100, абз. 1). Федеральный президент не может отклонить уже вступивший в силу закон, но способен предотвратить его действие. Именно существование Федерального конституционного суда и его компетенции в рамках правового демократического государства делают возможным и допустимым право контроля Президентом, так как сам его отказ оформить закон подлежит проверке Федеральным конституционным судом. Только в случае больших и весомых сомнений, очевидных и грубых ошибок, явного нарушения Конституции Президент может отказаться оформлять закон.

Конституция не устанавливает критериев, по которым можно четко определить, нарушена ли она. Поэтому допускается решение вопроса в упомянутых случаях Президентом. Это приемлемо, если иметь в виду организацию, состав, функцию и процедуру разрешения данного вопроса участвующими в нем конституционными органами. Федеральный конституционный суд всегда наготове, и любой гражданин или государственный орган могут к нему обратиться. Суд может реагировать на антиконституционность какого-либо акта более гибко, чем Президент, например путем заявления о частичной недействительности акта. Это освобождает Президента от излишнего бремени принятия решения, и он может спокойно оформлять спорный документ.

С другой стороны, не исключены случаи неконституционности, на которые участвующие конституционные органы (Бундестаг, Федеральное правительство и Бундесрат) не обратили внимания и при этом никакой другой государственный орган или гражданин не обратился в Федеральный конституционный суд. Тогда сам

Федеральный президент, отказавшись оформлять данный закон, может передать его на рассмотрение Конституционного суда.

В других случаях его подпись, наспех поставленная, несмотря на сомнения, может ускорить и без того предусмотренный законом контроль со стороны Конституционного суда. Федеральный президент должен тщательно обдумать, как ему поступить, чтобы это было не в ущерб делу. Однако и здесь отсутствуют четкие конституционно-правовые нормы; поэтому окончательное решение вопроса предоставляется Президенту. В итоге получается, что право контроля здесь не отрицается, поскольку в компетенцию Президента входит подготовка законов. Но так как Федеральный конституционный суд всегда готов вмешаться в каждом конкретном случае, необходимости реализовать упомянутое выше право путем отказа оформлять закон у Президента обычно не возникает.

Право контроля имеет и более глубокий смысл: обладая полномочиями по подготовке законов к их публикации или отклонению, Президент в случае конституционного кризиса имеет возможность принять меры против нарушения конституционного строя. Он, как запасной игрок, может подключаться в случаях, когда иным способом не могут быть предотвращены антиконституционные действия других органов власти. При возникновении конституционного кризиса Президент должен попытаться преодолеть его. Но захочет и сможет ли он это сделать, Основной закон не гарантирует, однако такой шанс Президенту все же предоставляет (ст. 82, абз 1 Основного закона).

Сказанное относится и к процедуре ратификации международно-правовых договоров.

При назначениях и увольнениях федеральных министров и чиновников Федеральный президент обладает аналогичным правом материального контроля. Разница заключается лишь в том, что заинтересованная третья сторона не может обратиться в суд с протестом против незаконного назначения. В этом плане право контроля в каждом конкретном случае приобретает большую значимость. Это, в частности, относится к назначениям, осуществляемым в нарушение Основного закона (ст. 33, абз. 2) в протекционистских партийно-политических интересах.

«Федеральный президент представляет федерацию в международно-правовых отношениях», — гласит ст. 59, абз. 1 Основного закона. Эта же статья предоставляет ему право заключать договоры с иностранными государствами (согласно ст. 59, абз. 1) после одобрения Бундестагом, т. е. путем ратификации. В большинстве случаев Президент сам может осуществлять ратификацию. Фраза «Федеральный президент представляет федерацию в международно-правовых отношениях» означает также и возможность односторонних заявлений Президента, например о признании других государств, о возникновении состояния обороны, о создании рыболовной зоны и т. п. (ст. 115а, абз. 3 Основного закона).

ж) Международно-правовое представительство

Федеральный президент назначает послов ФРГ и принимает послов других государств, т. е. аккредитует их (ст. 59, абз. 1 Основного закона).

Статья 59, абз. 1 Основного закона является нормативной базой представительства Президента не только в сфере осуществления официальных юридических международно-правовых актов, но и в целом в сфере дипломатической деятельности как за рубежом, так и в своей стране. Эта статья Основного закона предоставляет Федеральному президенту исключительное право представительства. Федеративная Республика в принципе хочет действовать в согласии с иностранными государствами. Вот почему Президент обладает монопольным правом официального представительства. Однако государственная практика свидетельствует и об обратном. Федеральный канцлер, федеральные министры и другие государственные органы выступают за рубежом в качестве представителей Федеративной Республики и даже подписывают некоторые соглашения, не будучи официально уполномоченными на то Федеральным президентом. В данном случае имеет место расхождение между конституционным и международным правом: согласно ст. 7 Венской Конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., представителями своего государства являются (в силу занимаемой должности, т. е. без особых на то полномочий) наряду с главой государства главы правительств, министры иностранных дел и главы дипломатических миссий и действия этих лиц имеют законную силу.

Тем не менее анализ ст. 59, абз. 1 Основного закона приводит к выводу, что любое представительство от имени Федеративной Республики Германии должно осуществляться Федеральным президентом. Для снятия таких противоречий между нормой и практикой в случае принятия международных актов, не имеющих большого значения, происходит передача представительских полномочий другим лицам, причем нередко это делается довольно произвольно, так как оформление Президентом такого делегирования прав в каждом отдельном случае оказалось бы для него непосильным бременем, если иметь в виду широкие международные контакты ФРГ и огромное количество международных переговоров, соглашений и договоров. Но все же следовало бы оптимально соблюдать и эту статью Основного закона и не вести речь ни об обычном праве, ни о делегировании полномочий — здесь лучше было бы говорить о полномочиях, приобретаемых с молчаливого согласия.

Из этого следует, что международное представительство относится к компетенции Федерального президента, а это, в свою очередь, означает, что он должен располагать полной информацией о всех действиях в данной сфере и в любой момент может снова взять на себя все международно-правовые процедуры, в том числе заключение правительственных и международных соглашений.

Для снятия напряженности в создающейся правовой ситуации можно считать вполне приемлемым, чтобы международные переговоры, в том числе и о заключении договоров, вело Правительство, не получая при этом специальных полномочий.

Сегодня распространено совершенно справедливое мнение о том, что право Президента представлять федерацию в международно-правовых отношениях не дает ему полномочий на формирование внешней политики своего государства. Он не является носителем материальной власти в сфере внешней политики, а лишь уполномочен осуществлять волю государства, сформулированную соответствующими органами власти. Президент выражает политическую волю, но сам не участвует в ее формировании. Отсюда следует, что после правового контроля договоров, представленных ему Правительством, он обязан их ратифицировать.

Но несмотря на все сказанное выше, у Федерального президента остается возможность влияния в данной сфере (и в силу личных качеств, и в силу значимости поста), решительного содействия международному авторитету Федеративной Республики, эффективности ее внешней политики. Президент не декоративная фигура.

3) Три основные функции Президента

Разнообразные полномочия Федерального президента и его многогранная деятельность охватываются в целом тремя функциями: интеграции, политического резерва и правового резерва.

Первая из этих функций проявляется в двух аспектах. С одной стороны, Федеральный президент как неколлегиальный и первый конституционный орган власти воплощает политическое единство общества. Он осуществляет подготовку законов к официальной публикации и назначение должностных лиц именно для выражения этого единства. За рубежом Президент представляет Федеративную Республику Германию в международно-правовых отношениях. Выступая с различными речами, он олицетворяет государство. С другой стороны, деятельность Федерального президента проявляется в активном содействии единству государства. На практике оба эти аспекта — представительство и укрепление единства государства — сливаются.

В функции интеграции государства состоит основная задача Федерального президента. Она открывает перед ним широкое поле деятельности, и в ней проявляется личность человека, занимающего этот пост. Свою задачу по содействию интеграции и ее развitiю Федеральный президент осуществляет на двух уровнях. В рамках структуры государственных органов он поддерживает и дополняет интегрирующую силу парламента и Правительства. Выступая с речами, предостерегая или давая советы, он выполняет дополнительную интегрирующую функцию. Осуществляя ее на другом уровне, Президент воздействует на народ с целью дости-

жения единства государства, отражая в своих выступлениях пожелания и требования, волю меньшинства и большинства и указывая основную линию. Иногда ему при этом в известной мере удается выразить национальное согласие народа.

Но интегрирующая функция федерального президента не означает, что он действует в каких-то сверхвысоких абстрактных сферах. В Основном законе нет четкого разделения, по которому Федеральное правительство представляло бы большинство, а Федеральный президент — весь народ. Бундестаг и Федеральное правительство также обязаны содействовать единству и интеграции государства. Федеральный президент воплощает это единство не вопреки каким-либо органам и группам или их многообразию, а вместе и наряду с ними. Короче говоря, он воплощает единство плюрализма. Согласие не исключает конфликты. В этих случаях Президент действует не как арбитр, а скорее как своего рода посредник, т. е. человек, ведущий по телевидению политическую дискуссию и следящий за соблюдением меры и достижением компромисса. Таким образом, и в этом плане Федеральный президент является конституционным органом власти среди других конституционных органов.

В кризисных ситуациях парламентской системы у Президента возникают особые полномочия по правильной оценке возникшей ситуации, тем самым его влияние в сфере власти возрастает. Эту функцию политического резерва Федеральный президент осуществляет с помощью своих обычных полномочий (часто остающихся чисто формальными), таких, например, как право внесения кандидатуры Федерального канцлера; в других случаях эта функция осуществляется им на основе особых, кризисных полномочий, например при роспуске Бундестага или при объявлении состояния законодательной необходимости. Но и в этих случаях Президент ФРГ не становится правящим президентом.

Функцию правового резерва Федеральный президент осуществляет в рамках подготовки законов и назначений министров и чиновников. Необходимой предпосылкой этой функции является полномочие Президента проверять законность соответствующих актов. Но в случае установления несоответствия какого-либо акта Конституции или закону он не обязан непременно приостанавливать подготовку этих актов, так как правовой контроль, как правило, может осуществляться Федеральным конституционным судом. Вот почему в подобных случаях функция правового резерва Президента, как правило, практически не реализуется. Эта функция становится значимой, если не могут быть применены обычные средства по предотвращению антиконституционных действий других государственных органов. Такое обычно имеет место, когда другой правовой контроль почему-либо невозможен или осуществляется слишком поздно. Но наибольшую значимость функция правового резерва Президента приобретает в случае тяжелого конституционного кризиса.

4. Президент в системе конституционных органов

а) Контрассигнация

Первая фраза ст. 58 Основного закона гласит: «Для действительности предписаний и распоряжений Федерального президента необходима их контрассигнация Федеральным канцлером или компетентным федеральным министром». Подготовка Президентом законов к официальной публикации также предполагает их предварительную контрассигнацию (ст. 82, абз. 1 Основного закона). Вторая фраза ст. 58 Основного закона однозначно указывает, в каких случаях контрассигнация не требуется. В практическом плане она не вызывает никаких проблем, но при научном рассмотрении представляется неясной, а сфера ее применения — опорной.

Смысл контрассигнации виден в двух аспектах. Это политическая зависимость Президента от Правительства, с одной стороны, и политическая ответственность Правительства перед парламентом — с другой.

Политическая зависимость заключается в том, что Президент не должен проводить самостоятельную политику вопреки воле контрассигнирующего акты Правительства, не должен нарушать единство государственного руководства. Тем самым контрассигнация ставит Федерального президента в зависимость от Правительства, так как он не может ни распустить его, ни заставить быть послушным под угрозой роспуска. Таким образом, Президент лишь частично вовлечен в систему управления. Но вместе с тем Федеральный президент обязан проявлять по отношению к Бундестагу и к другим конституционным органам лояльность, сдержанность и стремление к согласованности действий.

Функция контрассигнации в этом аспекте обладает определенной амбивалентностью: необходимость такой подписи должна ограничивать полномочия Федерального президента именно в тех случаях, когда он имеет возможность самостоятельно принимать решения, но как раз в этих случаях он и лишается самостоятельности. Тем самым границы сферы применения контрассигнации размываются: нуждаются ли в контрассигнации, например, речи Федерального президента, поскольку в них он выражает свою собственную политическую точку зрения, или же контрассигнация в этих случаях не нужна, дабы предоставить ему возможность независимых оценок?

Осуществляя контрассигнацию, Федеральное правительство берет на себя политическую ответственность перед парламентом. Федеральный президент такой ответственности не несет, почему он и не может выступать в Бундестаге. Обычно все законы, распоряжения и предписания передаются для опубликования Федеральному президенту только после их контрассигнации (§ 29 Регламента Федерального правительства). Эта предварительная контрассигнация подтверждает готовность данного документа к вступлению в силу.

Разумеется, требование такой политической ответственности Правительства в значительной степени является устаревшим. В настоящее время Правительство может быть привлечено к ответственности буквально за все его действия (ст. 43, абз. 1 Основного закона); оно в любое время и по любой причине может быть смещено (ст. 67). В этом отношении парламентская система правления превратила контрассигнацию в совершенно ненужную процедуру. Контрассигнация сведена до чистой формальности, при которой Правительство должно брать на себя политическую ответственность за предписания и распоряжения Федерального президента. Но она сохранила другую свою функцию — делать предписания и распоряжения Президента зависимыми от одобрения Правительства и тем самым обеспечивать единство руководства государством.

Согласно ст. 58 Основного закона, предписания и распоряжения Федерального президента нуждаются в контрассигнации. Но что именно следует понимать под заимствованными из Веймарской Конституции словами «предписания и распоряжения»? Очевидно, здесь подразумеваются все действия Федерального президента, направленные на правовое регулирование (международно-правовые заявления, назначения, помилования), причем независимо от того, находят ли они выражение в письменной или устной форме. В случае их устного выражения следует требовать и устного одобрения. При отрицательном отношении должен быть выражен протест, чтобы отсутствие реакции не могло быть воспринято как молчаливое одобрение.

В настоящее время представляется почти бесспорным, что неисполнение Федеральным президентом каких-либо государственных актов, в том числе официальных правовых, не нуждается в контрассигнации по двум причинам. Во-первых, Парламент и без контрассигнации может спросить Правительство о его мнении в отношении подобного действия Президента. Во-вторых, поскольку Президент связан конституционно-правовыми обязанностями, в рамках спора между конституционными органами парламент и Правительство могут настоять на осуществлении им соответствующего действия.

Еще во времена Веймарской Республики велась научная дискуссия о том, нужна ли контрассигнация речей и выступлений Федерального президента. Речи его, посвященные вопросам внешней политики, тщательно согласовываются с Правительством. Как правило, Министерство иностранных дел составляет проект речи, так что в действительности (а не формально) уже как бы происходит контрассигнация. Подобное согласование с ведомством подчеркивает особый характер таких речей: Федеральный президент выступает в этих случаях не как самостоятельно действующий Президент, связанный контрассигнацией, т. е. не как один из конституционных органов власти, а просто как представитель Федеративной Республики в соответствии со ст. 59, абз. 1 Основного закона. В своих речах он формулирует политическую волю ФРГ,

выраженную Правительством. Высокий пост и личные деловые качества Президента дают ему определенную свободу в формулировках и некоторую степень самостоятельности. Тот факт, что во время визитов Федерального президента в другие государства его сопровождает министр иностранных дел, свидетельствует о тесной связи Президента с материальным носителем внешнеполитической власти.

В сфере внутренней политики Федеральный президент выступает от собственного имени. Одно время существовало мнение, что и такие его речи нуждаются в контрассигнации, но в (последних научных работах выражается несогласие с этим. Например, Федеральный президент К. Карстенс называл подобную точку зрения абсурдной и, как и все другие президенты со времен Т. Хойса, выступал с самостоятельными речами без всякой их контрассигнации.

Споря о необходимости контрассигнации речей Федерального президента, практики и некоторые научные круги часто забывают при этом, что господствующее мнение предусматривает лишь одобрение Правительством его речей, причем не предварительное. Аргументом противников такой точки зрения является функция интеграции, которую Президент, по их мнению, не сможет осуществлять, если в своих выступлениях будет зависеть от одобрения Правительства. Такая аргументация справедлива лишь частично. Высказывания, противоречащие политической линии Правительства, таят в себе опасность дезинтеграции. Пост Федерального президента требует включения его в общую систему государственного руководства. Существуют определенные несоответствия между функцией интеграции, нарушаемой полным подчинением воле Правительства, и единством руководства государством, которое может быть нарушено слишком независимыми выступлениями Федерального президента. Однако обязанность проявлять политическое уважение, вытекающее из принципа верности конституционным органам власти, может снять это несоответствие гораздо лучше и более гибко, чем процедура формальной контрассигнации.

Случаи, когда контрассигнация не требуется, названы в ст. 58 Основного закона: это назначение и увольнение Федерального канцлера (ст. 63, 67), роспуск Бундестага (ст. 63, абз. 4) и ходатайства Президента о продолжении исполнения Федеральным канцлером или министром своих обязанностей (ст. 69, абз. 3). Но в ст. 58 названы не все случаи отсутствия необходимости контрассигнации. Сюда следует отнести также отказ Федерального президента исполнять свои обязанности, предложение им кандидатуры федерального канцлера (ст. 63, абз. 1; ст. 115h, абз. 2) и требование созыва Бундестага (ст. 39, абз. 3). Кроме того, не нуждаются в контрассигнации внутриведомственные акты в рамках Канцелярии президента, а также его обращение в Федеральный конституционный суд в случае опора между конституционными органами.

В целом ряде других случаев вопрос о необходимости контр-ассигнации представляется спорным. Здесь нельзя найти одно общее решение. При делегировании Федеральным президентом части своих полномочий другим органам (ст. 60, абз. 3) или его отмене возникает дилемма: либо можно обойтись без контрассигнации, чтобы предоставить Президенту самостоятельность, либо контрассигнация нужна именно потому, что он действует самостоятельно. Так как делегирование полномочий и его отмена относятся к сфере исполнения Президентом его обязанностей, а не принятия решений по существу дела, представляется, что и в том, и в другом случае контрассигнация не требуется.

Некоторые считают, что заявление Федерального президента о состоянии обороны (ст. 115а, абз. 3 и 5 Основного закона) и объявление состояния законодательной необходимости (ст. 81, абз. 1) не нуждаются в контрассигнации. Такое мнение мотивируется тем, что подобным актам Президента предшествует решение Бундестага (в первом случае) или представление Правительства (во втором случае). Но мнение это ошибочно, так как в подобных случаях контрассигнации подлежит не решение Бундестага и не представление Правительства, а соответствующее заявление Федерального президента. Поэтому контрассигнация здесь конечно же нужна.

В последнее время подвергается сомнению необходимость контрассигнации в случаях помилования, так как могут возникнуть шекотливые ситуации, когда решение Федерального президента о помиловании будет зависеть от соответствующего компетентного министра, причем не беспристрастного, а заинтересованного в исходе дела. Однако несмотря на возможность такой ситуации следует однозначно сказать, ссылаясь на ст. 58 Основного закона, что решение Федерального президента о помиловании нуждается в контрассигнации Федеральным канцлером или компетентным министром.

Контрассигнация входит в круг и обязанностей Федерального канцлера или компетентного министра (ст. 58). Компетентность последнего определяется сферой деятельности ведомства. Контрассигнация, осуществляемая министром, не занятым в определенной сфере деятельности, считается, согласно закону, недействительной, что нельзя признать справедливым, так как одобрение деятельности Федерального президента, например при подготовке им документов к публикации, вряд ли зависит от определенной отрасли управления. Но Федеральный канцлер в любом случае компетентен контрассигновать акты Президента, его полномочия в этом плане не вызывают сомнений.

Контрассигнация является необходимой предпосылкой юридической действительности предписаний и распоряжений Федерального президента. Так как Основной закон не указывает конкретных сроков контрассигнации, вопрос о действительности акта Президента является неясным, за исключением случаев подготовки законов к официальной публикации, согласно ст. 82, абз. 1 Основного

закона, где сказано: «после их контрассигнации» Федеральный президент не поступает противозаконно, если он еще до контрассигнации или вопреки первоначальному отказу в ней все же принимает решение подписать документ и в случае необходимости опубликовать его. И только дальнейшие шаги Президента по оформлению актов, нуждающихся в контрассигнации (например, официальная публикация решения о помиловании, что автоматически означает вступление его в силу), следует рассматривать как антиконституционные, а следовательно, и недействительные.

б) Нейтральность

Создаваемая благодаря процедуре контрассигнации (ст. 58) согласованность между Федеральным президентом и Федеральным правительством дополняется общепризнанным принципом: Федеральный президент должен соблюдать нейтралитет. Это трудно определяемое понятие указывает скорее на характер действий, нежели на конкретную форму исполнения Президентом своих обязанностей. Полномочия Федерального президента свидетельствуют о том, что под словом «нейтралитет» не следует непременно понимать политическую умеренность и индифферентность. Ведь Федеральный президент — это политическая сила; все президенты до сих пор обладали политическим влиянием. Но при этом сохраняется их обязанность соблюдать нейтралитет и, соответственно, принцип гласности по отношению к отдельным группам и политическим партиям. Федеральный президент должен проявлять интерес и внимание к любому политическому течению, к любой партии или группировке. Но это не исключает случаев, когда он дистанцируется от той или иной партии либо течения или же, наоборот, поддерживает их. Нейтралитет не всегда означает невмешательство.

Совершенно ясно—и это вытекает из рассмотренной процедуры контрассигнации, — что Федеральный президент в любом случае должен действовать в русле устоявшейся политики государственного руководства. Как правило, он обязан содействовать этой политике. В данном отношении нейтралитет Президента заключается в некоторой его зависимости от определенного направления развития и от Правительства. Но и здесь могут быть исключения. Выясняя что-либо, Президент может дать понять, что симпатизирует определенному направлению; делая то осторожные, то более четкие указания, он может и выразить свое несогласие с чем-либо. При этом он всегда поясняет, что не обладает полномочиями принимать решение, так как это компетенция других соответствующих органов власти. Обязанность Федерального президента проявлять уважение к задачам и функциям других конституционных органов есть выражение доверия к ним, или конституционно-правовая лояльность.

в) Современная концепция президентской власти

В Основном законе нет записи о том, что Федеральный президент является главой государства. Дошедший до нас из времен монархических традиций, Веймарской Республики и национал-социалистского господства, этот термин до сих пор считался справедливым для поста Федерального президента, но в рамках Основного закона он все же не уместен.

В текстах конституций Федеративной Республики не было и нет термина «глава государства». Это же следовало бы порекомендовать и научным текстам. Современная теория федеративного государства не приемлет также и термина «глава федерации». Федеральный президент не является одновременно президентом земель или главой их правительств. Федеральный президент — это Президент Федеративной Республики Германии, без всяких оговорок и без каких-либо преувеличений, но вместе с тем и без аналогии с другими, по-иному структурированными президентскими системами. Короткий термин «Президент» хотя и менее символичен, но более соответствует трезвой рассудительности ФРГ.

Основной закон дает нам представление о Президенте (частично по аналогии с Австрией и Италией), выполняющем свои функции в качестве одного из конституционных органов власти, на которых лежит бремя власти и полномочий по принятию решений. Отсутствие у Президента значимой политической власти является в некоторой степени основой его силы, проявляющейся в духовном воздействии на политику общества. Федеральный президент олицетворяет собой то, что объединяет всех. Тем самым он как бы воплощает дух Конституции.

IV. ФЕДЕРАЛЬНОЕ ПРАВИТЕЛЬСТВО

1. Общая характеристика

В Основном законе нет описания или конкретного перечня задач Федерального правительства. Поэтому более или менее систематичное перечисление его полномочий не может дать полной картины всего круга его обязанностей. Для этого нужно обратиться к принципиальным основам его деятельности, определяемым конституционно-правовой характеристикой Федерального правительства и его обязанностей.

С точки зрения разделения властей Федеральное правительство является органом исполнительной власти (ст. 20 Основного закона). Такое общепринятое его обозначение помогает раскрыть сущность задач правительства, относящихся к самым различным сферам. Основная черта всех этих задач — непосредственная и постоянная деятельность по собственной инициативе.

Раздел VI Основного закона рассматривает прежде всего пра-

новой статус, формирование и внутреннюю структуру Федерального правительства. Там говорится кое-что и о характере его полномочий, при этом подчеркивается, что Федеральное правительство есть особый орган власти, обладающий самостоятельным кругом задач. Все функции правительства, правовое и административное регулирование осуществляются им по собственному праву. Некоторые предписания Основного закона (ст. 65, 65а) свидетельствуют о том, что для деятельности Федерального правительства типичны, политическая инициатива, руководство и контроль. В этом смысле правила организации и методов работы Правительства отличаются особой широтой и открытостью.

Круг разнообразных задач Федерального правительства по содержанию с трудом можно привести к общему знаменателю. Этим, очевидно, объясняется та сдержанность, с которой в Конституции говорится о задачах данного органа. Существует мнение, что Федеральное правительство есть орган власти, который осуществляет руководство государством и в соответствии с задачами политического руководства определяет цели политики, составляет и реализует правительственную программу. С одной стороны, такое представление слишком узко, так как далеко не все действия Правительства носят только характер руководства государством или политического управления. Даже если эти задачи находятся в центре внимания Правительства, у него есть и другие, достаточно важные управленческие полномочия, например по выполнению федеральных законов (ст. 83 и след.). С другой стороны, такое мнение слишком широко трактует задачи данного органа, так как функция политического руководства не является компетенцией только Правительства.

Подробно ознакомившись со всеми полномочиями Федерального правительства в целом или отдельных его членов, можно увидеть, что главные задачи, стоящие перед любым правительством, в Основном законе или вовсе не упоминаются, или только слегка намечены. Инициативная функция Правительства во всех внутри- и внешнеполитических, экономических, социальных, финансовых вопросах и вопросах культуры, имеющих общее значение (§ 15 Регламента Федерального правительства), находит свое отражение только в конкретном правовом регулировании (ст. 76, абз. 1; ст. 110, абз. 3; ст. 59, абз. 2 Основного закона). О составлении и реализации правительственной программы ничего конкретного, непосредственно касающегося этой задачи Правительства, в Основном законе мы не находим. О политическом или государственно-правовом планировании, в котором Правительство, конечно, принимает участие, так же как о его полномочиях, в Основном законе говорится лишь в связи с планированием бюджета (ст. 110), финансовым планированием (ст. 106, абз. 3; ст. 103, абз. 3) и планированием, касающимся состояния обороны (ст. 53а).

Вследствие разнообразия задач Федерального правительства и трудности описания всех его функций, пожалуй, просто невозмож-

но определить четкую сферу его деятельности в рамках осуществления исполнительной власти. Исходными моментами могут служить лишь отдельные разрозненные положения Основного закона, если их обобщить. В этой связи следует еще раз напомнить, что в Основном законе задачи Федерального правительства в целом нормированы не полностью, но именно из этого обстоятельства вытекают важные его возможности оказывать влияние на государство и общество. Кроме того, оно способно играть значительную роль в политико-административном процессе, так как больше, чем какой-либо другой конституционный орган, обладает информационной властью, а следовательно, и необходимой компетентностью, которой может эффективно воспользоваться для осуществления своего права на проявление инициативы.

Для определения задач Федерального правительства, по общему мнению, принципиальное значение имеет ст. 65 Основного закона. Но такая оценка относительна, так как широкие полномочия предоставляются ему как коллегиальному органу в целом или его отдельным министрам независимо от этой статьи.

Задачи Федерального правительства могут быть поняты только на основе обзора, который способен дать представление обо всем их круге и роли этого органа в конституционной структуре. Следует помнить, что общая задача Федерального правительства очерчена только частично в отдельных нормах Основного закона и Регламента. Следует также учесть, что урегулированные задачи ставятся частью перед Правительством в целом, частью перед компетентными министрами или Федеральным канцлером.

2. Распределение полномочий в Правительстве

а) Полномочия Федерального канцлера

Полномочия Федерального канцлера делятся на его полномочия внутри Правительства (внутренние) и по отношению к другим конституционным органам власти (внешние).

К внутренним полномочиям канцлера относится право формирования кабинета и предоставляемое Основным законом ведущее положение по сравнению с компетентными министрами и кабинетом в целом. К этим полномочиям относятся:

— право ходатайства перед Федеральным президентом о назначении и увольнении федеральных министров (ст. 64, абз. 4 Основного закона) и связанные с этим полномочия по созданию отдельных министерств, наделению их соответствующей компетенцией и разграничению сфер деятельности (§ 9 Регламента Федерального правительства);

— выбор и назначение заместителя (ст. 69, абз. 1);

— обращение к федеральному министру с просьбой продолжить исполнение обязанностей в случае окончания срока полномочий до назначения преемника (ст. 69, абз. 3);

— определение основных направлений политики, процедуры

ведения дел в правительстве и контроль за ними (ст. 65 Основного закона; § 1, абз. 1-2 Регламента Федерального правительства);

— руководство делами Правительства (ст. 65). Важнейшие полномочия Федерального канцлера состоят в праве обращаться к Федеральному президенту с предложениями о назначении и увольнении федеральных министров (ст. 64, абз.1), основанном главным образом на идее внутреннего контроля в рамках Правительства.

Выражением парламентской ответственности Федерального канцлера служат:

— право созыва Бундестага и Объединенного комитета (ст. 39, абз. 3 Основного закона; § 8, абз. 2 Регламента Объединенного комитета);

— право доступа на заседания Бундестага и Объединенного комитета и выступления там (ст. 43, абз. 2 Основного закона, § 11, абз. 2 Регламента Объединенного комитета);

— право ходатайствовать о выражении Федеральному канцлеру вотума доверия (ст. 68, абз. 1 Основного закона).

Единство руководства государством обеспечивается следующими полномочиями Федерального канцлера:

— право контрассигнации (ст. 58 Основного закона);

— информирование Федерального президента о своей политике и ведении дел федеральными министрами (§ 5 Регламента Федерального правительства).

Обмену информацией между Правительством и причастным к полномочиям федерации Бундесратом служит право министров на доступ на заседания Бундесрата и выступление там (ст. 53 Основного закона).

б) Полномочия федеральных министров

Федеральные министры как члены Правительства (ст. 62) участвуют в его деятельности, а также обладают правом доступа и выступлений на заседаниях Бундестага, Бундесрата и Объединенного комитета (ст. 43, абз. 2; ст. 53 Основного закона; § 11, абз. 2 Регламента Объединенного комитета). Поскольку каждый из них, как правило, одновременно возглавляет какое-либо отраслевое ведомство, они обладают также и полномочиями ведения дел своей отрасли (ст. 65 Основного закона). Но эти полномочия ограничены властью Федерального канцлера и его компетенцией. Ни Основной закон, ни Регламент Федерального правительства не описывают полностью полномочий Правительства. Во всяком случае к ним должны быть отнесены вопросы организации отраслевого управления и формулирования отраслевой политики, а также право отдавать распоряжения, право самостоятельно принимать решения и право контроля. Вытекающие из этих полномочий организационные возможности министров (§ 11 и след. Регламента Федерального правительства), их административные полномочия и возможность оказывать влияние на ход событий могут быть использованы в законодательстве, при издании рас-

поряжений и предписаний и при выполнении законов. Влияние, приобретаемое благодаря этому министрами по сравнению с Федеральным канцлером и всем кабинетом, оказывается весьма значительным. Конечно, оно зависит и от значимости соответствующей отрасли управления, и от личности самого министра.

Некоторые федеральные министры специально упоминаются в Конституции и в Регламенте Федерального правительства; им предоставляются особые права. Но это не относится к заместителю Федерального канцлера, так называемому вице-канцлеру, который замещает его в случае, если Канцлер лишается возможности исполнять свои обязанности. В то же время вице-канцлер не обязательно ведает какой-либо определенной сферой деятельности; правда, с середины 60-х годов заместителем Федерального канцлера всегда назначается министр иностранных дел.

Особыми правами обладают министры финансов, юстиции, внутренних дел и обороны. Наиболее широкие права, пожалуй, у министра финансов. Это объясняется необходимостью обеспечивать сбалансированность бюджета. Так, в рамках отчетности в соответствии со ст. 114, абз. 1 Основного закона министр финансов должен представлять в Бундестаг сведения о доходах и расходах. Право этого министра одобрять сверхбюджетные и внеплановые расходы (ст. 112) дает ему возможность осуществлять фискальный контроль за другими отраслями и Правительством в целом, если намечается превышение запланированных бюджетных смет. Кроме того, согласно § 26, абз. 1 Регламента Федерального правительства, министр финансов может заявить протест против многих решений Правительства, касающихся финансовых вопросов.

Полномочия федерального министра юстиции в Основном законе упоминаются как бы вскользь (ст. 96, абз. 2). В изъятие из общих полномочий отраслевых министров (ст. 95, абз. 2) в компетенции министра юстиции находятся военно-уголовные суды. Кроме того, он и министр внутренних дел, т. е. лица, призванные охранять закон, обладают правом вето, которым могут воспользоваться в случае сомнений в законности того или иного решения Правительства (§ 26, абз. 2 Регламента Федерального правительства).

Особые полномочия министра обороны выражаются в том, что он может издавать приказы и командовать Вооруженными силами (ст. 65 Основного закона).

в) Полномочия и функции Федерального правительства в целом

Полномочия, присущие Федеральному правительству как коллегиальному органу, упоминаются в столь разнообразных предписаниях, что любая их систематизация вызывает возражения. Не прибегая к простому перечислению этих полномочий, попытаемся разделить их по функциональным сферам, показать значимость и многообразие.

Федеральное правительство как коллегиальный орган имеет полномочия:

- на участие в законодательной деятельности (ст. 76, абз. 1, 3; ст. 77, абз. 2; ст. 80; ст. 115а, абз. 2 Основного закона);

- надзора и вмешательства в дела государственных органов, преимущественно в административной сфере, в рамках всей федерации (ст. 37; ст. 84, абз. 2—5; ст. 85, абз. 2—4; ст. 86; ст. 87в абз. 2; ст. 108, абз. 2; ст. 129, абз. 1);

- по бюджетным вопросам (ст. 110, абз. 3; ст. 11, 113, 114);

- по ведомству иностранных дел (ст. 26, абз. 2; ст. 32, абз. 3), в частности, законодательной инициативы по этим вопросам (ст. 59, абз. 2; ст. 80а, абз. 3);

- в случае чрезвычайного положения (ст. 35, абз. 3; ст. 53а, абз. 2; ст. 81; ст. 87а, абз. 4; ст. 91, абз. 2; ст. 115а, абз. 1; ст. 115, абз. 2);

- на получение информации и ее оценку (ст. 43, абз. 2; ст. 53, абз. 2; ст. 91а, абз. 5; ст. 114, абз. 2 Основного закона; § 11, абз. 2 Регламента Объединенного комитета);

- на принятие решений в случае разногласий между федеральными министрами, издание Регламента Федерального правительства (ст. 65) и на осуществление организационных полномочий в пределах компетенции Федерального канцлера и отдельных отраслевых ведомств.

Необоснованным представляется излишнее акцентирование все-сторонней политической компетенции Правительства в § 15 Регламента Федерального правительства, где говорится, что «на обсуждение и решение Федерального правительства выносятся все имеющие общее значение внутри- и внешнеполитические, экономические, социальные, финансовые вопросы и вопросы культуры», в том числе «все законопроекты и все проекты распоряжений Федерального правительства».

Общепринятое описание полномочий Федерального правительства дает лишь неполное представление о сфере его деятельности. Среди часто упоминаемых полномочий где-то на заднем плане остаются задачи, связанные с политическим руководством. Попытки дать определение какой-либо функции Правительства часто ограничиваются лишь общей ее характеристикой. Вытекающие из этой функции задачи невозможно раскрыть исчерпывающе. Не претендуя на полноту описания, можно все же особо выделить некоторые из них, так как они в значительной мере типичны для работы Федерального правительства.

Как орган исполнительной власти Федеральное правительство обладает властной инициативой. И хотя о монополии правительства в правовом плане говорить не приходится, но именно Федеральное правительство либо как коллегиальный орган, либо через Федерального канцлера или отдельные ведомства часто является инициатором самых различных действий. Функция проявления инициативы выходит далеко за рамки формулировок Основного закона (ст. 76, абз. 1; ст. 110, абз. 3; ст. 59, абз. 2). Главной в

этой функции является возможность Правительства, даже его обязанность, отслеживать происходящие в государстве и обществе события и процессы и по мере необходимости, в соответствии с политической целесообразностью формулировать государственные задачи. Сюда же относится и определение приоритетов, т. е. ограниченное правовыми нормами право выбирать способ разрешения той или иной проблемы — правовым, административным или политическим путем.

Правомерно, как одну из существенных, рассматривать функцию прогнозирования и планирования. Сюда относятся составление и осуществление программы действий, а также предвидение всякого рода неожиданностей. Правительство постоянно должно иметь в виду ситуации, которые могут возникнуть в будущем, а не ориентироваться только на решение уже имеющихся задач, предполагая вероятность возникновения новых. В Основном законе об этом почти ничего не говорится; речь идет только отрывочно о планировании как форме предвидения. Многочисленные отдельные права Федерального правительства могут быть осуществлены только на основе прогнозирования. Для решения намеченного круга задач Федеральное правительство может пользоваться такими вспомогательными средствами, как прогностика и статистика. Федеральный конституционный суд удачно назвал эти средства незаменимой основой действий в сфере государственной политики.

В литературе подчеркивается значительное интегрирующее воздействие Правительства. Оно формулирует и осуществляет (по возможности в согласии с политическими, экономическими и социальными силами) общие задачи общества, организованного в государство. Но достижение единства и согласия не является следствием деятельности лишь Правительства. Это скорее задача всех органов, участвующих в осуществлении властных полномочий. Использование конституционно-правовой компетенции всегда должно служить целям интеграции.

В данном аспекте для Федерального правительства возникают особые проблемы. С одной стороны, это Правительство всего народа ФРГ: оно должно постоянно ориентироваться на достижение блага всех граждан. С другой стороны, в условиях парламентской демократии оно непременно становится партийным правительством и потому не может быть нейтральным. В чем же состоит особенность такой задачи Федерального правительства, как интеграция, выделяющая его среди всех других конституционных органов власти?

Единства и согласия нельзя достичь вне осуществления задач Правительства, установленных конституционно-правовыми нормами. Полномочия его свидетельствуют о том, что оно в значительной мере указывает политическому обществу направление развития. В демократическом государстве это направление не является заранее заданной величиной. Федеральное правительство должно добиваться одобрения проводимой им политики и как орган ис-

полнительной власти, и как конституционный орган. Оно призвано стремиться к согласию не только внутри «своей» партии, но и с другими политическими силами. Правительство должно знакомить общественность со своими инициативами, целями и мероприятиями, показывать возможные альтернативы, быть открытым для критики и дискуссий — и все это с целью осуществления политики для всего общества, а не для «своей» партии или «своих» партий. В этом и заключается особая интеграционная задача Правительства.

В свете сказанного выше вырисовываются пути связи Правительства с общественностью. Суть этой связи состоит в изложении и разъяснении политики, планов и мероприятий во имя достижения гражданского согласия. Поэтому работа с общественностью рассматривается как обязательная задача Правительства, непосредственно связанная с функцией интеграции.

3. Формирование Правительства

Вопрос о формировании Правительства рассматривается в двух статьях Основного закона — 63-й и 64-й, но полной картины они не дают. Прежде всего формирование Правительства не показано как политический процесс; в результате не видно наблюдаемого при этом распределения сил. Но было бы неверно думать, что Основной закон полностью обошел политическую сторону вопроса. Фиксированием в Конституции существования политических партий (ст. 21 Основного закона) молчаливо признается их влияние на формирование Правительства. Это находит конкретное выражение в коалиционных соглашениях партий, поддерживающих будущее Правительство. Ни одно из существовавших до сих пор Федеральных правительств не формировалось без предварительного межпартийного соглашения, в котором решались вопросы о кандидатуре Канцлера, персональном составе кабинета и об основных направлениях его политики. Однако правовая сторона и проблема обязательности коалиционных соглашений не выяснены окончательно и до сегодняшнего дня.

Коалиционные соглашения политических партий, влияющие на процесс формирования Правительства, не могут не учитывать его конституционно-правовых полномочий. Это относится и к установленной в Основном законе двухступенчатой процедуре формирования Правительства, а именно: только после избрания и назначения Федерального канцлера (согласно ст. 63 Основного закона) он может в соответствии со ст. 64 того же закона начать формирование своего кабинета. На практике эти две ступени разделяются не очень четко, так как кандидат в Канцлеры еще до избрания должен хотя бы в общих чертах представить своей партии или коалиционным партиям будущий кабинет. Отсюда вытекают фактические ограничения права Канцлера на формирование кабинета. Тем не менее конституционно-правовой подход к формированию Правительства (из-за неодинакового участия в нем

конституционных органов и связанных с этим правовых вопросов) должен по-прежнему следовать принципу двухступенчатости.

Назначение на должность Канцлера, одну из самых высоких в стране, зависит от Бундестага. Это придает ей четкую и однозначно законную основу и устанавливает прочную связь между Правительством и парламентом (ст. 63 Основного закона), которая зависит от представленных в парламенте политических сил. В этом плане избрание Канцлера Бундестагом можно рассматривать как основной признак парламентарной системы правления. Существующие нормы о зависимости Канцлера от доверия парламента имеют второстепенное значение.

Федеральный канцлер избирается по предложению Федерального президента (ст. 63, абз. 1—2 Основного закона), что помогает избежать многократных и требующих времени голосований в Бундестаге и содействует тем самым более быстрому формированию исполнительной власти. Это важно, в частности, в тех случаях, когда при избрании Канцлера ни одна из политических партий не обладает большинством голосов (ст. 63, абз. 2) или же коалиции не уверены в его наличии. В этом смысле предложение кандидатуры Федеральным президентом находится в непосредственной связи с его задачей обеспечения интеграции и непрерывности существования государства.

Основной закон не предусматривает ситуации, когда Президентом не будет выдвинута кандидатура Канцлера. Это объясняется тем, что вследствие своей интегрирующей функции Президент просто обязан по Конституции внести такую кандидатуру. В случае пренебрежения им этой обязанностью выборы Канцлера проводятся в соответствии со ст. 63, абз. 3, а при необходимости — и абз. 4 Основного закона.

О форме, в которой должна вноситься кандидатура, и о сроках ее внесения в Основном законе ничего не говорится. На практике это происходит следующим образом: Президент передает председателю Бундестага послание с указанием кандидатуры, которое зачитывается им после включения в повестку дня заседания Бундестага пункта «Выборы Федерального канцлера». Это делается в такой форме потому, что Федеральный президент не имеет права доступа на заседания Бундестага и не имеет права выступать там. То, что не указан срок внесения предложения, имеет объяснимую причину. Пока нет уверенности в том, получит ли кандидатура, предложенная Президентом в Бундестаге, абсолютное большинство голосов, как того требует Основной закон (ст. 63, абз. 2), своим поспешным предложением Президент может только затянуть всю процедуру и подорвать гарантии скорейшего формирования Правительства. Если бы указывался срок, у Президента не было бы достаточного времени для всестороннего обсуждения и взвешенного решения. В случаях, когда можно предвидеть наличие абсолютного большинства в Бундестаге, время на внесение кандидатуры, разумеется, сокращается и открывается возможность скорейшего формирования Правительства.

До сих пор все Федеральные президенты перед внесением кандидатуры Канцлера устанавливали контакт с представленными в Бундестаге партиями и фракциями и выясняли, какую кандидатуру может поддержать большинство парламентских сил. В плане конституционно-правовом такая практика оценивается по-разному. Традиционная точка зрения такова, что Федеральный президент совершенно свободен при осуществлении своего права выдвижения кандидатуры. В последнее время растет число лиц, считающих, что это полномочие Президента в той или иной мере должно быть ограничено. Одни выступают за жесткую зависимость Президента от Бундестага, если у последнего есть свой «кандидат большинства»; другие оставляют за Президентом прерогативу оценки возможностей выдвигаемого им кандидата; третьи полагают, что Президент может просто принять к сведению мнение политических сил.

Следует отметить, что при выдвижении кандидатуры нужно все же избегать как жесткой зависимости Президента от парламентских сил, так и его полной от них свободы. Поэтому описанная выше процедура выдвижения кандидатуры Канцлера заслуживает одобрения. Право Федерального президента предлагать Бундестагу кандидатуру Канцлера не означает, что Президент может как-то влиять на планируемую кандидатуру в Канцлеры политику или на будущий состав Правительства. Это признано антиконституционным и, кроме того, противоречит компетенции Федерального канцлера (ст. 64, абз 1; ст. 65 Основного закона).

Право предложения кандидатуры Канцлера ограничивается и правовыми нормами, регулирующими его статус. Так, предлагаемый кандидат должен отвечать конституционным требованиям о пассивном избирательном праве (§ 15 Федерального закона о выборах в Бундестаг). Кроме того, не может быть выдвинут кандидат, преследующий антиконституционные цели. Научный интерес скорее представляет вопрос, должен ли Федеральный президент получить согласие предлагаемого им кандидата. Господствует мнение (хотя и неубедительное), что этого делать он не должен. На приводимый аргумент (согласие не предусмотрено в Основном законе) можно возразить, что рассмотренные выше ограничения права внесения предложения также не указаны в Основном законе. Почему же в таком случае обычно предполагаемое на выборах согласие кандидата не может иметь место при избрании Федерального канцлера, тем более что это служит цели скорейшего формирования Правительства? Предложение Федерального президента о кандидатуре Канцлера не требует контрассигнации, предусмотренной в других случаях согласно ст. 58 Основного закона.

Ни Основной закон, ни Регламент Бундестага не устанавливает определенных сроков проведения выборов Федерального канцлера после предложения его кандидатуры Президентом. Но необходимость скорейшего формирования Правительства требует, чтобы выборы проводились незамедлительно.

Непосредственно перед выборами дискуссия не проводится (ст. 63, абз. 1 Основного закона), поскольку имеется лишь один-единственный кандидат, к тому же предложенный Федеральным президентом. Запрет на дискуссию, очевидно, преследует цель защитить авторитет Президента. Но кроме того, это является и защитой кандидата в Канцлеры. Голосование происходит посредством бюллетеней, вложенных в конверты (§4 и 49 Регламента Бундестага), т. е. тайно. Другие фамилии, кроме выдвинутого кандидата, в бюллетени вносить нельзя. Кандидат считается избранным, если за него проголосовало так называемое канцлерское большинство, т. е. абсолютное большинство членов Бундестага (ст. 63, абз. 2; ст. 121). Если избранное лицо не согласно с избранием, то по предложению Федерального президента процедура выборов считается оконченной, а повторное голосование не проводится.

Если предложенный президентом кандидат не получил «канцлерского большинства» или если он не согласен с избранием, то вся инициатива переходит далее к Бундестагу и уже только он несет полную ответственность за проведение выборов Федерального канцлера (ст. 63, абз. 3 и 4 Основного закона). Правда, до сих пор все Федеральные канцлеры избирались сразу.

Условия проведения возможных дальнейших выборов (ст. 63, абз. 3) преследуют цель выбрать такого Канцлера, который, получив абсолютное большинство голосов членов Бундестага, сможет гарантировать стабильность Правительства. Поэтому в течение отводимых на выборы 14 дней допустимо любое количество кандидатур я туров. Предложения о выдвижении кандидатов должны быть подписаны четвертью всех депутатов Бундестага (§ 4 его Регламента). Это не вызывает особых опасений, если иметь в виду необходимое «канцлерское большинство».

При повторных выборах, так же как и при первичных (по предложению Президента), прения не допускаются.

Избрание Федерального канцлера по истечении 14 дней (ст. 63, абз. 4) завершает процесс выборов, происходящий с «взвешенной последовательностью», что свидетельствует о стремлении Основного закона добиться формирования стабильного Правительства, залогом чего является «канцлерское большинство». Если же это не удастся, возникает возможность выборов так называемого Канцлера меньшинства, для избрания которого достаточно простого большинства голосов. Такие выборы можно рассматривать как средство выхода из тупиковой ситуации.

Если в течение 14-дневного срока (ст. 63, абз. 3) не достигнуто «канцлерское большинство», немедленно проводится новый тур голосования (ст. 63, абз. 4). Пункт «Выборы Канцлера» не может быть снят с повестки дня. Отсутствие части депутатов также не может явиться препятствием для проведения выборов. Никакого регулирования в этом плане не существует. Что делать, если выборы вообще не состоятся, — это чисто теоретический вопрос. Возможность роспуска Бундестага Федеральным прези-

дентом не отвечает первоначальной конституционной задаче — добиться избрания Канцлера, способного сформировать Правительство. Повторные выборы допускаются лишь в случае одинакового количества голосов «за» и «против», причем они проводятся до тех пор, пока не станет очевидной патовая ситуация. Но и при подобных, принципиально нереальных выборах желательным является «канцлерское большинство». Допускаемое Основным законом простое (относительное) большинство не гарантирует избранному кандидату пост Канцлера, так как в этом случае Федеральный президент имеет право вместо назначения Канцлера вообще распустить Бундестаг (ст. 63, абз. 4).

Избранный Бундестагом Федеральный канцлер в любом случае должен быть назначен Федеральным президентом (ст. 63, абз. 2 и 4). Назначение не требует контрассигнации (ст. 58) и осуществляется путем вручения верительной грамоты (§ 2 Закона о федеральных министрах). В соответствии с нормами Основного закона считается, что избрание Федерального канцлера абсолютным большинством гарантирует формирование работоспособного Правительства. Поэтому Федеральный президент обязан назначить «Канцлера большинства». Президент может отказаться от назначения избранного кандидата только в случаях, когда был нарушен порядок проведения выборов, или кандидат не согласен с избранием, или не отвечает требованиям § 15 Федерального закона о выборах в Бундестаг, или занимается антиконституционной деятельностью.

Другая ситуация складывается при избрании «Канцлера меньшинства». В этом случае оценить, сможет ли он сформировать работоспособное Правительство, должен сам Федеральный президент. Есть вероятность, что назначения вообще не произойдет (ст. 63, абз. 4). Осуществляя свою прерогативу оценки ситуации, Президент должен помнить, что роспуск Бундестага, предусмотренный как альтернатива назначению «Канцлера меньшинства», рассматривается лишь как крайнее средство на тот случай, когда совершенно очевидно, что формирование работоспособного Правительства невозможно.

До сих пор все Федеральные канцлеры назначались Президентом через несколько часов после их избрания, причем абсолютным большинством. Такой акт соответствует положению Основного закона, согласно которому назначение должно произойти в течение семи дней (ст. 63, абз. 4). Некоторые, правда, считают, что Президент должен полностью использовать этот срок, но в этом нет необходимости, если избран «Канцлер большинства».

Федеральный канцлер приносит перед Бундестагом присягу (ст. 64, абз. 2), текст которой содержится в Основном законе (ст. 56). Присяга приносится обычно после назначения; невозможна присяга по принуждению. В случае отказа Канцлера принести присягу Президент имеет право уволить его в отставку. Согласно ст. 62 и 64 Основного закона Федеральный канцлер обязан сформировать Правительство. Сам он может оставить за

собой в виде исключения одно какое-либо министерство, но не должен загружать себя множеством правительственных задач. Основной закон лишь частично регулирует процесс формирования Правительства, фиксируя способ назначения федеральных министров или так называемое материальное право Федерального канцлера формировать Правительство. Осуществление Канцлером этого права предполагает, что предварительно уже были приняты некоторые решения об организации кабинета, в частности о количестве отраслевых министерств и их разграничении. Поэтому § 2, абз. 3 Закона о федеральных министрах устанавливает, что в верительной грамоте, вручаемой каждому федеральному министру, должна быть названа поручаемая ему сфера деятельности.

Полномочия по созданию министерств и разграничению компетенции между ними предоставлены Федеральному канцлеру. Правовую основу формирования Правительства составляют ст. 64, абз. 1, и ст. 65 Основного закона, а также § 9 Регламента Федерального правительства. Полномочия Канцлера подвергаются некоторым ограничениям в связи с особыми правами министров финансов, юстиции и обороны, которые должны им учитываться при создании соответствующих министерств.

Практика свидетельствует, что до сих пор ни в одном Федеральном правительстве количество министров не превышало двадцати. Однако сомнительно, насколько вообще обоснованно в конституционно-правовом отношении ограничение их числа.

Сфера деятельности министров без портфеля сводится к их участию в координации действий внутри Федерального правительства. В связи с этим они располагают очень ограниченной и чисто политической сферой влияния. Очевидно поэтому на практике министров без портфеля не бывает (хотя это вполне допустимо по Конституции), а вместо них назначаются федеральные министры по особым поручениям. Нередко им вверяются новые задачи, такие, которые, по своему объему и значимости еще не могут стать предметом самостоятельного отраслевого ведомства.

Согласно ст. 64 Основного закона, Бундестаг формально не принимает участия в назначении федеральных министров. Может создаться впечатление, что по способу формирования Правительство ФРГ — это не парламентский, а канцлерский кабинет, что может быть истолковано как отход от парламентской системы. Однако такая критика ошибочна. В парламентской системе право и практика неразделимы. Правительство отрывается от Бундестага, потому что реально Канцлер при подборе министров не так независим, как это должно было бы быть по тексту Конституции. Он в значительной мере учитывает мнение членов правящей в Бундестаге фракции, что нередко зафиксировано в коалиционных соглашениях.

Как известно, Федеральному канцлеру предоставлено право предлагать Президенту кандидатуры министров. Решающую роль при этом играют политические оценки. Поэтому на практике едва

ли имеет значение все еще спорный вопрос о том, должен ли Федеральный президент во всех случаях удовлетворять предложение Канцлера и назначать министров по его желанию. Право Президента отклонять кандидатов, назначение которых могло бы нанести вред авторитету Федеративной Республики, можно обосновать его заботой о сохранении государства, но на практике это его право реализуется крайне редко, а право вето на назначение того или иного министра используется только в исключительных случаях и может быть преодолено Федеральным канцлером. Так же как и Федеральный канцлер, назначенные министры должны принести присягу перед Бундестагом (ст. 64, абз. 2).

Прочная связь, возникающая между Правительством и парламентом в результате выборов Канцлера, не исключает ситуации, когда Правительство утратит парламентское большинство или в своих действиях больше не сможет пользоваться поддержкой парламента. Основной закон предусматривает такую возможность. Смещение Канцлера, последствием чего должен быть и уход министров в отставку (ст. 69, абз. 2), затрудняется процедурой выражения недоверия (ст. 67). Если отстранение Канцлера от должности не состоится, потому что не получено «канцлерское большинство» для его преемника, то решение остается за Канцлером: останется ли он на своем посту, несмотря на потерю поддержки большинства членов Бундестага, или же предпочтет его роспуск (ст. 68 и 81).

В парламентской системе вотум недоверия является классическим средством смещения Правительства. Статья 67 Основного закона специфическим образом ограничивает возможности такого вотума. Дело в том, что в ФРГ одного лишь неодобрения деятельности Канцлера и возглавляемого им Правительства недостаточно для их смещения. Бундестаг должен действовать конструктивно и только путем выборов преемника Канцлера абсолютным большинством может заложить основу для образования нового, работоспособного Правительства. Такой конструктивный вотум недоверия не означает отхода от парламентской системы правления. Напротив, содержащаяся в ст. 67 процедура обеспечивает правовую гарантию стабильности Правительства.

Но Правительство может оказаться и без парламентской поддержки, если кандидат, выбираемый преемником Канцлера, не получит абсолютного большинства. Как правительство меньшинства оно будет работоспособным только в том случае, если ему удастся снова добиться доверия большинства или хотя бы в некоторых случаях получить поддержку парламента. В таких случаях стабильность исполнительной власти достигается ценой существования Правительства меньшинства, обладающего сомнительным авторитетом. С другой стороны, известные слабости Правительства могут благотворно повлиять на стремление добиваться «канцлерского большинства».

Свой вклад в обеспечение внутренней стабильности Правительства вносит ст. 67 Основного закона о том, что Бундестаг не мо-

жет влиять на его состав, снимая отдельных министров. Только вместе с отстранением от должности Федерального канцлера может быть уволено в отставку и Правительство, причем в полном составе. Статья 67 Основного закона, рассматриваемая с позиций парламента, подтверждает право смены Канцлера и Правительства оппозицией, готовой взять на себя правительственную ответственность. Благодаря ст. 67 эта возможность приобретает конституционно-правовую основу.

Согласно ст. 67 Основного закона, процедура конструктивного вотума недоверия начинается с предложения о вынесении недоверия Федеральному канцлеру. Предложение об этом должно отвечать определенным требованиям и быть поддержано четвертью депутатов Бундестага (§ 97 его Регламента). Поскольку такое предложение одновременно ставит под сомнение дальнейшую стабильность Правительства, то как сторонникам, так и противникам вотума должна быть предоставлена возможность дискуссии перед голосованием. Голосование и новые выборы Канцлера могут проводиться только через 48 часов после внесения предложения о выражении ему недоверия (ст. 67, абз. 2). Это делается для того, чтобы предотвратить поспешные решения, а также чтобы в случае необходимости можно было провести переговоры о продолжении деятельности данного Правительства.

Голосование и выборы проводятся по той же процедуре, что и выборы Канцлера. Если на новых выборах преемник Канцлера не получит «канцлерского большинства», предложение о вотуме недоверия аннулируется. Избранный в результате вотума недоверия новый Канцлер пользуется такой же легитимностью и авторитетом, что и прежний Канцлер, избранный в соответствии со ст. 63 Основного закона. В случае избрания нового Канцлера Федеральный президент по просьбе Бундестага увольняет прежнего Канцлера и назначает нового (ст. 67, абз. 1).

Статья 68 Основного закона также преследует цель преодоления правительственного кризиса. Право Федерального канцлера в любое время и по любому поводу обратиться в Бундестаг с ходатайством о выражении доверия дает ему возможность проверить таким образом, поддерживается ли его Правительство большинством. Если Канцлер ставит вопрос о доверии, ожидая положительного ответа, то это дает возможность стабилизации или завоевания вновь парламентского большинства. Но так как получение его самой постановкой вопроса о доверии, как правило, еще не гарантируется, обычно складывается иная ситуация, которая и излагается в ст. 68 Основного закона, где предусматривается «отрицательный вотум», т.е. отказ большинства членов Бундестага в доверии Канцлеру, что может привести к роспуску парламента. Возможность такой ситуации весьма вероятна, если, по оценке Канцлера, при сложившемся соотношении сил в Бундестаге больше не может быть гарантирована дальнейшая деятельность Правительства и тем самым будет снижена его работоспособность.

Вопрос о доверии может быть поставлен как изолированно, так и в связи с какими-либо другими проблемами (ст. 81, абз. 1). Это исключительная компетенция Федерального канцлера; он не зависит в данном случае ни от Правительства, ни от Бундестага. По вопросу о выражении доверия голосование должно проводиться не позднее чем через 48 часов после внесения ходатайства об этом (ст. 68, абз. 2). Если обращение Федерального канцлера с ходатайством о выражении ему доверия не встречает одобрения большинства членов Бундестага, то это означает, что он больше не пользуется достаточной парламентской поддержкой. Правовые последствия такой ситуации зависят от того, какое решение примет в данном случае Канцлер. Если он решит и дальше оставаться на своей должности как «Канцлер меньшинства», то стабильность Правительства зависит от воли Бундестага, который может объявить ему вотум недоверия.

По-другому выглядит ситуация, если Канцлер согласится уйти в отставку или предложит Президенту распустить Бундестаг. Президент может удовлетворить просьбу о роспуске Бундестага только в течение 21 дня, причем лишь после того, как тщательно ознакомится с конкретными обстоятельствами и придет к заключению, что больше нет гарантий работоспособности Правительства. При этом он, конечно, должен учитывать и оценку ситуации Федеральным канцлером. Впрочем, право Президента на роспуск Бундестага само собой утрачивается, если Бундестаг сам уладит правительственный кризис, избрав «канцлерским большинством» нового Федерального канцлера (ст. 68, абз. 1).

Нормативное решение (не всегда полное) вопроса об окончании полномочий Правительства тесным образом связано с особым статусом Федерального канцлера, обусловленным способом его выборов в Бундестаге и его правом формирования кабинета. Если он лишается своей должности, то то же самое происходит и со всеми министрами (ст. 69, абз. 2). Так как срок полномочий Федерального канцлера связан с легислатурой Бундестага, то при созыве нового Бундестага или при досрочном избрании нового Канцлера (ст. 67 или 68, абз. 1) применяется обычная процедура. Не отрегулированы Основным законом должным образом такие случаи, как уход Канцлера в отставку, смерть или утрата способности исполнять свои обязанности. Отдельные министры лишаются своей должности, если увольняются во время нормативно неограниченных реорганизаций кабинета (ст. 64, абз. 1), если сами подают в отставку, в случае смерти или потери трудоспособности.

По окончании полномочий Правительства или отдельных министров не всегда возможно сразу же найти и назначить их преемников. Для того чтобы избежать периода безвластия, нужно временное руководство правительственными делами. Как правило, его осуществляют прежние члены Правительства. Обычно такой орган называют «Правительством, временно уполномоченным вести дела» или «временным Правительством». Статья 69, абз. 3

Основного закона различает два возможных варианта: временное исполнение обязанностей Федеральным канцлером по просьбе Федерального президента и временное исполнение обязанностей Федеральным министром по просьбе Канцлера или Президента. В обоих случаях и Президент, и Канцлер обязаны удовлетворить соответствующую просьбу. Поручение бывшему Федеральному канцлеру временно продолжать исполнение обязанностей обычно дается в случае его ухода в отставку или созыва нового Бундестага.

Положение ст. 69, абз. 3 Основного закона не может быть применено, если бывший Федеральный канцлер больше не в состоянии исполнять свои обязанности (например, в случае смерти или потери трудоспособности). В таком случае Федеральному президенту предоставляется исключительное право назначить кого-либо Федеральным канцлером и попросить его о временном исполнении обязанностей главы правительства. Так, в 1974 г. после ухода в отставку Федерального канцлера В. Брандта временное исполнение его обязанностей было поручено бывшему заместителю В. Брандта, т. е. вице-канцлеру.

Просьба временно продолжать исполнение обязанностей министра может исходить как от Федерального канцлера, так и от Федерального президента. Последовательность «Канцлер — Президент», определенная в ст. 69, абз. 3 Основного закона, объясняется желанием защитить материальное право Канцлера на формирование Правительства. Президент же в этом случае обладает лишь субсидиарным правом, которое он может реализовать, если Федеральный канцлер этого делать не хочет или не может.

Правовой статус и полномочия «временного Правительства» («временных министров») в принципе такие же, как и у обычного. Правда, такое Правительство не обладает правами, указанными в ст. 67, 68 и 81 Основного закона, поскольку они предполагают доверительные отношения между Федеральным канцлером и Бундестагом, чего при «временном» Канцлере обычно не бывает.

4. Парламентская ответственность

К характерным признакам парламентской системы правления относится ответственность Правительства перед парламентом за исполнение своих обязанностей. Основной закон говорит об этой ответственности вполне определенно только в ст. 65. Самостоятельное ведение дел Правительством под его ответственность неизбежно требует осуществления полномочий контроля со стороны парламента. С этой точки зрения парламентская ответственность Правительства и парламентский контроль — две стороны одной функции.

Парламентская ответственность — это в известной мере правовая ответственность в том смысле, что она обоснована правовыми нормами (прежде всего ст. 65 Основного закона и контрольными правами Бундестага). Вместе с тем подотчетность Бунде-

стагу в конечном счете направлена на достижение всеобщего благополучия, о чем свидетельствует текст присяги, которую члены Правительства приносят перед Бундестагом (ст. 56). Конституция определяет, распространяется ли парламентская ответственность на отдельных членов Правительства или ее несет перед парламентом Правительство в целом. По конституционному праву ФРГ эта ответственность имеет индивидуальный характер, что нашло отражение в ст. 65 Основного закона.

Согласно Основному закону, парламентская ответственность возлагается на Канцлера и членов Правительства; первое предложение этой статьи относится к Федеральному канцлеру, а второе — к отдельным министрам. Гораздо труднее ответить на вопрос об ответственности кабинета, о чем в Основном законе практически нет никаких положений. Существует мнение, что ответственность Правительства в целом все же должна существовать. Подтверждением тому могут служить направляемые Федеральному правительству интерpellации в соответствии с § 110 и следующими Регламента Бундестага, а также бюджетное конституционное право. Исходя из практики Федерального конституционного суда, Правительство должно гарантировать Бундестагу, что его бюджетное право сохранится на всех этапах процедуры принятия бюджета. Таким образом, в настоящее время имеются довольно веские аргументы в пользу осторожного одобрения парламентской ответственности Федерального правительства в целом. Но по сравнению с Канцлером и отдельными министрами эта ответственность проявляется не так отчетливо.

Статья 65 Основного закона выделяет только важнейшие сферы деятельности Федерального канцлера и министров, на которые распространяется их парламентская ответственность. Это основные направления политики, определяемые Канцлером, и ведение дел своих отраслей министрами. Но упомянутые сферы деятельности следует дополнить другими названными в Основном законе полномочиями Канцлера и особыми правами отдельных министров. Ответственности Правительства в целом распространяется на все его решения, принимаемые им как коллегиальным органом.

Обязанность давать отчет реализуется прежде всего путем информации о состоянии дел в подотчетной сфере, для чего используются право вызова в комитеты Бундестага, право депутатов задавать вопросы и право Бундестага проводить расследования (ст. 43, абз. 1). Возможны также публичные дебаты в Бундестаге. Обязанность давать какие-либо гарантии видна не так отчетливо, так как ориентируется на конституционную цель достижения стабильности Правительства. В этом отношении Конституция предусматривает только конструктивный вотум недоверия, который не всегда уместен и почти не применяется. На практике конституционно-правовым выходом из кризисных ситуаций служат прежде всего предложения по поводу неодобрения и порицания деятельности Федерального канцлера или отдельных министров,

ходатайства об увольнении какого-либо министра или требования ухода его в отставку. Если все подобные предложения, ходатайства и требования будут удовлетворены (что до сих пор случилось очень редко вследствие существования правительственного большинства в Бундестаге), то соответствующий министр должен сам решить, согласиться с ними или нет.

5. Структура и компетенция Правительства

а) Правовая основа

Правовой базой внутренней организации Правительства является ст. 65 Основного закона, которая гласит: «Федеральный канцлер определяет основные направления политики и несет за них ответственность. В пределах этих основных направлений каждый федеральный министр самостоятельно и под свою ответственность ведет дела отрасли. При расхождении мнений федеральных министров вопрос решает Федеральное правительство. Федеральный канцлер руководит делами Правительства согласно Регламенту, принятому Федеральным правительством и одобренному Федеральным президентом». На этом положении построен ряд других многочисленных норм Основного закона, где речь идет о Федеральном правительстве.

В рамках вопроса о внутреннем устройстве Правительства речь идет о распределении компетенции между его главой, Правительством в целом и федеральными министрами. Все это относится к компетенции верховных органов власти, так как сфера ее реализации распространяется на всю территорию государства, а сами органы власти не подчинены никакому другому органу. Сказанное относится и к министрам; тот факт, что основные направления политики определяются главой Правительства (ст. 65), не делает министров его слугами; министры ведут дела своей отрасли самостоятельно и под свою ответственность (ст. 65 Основного закона).

б) Компетенция Федерального канцлера по определению основных направлений политики

Право Федерального канцлера определять основные направления политики — лишь одно из многих его полномочий, только частично перечисленных в Конституции. К его компетенции относится прежде всего организационная деятельность в Правительстве. Федеральный канцлер определяет количество федеральных министров и разграничивает сферы их ведения, причем в любое время им могут быть предприняты изменения. Он предлагает кандидатуры министров Федеральному президенту, который назначает и увольняет их (ст. 64, абз. 1). Примечательно, что с момента объявления состояния обороны командование Вооруженными силами переходит от министра обороны к Канцлеру (ст. 115).

Употребленное в ст. 65 Основного закона понятие «политика» можно определить приблизительно как творческое решение вопросов, затрагивающих общегосударственные цели, достижение и осуществление власти для реализации этих целей и как постановку и реализацию определенных целей и идей, организующих общество. Конечно, политика входит в сферу деятельности не только Федерального канцлера, но и других государственных органов. Таким образом, под политикой следует понимать не только внешнюю или внутреннюю политику, но, например, правовую, экономическую, в области культуры и т. д.

Понятие «основные направления» не расшифровывается ни в одной правовой норме. Его можно истолковать как «основополагающие нормативные решения, определяющие направление развития государства в целом». Но это не то же самое, что понятие «правительственная программа». То что основные направления не обладают характером законов, становится ясно, если вспомнить, что Федеральный канцлер не вправе их издавать. Кроме того, основные направления не играют какой-либо роли в правовых отношениях Федерального канцлера и Федерального правительства, с одной стороны, и Федерального канцлера и федеральных министров — с другой. Понятие «основные направления» можно было бы истолковать как внутриведомственные, имеющие обязательную силу для федеральных министров общие указания нормативного характера, но и такое толкование этого термина не охватывает всех возможных случаев. Основные направления позволительно сравнить с императивными планами или с мероприятиями, в рамках которых министры могут вести дела своих отраслей. Именно поэтому ошибочно было бы определять понятие «основные направления» абстрактно-универсальными категориями. Основные направления должны относиться к компетенции Федерального правительства как коллегиального органа и отдельных отраслевых министров.

Нельзя согласиться с мнением, что в отдельных случаях Федеральный канцлер правомочен взять на себя решение вопроса какого-либо отраслевого ведомства, чтобы своим вмешательством предотвратить возможную отрицательную реакцию парламента. Этим однозначно была бы нарушена схема распределения компетенции. Подобное мнение нельзя оправдать и тем аргументом, что в Основном законе не предусмотрена возможность вынесения вотума недоверия отдельным министрам, с тем чтобы привлечь их к ответственности. Решение проблемы заключается не в том, чтобы Федеральный канцлер вмешивался в дела отдельной отрасли, а в том, чтобы он в конкретном случае мог определить для соответствующего министра основное направление его работы. Таким образом, Федеральный канцлер несет ответственность только в рамках своей задачи определять основные направления политики. Согласно общепринятому мнению, Федеральный канцлер компетентен интерпретировать содержание предполагаемых основных направлений; только он один имеет право их аутентичного тол-

кования. Правда, у министров также есть такое право, о чем свидетельствует, например, положение Регламента Федерального правительства о том, что «в случае сомнений» они могут запросить решение Федерального канцлера (§ 1, абз. 1). Основные направления политики могут быть выражены как в письменной, так и в устной форме, в частности в виде составной части Правительственного заявления, с которым Федеральный канцлер выступает перед Бундестагом. При определении основных направлений Канцлер не должен ограничивать себя настолько, чтобы позднее не иметь возможности изменить их. Постоянное развитие политики, напротив, все чаще требует изменения уже выработанных основных направлений или даже их отмены. Но при этом новые или измененные основные направления Канцлер должен изложить в той же форме, что и первоначальные.

Политика Федерального правительства может быть определена в коалиционном соглашении, которое по сути своей является не чем иным, как договором между партиями об основных направлениях политики. Но и в ходе деятельности Правительства может возникнуть необходимость согласования с партнером по коалиции, причем от конкретных обстоятельств и политического такта Федерального канцлера зависит, в какой мере он будет отстаивать свои представления об основных направлениях или искать компромисс.

С учетом указанных выше замечаний следует отметить, что Федеральный канцлер обладает не только прерогативой, но и монополией определения основных направлений политики. Это может вызвать удивление, тем более в условиях демократии. Кроме того, примеры Бремена и Гамбурга, где основные направления определяются соответственно парламентом и Сенатом, свидетельствуют и о других возможностях. В соответствии с Основным законом эта проблема решается двояко. Во-первых, определение основных направлений следует осуществлять в рамках единоличной власти. Во-вторых, основные направления не обязательно представляют собой обобщение различных политических мнений, они призваны выражать прежде всего позицию представителя господствующего политического направления, даже если она частично и отражает коалиционные компромиссы.

Компетенция Федерального канцлера определять основные направления политики позволяет ему быть руководящим органом власти в Правительстве. Он один определяет упомянутые направления и не делит эти полномочия с Президентом. Как не существует конституционного права Федерального канцлера вмешиваться в дела отраслей или Правительства в целом, так и Правительство и министры не имеют права вмешательства в определении основных направлений политики. В этом отношении значение ст. 65 Основного закона состоит не только в том, что в ней предусматриваются определенные полномочия, но и в том, что она определенным образом ограничивает их. Вполне допустимо при этом, чтобы с целью компетентной выработки и проведения в

жизнь своих принципов политики Федеральный канцлер консультировался с другими органами власти (в своей стране и за рубежом), а также с различными союзами, средствами массовой информации, с научными кругами и не в последнюю очередь со своей партией. Он может получать информацию в любой удобной для него форме (например, обращаясь за какой-либо справкой, проводя беседу, запрашивая экспертизу или отзыв и т.п.). Так как вся информация поступает к Федеральному канцлеру прежде всего через отраслевые министерства (§ 3 Регламента Федерального правительства), Ведомство Федерального канцлера должно поддерживать с ними тесный контакт.

Особые проблемы в связи с правом Федерального канцлера определять основные направления политики возникают в случае его замещения и существования так называемого временного Правительства. Замещение Канцлера обычно ограничено по времени и происходит в его отсутствие из-за болезни или отъезда. Принято различать полное и частичное замещение. В первом случае Канцлер вообще не может исполнять свои обязанности, например, вследствие тяжелой болезни. Во втором случае он не может исполнять их только частично, например во время отпуска или командировки. При полном замещении его «двойник» выполняет все функции Федерального канцлера, т. е. определяет и основные направления политики. При частичном же замещении Федеральный канцлер сам решает, в какой мере его надо замещать. Определение основных направлений политики в этом случае, как правило, не передоверяется, причем заместитель Канцлера не имеет права их изменять или корректировать.

При наличии «временного Правительства» полномочия по определению основных направлений остаются у Федерального канцлера.

Адресатами основных направлений являются федеральные министры. Они могут выразить свои сомнения в отношении этих направлений, но если Федеральный канцлер не хочет учитывать возражения, то министры обязаны либо отказаться от них, либо подать в отставку.

Для выполнения возложенных на него задач Федеральный канцлер имеет в своем распоряжении специальный орган — Ведомство Федерального канцлера. Оно информирует Канцлера по общим политическим вопросам и о деятельности федеральных министерств, которую координирует. Это Ведомство выполняет также функции Секретариата Федерального правительства. В соответствии с этим статс-секретарь Ведомства одновременно исполняет обязанности статс-секретаря Федерального правительства (§ 7, абз. 1 Регламента Федерального правительства).

в) Отраслевая компетенция федеральных министров

Отраслевая компетенция охватывает полномочия федеральных министров, возглавляющих отрасли правительственной деятельности. С ее помощью проводится разграничение полномочий ми-

нистров и главы Правительства по определению основных направлений политики, с одной стороны, и коллегиальной компетенции всего Правительства — с другой.

Отрасль — это сфера деятельности, за которую отвечает соответствующий министр. В рамках отраслевой компетенции можно различать две группы полномочий. К первой относится, в частности, право издавать постановления (ст. 80, абз. 1) и право контрассигнации (ст. 58). Здесь необходимо сделать небольшую оговорку относительно ст. 58: правом контрассигнации обладает не Федеральный канцлер или компетентный федеральный министр, а Федеральный канцлер и федеральный министр (§ 29 Регламента Федерального правительства). Федеральный канцлер обладает полномочием контрассигнации и в тех случаях, когда речь идет о делах отдельной отрасли, федеральный министр — только тогда, когда вопрос касается именно его ведомства. Если контрассигновать документ соответствующий министр почему-либо не в состоянии, это делает не его статс-секретарь, а другой министр. Ко второй группе относятся внутриминистерские организационно-, кадрово- и бюджетно-правовые решения. Министр уполномочен создавать в своем министерстве отделы, подотделы и сектора, а также изменять и упразднять их. Он ведает назначением и увольнением своих служащих, если это не входит в компетенцию Федерального президента или не поручено нижестоящим инстанциям; он может также в рамках государственного бюджета проводить бюджетно-правовые мероприятия.

Следует учесть, что министр выполняет двойную функцию: он не только руководитель своего министерства, но и член Правительства. Его статус (не правовой, а политический) в этом качестве как внутри Правительства, так и по отношению к Федеральному канцлеру довольно высок. Положение министра зависит от различных факторов: во-первых, от значения отрасли, которую он возглавляет; во-вторых, от личного авторитета, которым он пользуется у своих коллег-министров и у главы правительства; в-третьих, от размера бюджетных средств, которыми он распоряжается.

В особом положении находятся министр без портфеля и министр по особым поручениям. Министры по особым поручениям были во многих правительствах. И хотя в Основном законе говорится, что каждый министр руководит делами своей отрасли (ст. 65), в рамках конституционного права вполне допустимо существование министров без определенной сферы деятельности.

Особый случай соотношения между правами Федерального канцлера по определению основных направлений политики и отраслевой компетенцией федеральных министров возникает при объявлении состояния обороны, когда командование Вооруженными силами переходит от министра обороны к Федеральному канцлеру (ст. 115). В этом случае Федеральный канцлер осуществляет сразу оба эти полномочия. Но все другие задачи министра обороны решаются им самим.

Федеральный министр отвечает за ведение дел своей отрасли, причем сфера его деятельности определяется Федеральным канцлером в рамках его организационных полномочий. Организационную работу внутри ведомства министр проводит сам. Какие именно министерства должны существовать, в Основном законе говорится лишь частично. Традиционно существуют министерства иностранных дел, внутренних дел, юстиции, финансов и обороны. Согласно Основному закону, три последних должны существовать обязательно.

Федеральный канцлер назначает одного из федеральных министров своим заместителем (ст. 69, абз. 1), так называемым вице-канцлером. Основной закон не уточняет, какой именно министр может стать его заместителем. Федеральный канцлер свободен в своем выборе, но при этом вынужден считаться с мнением коалиционного партнера, который, конечно же, будет стремиться получить наиболее привлекательное министерство, прежде всего Министерство иностранных дел, так как заместителем Федерального канцлера обычно бывает глава именно этого ведомства. Задачи вице-канцлера не определены конституционно-правовыми нормами, но вытекают из предположений, что в случае невозможности исполнения Федеральным канцлером своих обязанностей ему будет необходима замена.

Федеральный министр обороны в мирное время уполномочен командовать Вооруженными силами (ст. 65а), т.е. сухопутными войсками, военно-воздушными силами, военно-морским флотом и войсками медико-санитарной службы. Из предписания Основного закона о несовместимости должностей (ст. 66) вытекает, что министр обороны не может быть кадровым военным. Кроме положения о командовании Вооруженными силами не существует какого-либо определения конституционно-правовыми нормами круга задач и внутренней организации Министерства обороны. Структура его может регулироваться законом (§ 66 Закона о правовом положении военнослужащих Бундесвера).

Федеральный министр юстиции вместе с Комитетом по выборам судей, состоящим на паритетных основах из отраслевых министров земель и такого же числа членов Комитета, избираемых Бундестагом, решает вопрос о назначении судей Федеральной судебной палаты как высшей судебной инстанции ФРГ (ст. 95, абз. 2). В сферу деятельности министра юстиции входят также военно-уголовные суды Вооруженных сил с правом осуществлять уголовную юрисдикцию в условиях состояния обороны, а также в отношении военнослужащих, направленных за рубеж или находящихся на борту военных кораблей (ст. 96, абз. 2).

Конституционно-правовые полномочия федерального министра финансов состоят в том, что он одобряет сверхбюджетные и внеплановые расходы. Но такое одобрение может быть дано только в случае неотложной потребности (ст. 112), причем это полномочие входит в исключительную компетенцию министра финансов и не относится к полномочиям Федерального канцлера по оп-

ределению основных направлений политики. Несмотря на свои значительные полномочия, министр финансов все же не является своего рода «дублирующим» канцлером. Он связан выработанными основными направлениями политики. В случае конфликта одобрение министра финансов не может быть заменено никакими мерами ни со стороны Канцлера, ни со стороны Правительства, в том числе и в случае, указанном в ст. 113, абз. 1 Основного закона; иначе говоря, права вмешательства в эту сферу не существует. Но Федеральное правительство может отложить выполнение какой-либо задачи, отсрочив тем самым соответствующие расходы, или внести проект закона о дополнительном бюджете. При этом происходит некоторое смещение компетенции министра финансов в сторону Федерального правительства, поскольку министр в случаях, имеющих принципиальное значение, пользуется своими полномочиями (ст. 112) только после согласия Правительства и его решения взять на себя политическую ответственность за превышение бюджета. Но такое смещение компетенции не находит конституционно-правовой поддержки и не может быть обосновано ни с точки зрения законности, ни предписаниями Регламента.

Во исполнение обязательств Федерального правительства министр финансов обязан представлять в Бундестаг и Бундесрат отчет о всех доходах и расходах, а также об имуществе и долгах государства на следующий финансовый год (ст. 114 абз. 1). В этом отношении он является носителем не только полномочий, но и ответственности. Согласно Регламенту Федерального правительства, министр финансов может выражать протест против решения Правительства по вопросу, касающемуся финансов, если оно было принято вопреки его мнению или без его участия. В таком случае на следующем заседании Правительства по этому вопросу проводится новое голосование. Выполнение решения, против которого возражал министр финансов, должно быть приостановлено, если оно при новом голосовании в его присутствии не будет одобрено большинством голосов всех федеральных министров, а также Канцлером (§ 26, абз. 1 Регламента Федерального правительства). Это право контроля министра финансов свидетельствует о его независимости от Ведомства Федерального канцлера и от остальных министерств.

Поскольку федеральные министры отвечают за сферы деятельности своих отраслей, им не могут даваться указания, когда они представляют какой-либо проект в законодательный орган, но они все же зависимы от позиции Федерального правительства (§ 28, абз. 1—2 Регламента Федерального правительства). Однако министрам ничто не мешает обратиться за советом к другим государственным органам или общественным организациям, в частности к научным советам (например, в созданный при федеральном министре экономики Экспертный совет). Кроме того, отраслевые министры могут воспользоваться помощью и других учреждений (ст. 35, абз. 1, и § 4—8 Закона о порядке рас-

смотрения дел об административных нарушениях). Поскольку в этом случае речь идет о нижестоящих инстанциях, то применяться не предписания о помощи, а всякого рода указания. Право давать их действует как внутри самого министерства, так и по отношению к другим федеральным органам, относящимся к той же отрасли. В этой связи министр уполномочен разрешать споры о подведомственности между подчиненными ему учреждениями. Что же касается оказания помощи федеральным министрам со стороны органов законодательной либо судебной власти, то это предопределяется их долгом соблюдать верность Конституции. Отраслевые министры не обладают правом вмешательства в дела других отраслей.

О порядке замещения федеральных министров конституционно-правовых норм нет. В Основном законе даже не рассматривается вопрос, обязан ли министр назначать себе заместителя. Но на практике заместители существуют.

Можно различать два вида замещений (представительств) — внешнее и внутреннее. Внешнее осуществляется в интересах Федерального правительства, например при контрассигнации (ст. 58), при необходимости присутствия министра на заседаниях Бундестага или Бундесрата (ст. 43 и 53) или же если сделан малый запрос, касающийся отдельного министра.

Регламент Федерального правительства предусматривает, что если какой-либо федеральный министр не может исполнять свои обязанности, его представляет в Правительстве назначенный для этой цели другой федеральный министр (§ 14, абз. 1). На практике обычно Правительство сразу после образования принимает решение о том, кто кого вправе будет замещать, т.е. данный вопрос не решается в каждом конкретном случае и решается он не отдельным министром. Из этого принципа есть одно исключение: если федеральный министр должен давать объяснения в Бундестаге, Бундесрате или на заседаниях Федерального правительства, то при невозможности это сделать им самим его представляет парламентский статс-секретарь, а в отдельных случаях министр вправе распорядиться о том, чтобы такие объяснения давал статс-секретарь министерства (§ 14, абз. 2 Регламента Федерального правительства).

Внутреннее замещение происходит в рамках самого министерства, когда федерального министра может представлять статс-секретарь данного министерства, а в делах, решение которых возлагается на парламентского статс-секретаря, или в отдельных случаях, определяемых самим министром, — парламентский статс-секретарь (§ 14, абз. 3 Регламента Федерального правительства).

Читая положение Основного закона о том, что каждый федеральный министр ведет дела своей отрасли «под свою ответственность» (ст. 65), можно подумать, что министр рассматривается здесь в качестве только члена Правительства, который несет перед ним ответственность, но не как глава самостоятельной от-

расли. В действительности же все обстоит несколько сложнее: федеральный министр обязан соблюдать верность конституционным органам власти, но одновременно он имеет право на взаимность, будучи сам одним из таких органов; кроме того, и в случае замещения вся ответственность все равно лежит на нем.

Как и Федеральный канцлер, все федеральные министры, согласно демократическим принципам, несут ответственность перед народом. Она возникает в результате действия многозвенной цепочки: народ выбирает депутатов Бундестага, назначающего главу Правительства, а уже он подбирает министров, которые, таким образом, тоже несут ответственность перед народом.

Федеральные министры обязаны по требованию Бундестага, Бундесрата или их комитетов присутствовать на их заседаниях (ст. 43, абз. 1; ст. 53). Отсюда вытекает ответственность федеральных министров и перед этими органами. Право парламента проводить расследования распространяется на федеральных министров не только как членов Правительства, но и как руководителей ведомств. Так называемое административное анкетирование, проводимое парламентом, распространяется на всю сферу исполнительной власти.

Правда, Бундестаг не может применять какие-либо санкции по отношению к федеральным министрам, поскольку им не может быть выражен вотум недоверия. Однако допустимы «вотумы неодобрения» и даже голосования, требующие увольнения. Но они имеют только политические последствия, выражающиеся в падении авторитета соответствующего министра, что в крайнем случае может явиться поводом для ходатайства об увольнении. Вся исполнительная власть несет такую же ответственность перед Федеральным президентом, как и Федеральный канцлер, по крайней мере в рамках контрассигнации.

Ответственность министров перед Канцлером проявляется в том, что они должны соблюдать намеченные им основные направления политики. Министры без портфеля несут еще большую ответственность, так как на них распространяется право Канцлера давать им указания. Иначе обстоит дело с министрами по особым поручениям, поскольку у них все же есть своя сфера деятельности. В этом случае и на них распространяется положение ст. 65 Основного закона. В рамках ответственности перед Федеральным канцлером федеральные министры обязаны информировать его о мероприятиях и планах, имеющих значение для определения основных направлений политики и руководства деятельностью Федерального правительства (§ 3 Регламента Федерального правительства).

Федеральный канцлер уполномочен вносить предложения Федеральному президенту об увольнении какого-либо министра (ст. 64, абз. 1). Так как это право Канцлера по Основному закону не связано с какими-либо условиями, то такое предложение может обосновываться любыми причинами или вообще не мотивироваться, т. е. федеральный министр может быть уволен не

только потому, что плохо вел свои дела в рамках основных направлений политики. В этом отношении Федеральный канцлер и после образования Правительства остается его «хозяином». И здесь возможно серьезное вмешательство в дела отдельных отраслей. Правда, Канцлер только вносит предложение об увольнении, в то время как Президент имеет полномочие на утверждение этого увольнения. Но отклонить такое предложение Канцлера он может только по правовым, а не по политическим мотивам. Поэтому роль Канцлера в данном случае достаточно велика.

Ответственность министров перед Правительством выражается в том, что на его обсуждение и решение выносятся все проекты распоряжений, имеющих особое политическое значение (§ 15, абз. 1с Регламента Федерального правительства), разногласия между министрами (§ 15, абз. 1 того же Регламента), а также предложения о назначении и зачислении на должность чиновников и служащих и отнесении их к определенному разряду (§ 15 Регламента). Министр финансов обязан информировать Правительство, прежде чем одобрит сверхбюджетные и внеплановые расходы, а все министры несут бюджетно-правовую ответственность перед Федеральной счетной палатой.

Как в отношении Федерального канцлера, так и федеральных министров может быть возбуждено дело перед Федеральным конституционным судом в случае их спора с каким-либо другим конституционным органом власти. Возбуждение такого дела по разногласиям между отдельными федеральными министрами невозможно, так как в этом случае спор разрешается Федеральным правительством.

Поскольку федеральные министры осуществляют руководящую деятельность, существует их административно-правовая и административно-процессуальная ответственность.

г) Коллегиальная компетенция Федерального правительства

Условия осуществления коллегиальной компетенции Правительством разнообразны. Ее рамки гораздо шире, чем только улаживание разногласий между федеральными министрами, как это указано в Основном законе. В некоторых конституциях федеральных земель (например, Баден-Вюртемберга, Бремена, Нижней Саксонии) осуществление коллегиальной компетенции ставится в зависимость от того, о каких разногласиях идет речь — о просто принципиальных и важных, или о спорах, имеющих значение для всего федерального управления, или же о разногласиях, затрагивающих сферу компетенции нескольких министров. Разумеется, коллегиальное решение не требуется, если соответствующие министры могут договориться сами (§ 17, абз. 1 Регламента Федерального правительства). Предпосылкой достижения такого взаимопонимания может явиться урегулирование возникших разногласий на совещании министров под председательством Федерального канцлера или без него (§ 17, абз. 2 того

же Регламента). Но и в этом случае, как и во всей деятельности Правительства, Канцлер не должен выходить за рамки роли посредника. Он не вправе брать на себя решение, так как в таких случаях, очевидно, речь не идет о нарушениях основных направлений политики; кроме того, он должен понимать, что он не обладает правом вмешательства в компетенцию отрасли. Если на совещании заинтересованных министров попытка урегулировать разногласия окажется безрезультатной, то вопрос решает не Федеральный канцлер, а Федеральное правительство. Правда, в конституционно-правовом отношении некоторые сомнения вызывает то, что «все имеющие Общее значение внутри- и внешнеполитические ... вопросы» выносятся не только на обсуждение Федерального правительства, но и для принятия им соответствующего решения (§ 15, абз. 1 Регламента). В этом случае недостаточно соблюдается граница между компетенцией Федерального канцлера и коллегиальной компетенцией Правительства.

Предмет разногласий может быть формального или материального характера. В первом случае это опоры о компетенции между отдельными отраслями, которые Федеральный канцлер и сам бы мог разрешить, но не на основе своего права определять основные направления политики, а пользуясь организационными полномочиями. Разногласия материального характера могут возникать между отдельными отраслевыми ведомствами при совместном решении какого-либо вопроса. В таком случае они могут иметь не только правовой, но и политический характер, однако за рамками основных направлений политики.

Кроме урегулирования разногласий существует еще много других случаев, на которые распространяется коллегиальная компетенция Правительства. Так, оно в целом уполномочено:

- давать согласие федеральным землям на заключение договоров с иностранными государствами (ст. 32, абз. 3 Основного закона);

- при стихийных бедствиях или катастрофах, угрожающих территории более чем одной земли, давать указания правительствам земель о предоставлении полицейских сил в распоряжение других земель, а также вводить в действие подразделения федеральной пограничной охраны и Вооруженных сил для поддержки полиции (ст. 35, абз. 3);

- принимать с согласия Бундесрата необходимые меры в отношении земли, не выполняющей возложенных на нее Основным или другим федеральным законом обязательств, чтобы побудить ее к их выполнению; при этом Правительство или его уполномоченный имеет право давать указания всем землям и их учредителям (ст. 37);

- требовать проведения закрытых заседаний Бундестага (ст. 42, абз. 1);

- держать Бундесрат в курсе текущих дел (ст. 53);

- информировать Объединенный комитет о своих планах на случай состояния обороны (ст. 53а, абз. 2);

- принимать собственный Регламент (ст. 65);
- вносить в Бундестаг законопроекты после ознакомления с ними Бундесрата и выражения им своего мнения, имея при этом право, если законопроект обозначен как особо срочный, через три недели передать его в Бундестаг, даже если мнение Бундесрата еще не поступило (ст. 76, абз. 1, 2);
- высказывать свою точку зрения по законопроектам Бундесрата (ст. 76, абз. 3);
- если для принятия закона необходимо согласие Бундесрата, требовать созыва посреднического комитета (ст. 77, абз. 2);
- издавать постановления, имеющие законную силу (ст. 80, абз. 1);
- давать согласие на принятие международным органом в рамках союзного договора решения о применении правовых норм в случаях состояния напряженности или обороны (ст. 80а, абз. 1, 3);
- объявлять состояние законодательной необходимости в отношении какого-либо законопроекта, отклоненного Бундестагом, несмотря на то, что Правительство считало его неотложным, а также в случае отклонения законопроекта, с которым Федеральный канцлер связывал свое ходатайство о выражении ему доверия (ст. 81, абз. 1);
- принимать участие в назначении в землях руководителей инстанций среднего звена (ст. 85, абз. 2; ст. 108, абз. 2);
- подчинять своим указаниям полицию этой земли и полицейские силы других земель, а также вводить в действие подразделения федеральной пограничной охраны для предотвращения опасности, угрожающей существованию либо основам свободно-демократического строя федерации или какой-либо земли, в случае если она сама не готова или не в состоянии бороться с такой опасностью (ст. 91, абз. 1, 2); привлекать Вооруженные силы для оказания помощи в охране гражданских объектов и для борьбы с организованными и вооруженными для военных действий повстанцами (ст. 87а, абз. 4);
- получать информацию об осуществлении общих задач федерации и земель (ст. 91 а, абз. 5);
- ходатайствовать перед Федеральным конституционным судом о проверке соответствия федерального или земельного акта нормам Основного закона (ст. 93, абз. 1);
- принимать решения о всех необходимых расходах и высвобождать средства для поддержания хозяйства в случае, если бюджет на следующий год еще не принят законом (ст. 111);
- отказывать в согласии на принятие законов, ведущих к увеличению расходов или к уменьшению доходов, и требовать, чтобы Бундестаг отложил принятие решений то таким вопросам; добиваться, чтобы в течение четырехнедельного срока было принято новое решение, а также отказывать в одобрении уже принятого закона при наличии упомянутых выше условий (ст. 113);

— ходатайствовать перед Бундестагом о констатации состояния обороны (ст. 115а, абз. 1);

— вносить законопроекты, которые Правительство считает срочными, в Бундестаг и Бундесрат для их совместного рассмотрения (ст. 11, абз. 2);

— использовать федеральную пограничную стражу на всей территории федерации, если того требуют обстоятельства; давать указания правительствам земель, а в неотложных случаях — и ведомствам земель и, наконец, делегировать эти свои полномочия членам правительств земель (ст. 115, абз. 1);

— давать конкретные указания правительствам и ведомствам земель (см., например, ст. 84, абз. 5; ст. 115, абз. 1).

Приведенное перечисление полномочий Федерального правительства не является исчерпывающим. Оно может быть дополнительно конституционно-правовыми нормами, обычными законами и положениями Регламента. Федеральное правительство не может быть лишено своей коллегиальной компетенции нижестоящими органами.

В Правительстве, как и во всех других коллегиальных органах, очень желательно единодушие, но оно достигается тем труднее, чем больше в нем членов и чем сильнее различаются их интересы. В рамках этого, второго аспекта внутри Правительства можно наблюдать как партийно-политические, так и отраслевые различия. Когда • в Правительстве не может быть достигнуто совпадение мнений, то, как и во всех коллегиальных органах, для принятия решений используется принцип большинства.

Говоря о государственных актах Правительства, нужно учесть следующее: Правительство принимает свой Регламент; оно уполномочено издавать правовые постановления; содержание, объем и цели предоставленных ему полномочий должны быть определены законом. Если им предусматривается дальнейшая передача полномочий подчиненным органам, то для этого требуется особое постановление (ст. 80, абз. 1). Акты, на издание которых уполномочен министр, не могут издаваться Правительством в целом; в подобных случаях действует право на невмешательство.

Федеральное правительство вправе также издавать общие административные предписания, имеющие решающее значение для управления в землях, под наблюдением и по поручению федерации. Содержание этих предписаний может затрагивать вопросы как организации, так и процедуры; например, в них могут быть уточнены полномочия. В особых случаях (ст. 35, абз. 3; ст. 37, абз. 2; ст. 84, абз. 5; ст. 91, абз. 2; ст. 115, абз. 1 Основного закона) Федеральное правительство может давать конкретные указания.

В осуществлении коллегиальной компетенции Федерального правительства его статс-секретари и парламентские статс-секретари участия не принимают. Они не имеют ранга членов кабинета. Как уже отмечалось, федерального министра, лишённого

возможности исполнять свои обязанности, представляет в Правительстве другой министр.

Как носитель полномочий Федеральное правительство для подготовки своих решений вправе воспользоваться поддержкой других органов: для подготовки каких-либо мероприятий могут быть образованы уже упомянутые конституционно-правовые либо не предусмотренные обычными законами внутриминистерские или правительственные комитеты. Особо важный комитет кабинета — это образованный как координирующий орган по вопросам обороны Федеральный Совет безопасности, в который входят Канцлер, министр обороны, а также министры иностранных дел, внутренних дел и экономики. Этот Совет создан по образцу Национального Совета безопасности США.

Институциональными вспомогательными органами Федерального правительства являются:

— Совет по финансовому планированию, состоящий из федеральных министров финансов и экономики, ответственных за вопросы финансов, министров земель и из представителей общин и их объединений. Этот орган разрабатывает рекомендации по координации финансового планирования федерации, земель, общин и их объединений (§ 51 Закона о принципах бюджетного права федерации и земель);

— Конъюнктурный совет, который регулярно проводит свои совещания и обсуждает на них все необходимые для достижения целей Закона о стабилизации экономики конъюнктурные мероприятия, а также возможности обеспечения потребностей государственного бюджета в кредите (§ 18 Закона о содействии стабильности и росту экономики).

д) Руководство делами Правительства

Федеральный канцлер руководит делами Федерального правительства согласно его Регламенту (ст. 65). Этой компетенцией он наделен как член Федерального правительства. Отсюда вытекает, что в случае, если он лишен возможности исполнять свои обязанности, его замещает не глава Ведомства Федерального канцлера, а вице-канцлер (§ 8, Регламента Федерального правительства); если же он лишен такой возможности, то Канцлера замещает другой федеральный министр. Заседания Правительства проводятся Федеральным канцлером, а в его отсутствии — его заместителем; если и заместитель не может вести заседание, оно проходит под председательством федерального министра, специально назначенного Канцлером или его заместителем; обычно это федеральный министр с наибольшим непрерывным стажем члена Федерального правительства или старейший по возрасту (§ 22, абз. 1 Регламента Федерального правительства). Федеральный канцлер руководит делами Федерального правительства согласно Регламенту и стремится к его сплоченности и единству (§ 6, абз.2 Регламента).

Но осуществление компетенции по руководству Правительст-

вом не ограничивается рамками председательствования на заседаниях кабинета. Оно проявляется также и в том, что Федеральный канцлер определяет основные направления сферы деятельности отдельных федеральных министров (§ 9 Регламента), где можно проследить связь этих прав Канцлера с его организационными полномочиями.

В рамках компетенции по руководству можно различать полномочия Канцлера вне заседаний и на заседаниях Правительства. Вне заседаний Правительства, согласно его Регламенту, Федеральный канцлер уполномочен решать, необходимо ли устное обсуждение какого-либо вопроса (§ 20, абз. 2 Регламента), а также давать статс-секретарю Ведомства Федерального канцлера необходимые указания о подготовке заседания, включая составление повестки дня (§ 21, абз. 1 Регламента). Кроме того, Федеральный канцлер направляет законодательным органам проекты, принятые Федеральным правительством (§ 28, абз. 1 Регламента). Федеральный канцлер уполномочен также подписывать постановления Федерального правительства после их контрассигнации компетентным отраслевым министром (§ 30, абз. 1 Регламента).

На заседаниях Федерального правительства его председателем является Федеральный канцлер (§ 22, абз. 1 Регламента). Он ведет заседание и, кроме того, решает вопрос о допуске на заседание чиновников министерства, причем только по конкретному пункту повестки дня (§ 23, абз. 3 Регламента). В соответствии со своей компетенцией он предоставляет слово выступающим, открывает и закрывает заседания и руководит голосованием. Он также обладает полномочием поддерживать на заседаниях Правительства порядок. И наконец, по окончании обсуждения конкретного вопроса Канцлер формулирует текст решения Федерального правительства (§ 25 Регламента).

Единственное положение Конституции о компетенции Федерального канцлера по руководству Правительством на уровне федерации — это ст. 65 Основного закона, с которой полностью совпадают соответствующие положения конституций многих земель (согласно им премьер-министр земли руководит делами своего правительства).

Правовой характер Регламента Правительства представляется почти столь же спорным, как и парламентского Регламента, хотя в данном случае эта проблема не так серьезна. В отношении Регламента Правительства, например, не высказывалось мнение, подобное оценке парламентского Регламента, согласно которой это просто «конвенциональные правила» поведения депутатов (такое мнение основано на понимании депутатского мандата как «общественной почетной должности», чего никак нельзя сказать о главе и о членах Правительства). Регламент Правительства никогда не нарушается в такой мере, как это происходит с парламентским Регламентом, отклонения от которого нередко превращаются в традицию.

Широко распространенное мнение, что парламентский Регламент является конгломератом правовых и административных предписаний, может быть отнесено и к правительственному Регламенту, поскольку Правительство также отдает распоряжения и предписания. Но в данном случае речь идет все же не о правовых предписаниях Правительства административного характера, так как Федеральное правительство действует не просто в административной сфере, а правит государством. Кроме того, предписания и распоряжения носят абстрактно-всеобщий характер, в то время как Регламент Правительства адресован только членам Правительства.

Уже давно существующее мнение, что тезис: Регламент Бундстага есть «автономный устав», — относится и к Регламенту Правительства. Но подобное утверждение нельзя признать правильным, так как уставная автономия относится лишь к юридическим лицам, а не к государственным органам. Попытка создать устав особого рода и назвать его конституционным уставом не может иметь успеха.

Таким образом, Регламент Правительства можно квалифицировать как правовое предписание о его внутренней деятельности, нормы которого распространяются только на внутриправительственные отношения.

Для вступления в силу Регламента необходимо соответствующее решение Федерального правительства как коллегиального органа, принимаемое простым большинством его членов. Правда, ст. 65 Основного закона об этом ничего не говорит. Однако из принципа большинства как условия демократии следует сделать вывод о том, что простого большинства членов органа, обладающего полномочием на издание правовых актов, вполне достаточно для принятия решения.

Для вступления Регламента в силу необходимо, кроме того, одобрение его Федеральным президентом. Изменения в Регламенте также должны быть одобрены им. Не существует никаких указаний о том, в какой форме должно осуществляться подобное одобрение. Оно может быть сделано письменно или устно. Нет таких указаний и о необходимости контрассигнации. В названных Основным законом исключениях (когда контрассигнация не требуется) данный случай не упоминается; и все же контрассигнация при одобрении Федеральным президентом Регламента Правительства не нужна, так как, если бы контрассигнацию осуществлял член того органа, который принял Регламент, она не смогла бы выполнять функцию контроля.

Принятый и одобренный Регламент должен быть опубликован, но указаний на то, каким именно образом, также нет. Согласно принятой практике, он публикуется в «Общем бюллетене министерств». Тем самым обеспечивается возможность ознакомиться с Регламентом не только тем, кому он адресован, т.е. членам Правительства, но и другим органам, а также любому гражданину.

На Регламент Правительства распространяется принцип преемственности, т. е. с окончанием деятельности Правительства прекращается и его действие, так как никакой новый орган не может быть связан внутренними процедурными правовыми нормами предыдущего. Но вполне реально, что новый орган согласится оставить в действии Регламент своего предшественника.

Регламент Федерального правительства не следует смешивать с Общим Регламентом федеральных министров, состоящим из двух частей: Общей и Особенной. Общая часть определяет организацию и порядок ведения дел в федеральных министерствах, в частности обработку материалов, виды, содержание и правила подписания проектов, подготовку дел кабинета, ход докладов и обсуждений, а также служебный режим и правила внутреннего распорядка в министерствах. Особенная часть регулирует контакты с Бундестагом, Бундесратом и Федеральным конституционным судом, участие министерств в процессе издания законов и постановлений и их публикации в министерских бюллетенях. Составной частью Общего Регламента являются служебные инструкции. Эти документы имеют обязательную силу для всех министерств.

V. ФЕДЕРАЛЬНЫЙ КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД

1. Основной закон и Федеральный конституционный суд

Согласно Основному закону ФРГ, Федеральный конституционный суд является одной из составных частей судебной власти. Устройство этого органа и порядок судопроизводства в нем в значительной степени определяются законом. Только в случае принятия дополнений к Основному закону, вызванных необходимостью оборонительных мер, предусматривается особое положение Федерального конституционного суда по сравнению со всеми прочими судами.

Поскольку Федеральный конституционный суд выносит решения по применению и толкованию правовых норм, в рамках которых действуют политические силы, его компетенция должна регламентироваться Основным законом. Федеральный конституционный суд выносит решения в случаях, отнесенных к его компетенции.

Согласно Закону о Федеральном конституционном суде, он состоит из федеральных судей и является «самостоятельным и независимым от всех других конституционных органов судом федерации» (с резиденцией в Карлсруэ).

Федеральный конституционный суд состоит из двух сенатов, в каждый из которых избираются по 8 судей сроком на 12 лет. Судьи должны иметь право на занятие судебной должности в соответствии с требованиями Закона о судьях. Три судьи каждого сената должны избираться из судей высших судебных органов.

Председатель и его заместители избираются соответственно Бундестагом и Бундесратом из состава обоих сенатов, чередуясь при последующих выборах и являясь каждый председателем своего сената. Каждый сенат выступает как Федеральный конституционный суд, сенаты равны в правах и самостоятельно выносят решения в случаях, отнесенных к их компетенции, причем последняя определяется законом. Пленум Федерального конституционного суда, в который входят все судьи, может изменить круг деятельности сенатов, чтобы обеспечить их одинаковую загруженность. Для рассмотрения конституционных жалоб оба сената образуют по несколько палат, каждая из которых состоит из трех судей.

Регламент Федерального конституционного суда является обязательным как для осуществления внешних связей суда, так и для его деятельности по принятию решений. Закон не регламентирует административную сторону работы суда, начиная от служебного надзора за бюджетом и кончая узковедомственными вопросами. С 1986 г. Закон о Федеральном конституционном суде предусматривает, что суд сам устанавливает свой Регламент, который принимается его пленумом. В первой части Регламент определяет принципы организации и управления в суде, начиная с составления плана и бюджета, зачисления в его аппарат научных сотрудников и представления суда во вне его Президентом, установления полномочий руководящих чиновников администрации суда до рассылки повесток в суд, регистрации входящей корреспонденции и ответов на повседневные вопросы судей. Все это имеет почти 25-летнюю традицию. Во второй части содержатся процессуальные положения, регулирующие формирование воли в палатах, сенатах и на пленуме, а также связи с другими судами и иными учреждениями.

Тот факт, что Регламент Федерального конституционного суда опубликован только спустя 24 года после его принятия, связан с вопросом о том, является ли он просто судом либо также и особым конституционным органом. То что Федеральный конституционный суд является судом, не подлежит сомнению, об этом свидетельствует не только положение ст. 92 Основного закона, но и организационная форма данного органа, его независимость, обязательность мотивировки решений и т. д. Сомнение возникает тогда, когда предпринимаются попытки описать судопроизводство понятиями более точными, чем независимость, решение спора или сохранение общественного порядка, когда сравниваются принципы аргументации, политическая нейтральность, зависимость от собственных решений и возможность принудительного исполнения решений других судов и Федерального конституционного суда. При этом выясняется важное для политической и юридической практики обстоятельство: общие нормы общения с судами не могут использоваться при общении с Федеральным конституционным судом. Он может не брать в расчет аргументы, важные для других судов, например, аргумент о судебном само-

ограничении. Федеральный конституционный суд не чувствует себя связанным устоявшимся правосознанием; он ощущает себя хозяином процесса, ему не нужно относить к себе жалобы на нарушение государственными органами конституционных положений.

Как судебный орган Федеральный конституционный суд (ФКС) одновременно является и высшим конституционным органом. Такой статус не предусмотрен для него Основным законом, да и не мог быть предусмотрен, поскольку в ФРГ как правовом государстве, согласно Основному закону, высшим конституционным органом является народ. Однако в юбилейном сборнике, посвященном Федеральному конституционному суду, названы следующие его полномочия и черты:

- право набора научных кадров и чиновников-не судей;
- самостоятельное планирование работы и непользование бюджета;
- особый статус членов суда, на которых не распространяются общие нормы о чиновниках;
- полное уравнивание в правах с другими конституционными органами, такими, как Федеральный президент, Бундестаг и Бундесрат.

Поскольку Федеральный конституционный суд должен прежде всего опираться на Конституцию, распространенной является теория о том, что можно ограничить его компетенцию интерпретацией Основного закона. В той мере, в какой под интерпретацией понимают обычные приемы юридического толкования, она едва ли в состоянии определить судопроизводство ФКС. Юридический метод предлагает искусственные правила, признание которых зависит от господствующего мнения, а само подобное мнение сейчас существенно зависит от практики ФКС. То же самое относится к конституционной теории, к понятию термина «Конституция» и к ее толкованию. Однако в той мере, в какой под интерпретацией Основного закона понимают принципы, с которыми должен считаться Федеральный конституционный суд, если он не хочет отречься от самого себя, границы конституционной подсудности можно определить основываясь на содержании Основного закона.

Важнейшим из таких принципов является позитивизм, т.е. в данной связи писанный характер, законность и легитимная изменяемость Конституции. Как свидетельствуют 35 законов о подобных изменениях, принятых до сих пор, связанные с ними процедурные трудности относительно легко преодолеть. Позитивному конструкционному праву Федеральный конституционный суд обязан имеющимся у него авторитетом и влиянием. Законодатель, вносящий изменения в Конституцию, мог бы, например, существенно ограничить полномочия суда, не покушаясь при этом на соответствующее правило Основного закона.

Вторым принципом является иерархический порядок правовых норм, который гибко стабилизирует правовую систему. Федераль-

ный конституционный суд связан не только Конституцией и каждым отдельным законом, он должен вообще принимать во внимание каждый акт государственной власти. Решения ФКС станут бессмысленными, если он не сможет исходить из того, что правовой контекст, в котором принимается решение, остается стабильным хотя бы на некоторое время. Достоверность этой предпосылки суд может доказать лишь тем, что сам будет поступать соответствующим образом, т. е. уважать позитивное право.

Третьим конституционным принципом является различие между организационным статусом (Регламентом) и задачей защиты субъективных прав. Основные права являются следствием незыблемого господства права. Поскольку другие, неправовые нормы не являются обязательными, все граждане, независимо от их политических убеждений, должны участвовать в осуществлении основных прав, пользуясь ими или содействуя их реализации.

Четвертый принцип—уважение к процессуальным нормам. Поскольку перед законом все равны, различия могут проявляться лишь в рамках процессуальных правил. В связи с этим Федеральный конституционный суд не вправе отказаться от правил судопроизводства, которые обеспечивают законность его решений.

2. Федеральный конституционный суд и взаимодействие ветвей государственной власти

ФКС может проверять законы на предмет их формального и материального соответствия Конституции. Объектом проверки является текст, опубликованный в «Вестнике федеральных законов». Предварительная проверка конституционности правовых предписаний недопустима. То что закон принят в соответствии с предписаниями Конституции, удостоверяется Федеральным президентом и министром юстиции. Но правовые нормы не содержат обоснования или разъяснения. Таким образом, имеющийся в распоряжении материал для анализа скуден. Это может привести к трудностям уже при проверке формального соответствия какого-либо акта Конституции, особенно при выявлении вопроса о компетенции, поскольку полномочия в области законодательства определены по содержанию и вынуждают обсуждать смысл закона. При проверке материального соответствия закона Конституции нельзя обойтись без анализа того влияния, которое он оказывает на повседневную жизнь. Оценка этого влияния невозможна, однако, без использования прогнозов. Законы являются решениями с элементами неопределенности и призваны уменьшать ее. В связи с этим возникает вопрос, который в значительной степени определяет дискуссии о соотношении между конституционной юрисдикцией и законодательством: означает ли судебная проверка правовых предписаний, что Федеральный конституционный суд видит цель своего судебного решения в повышении определенности закона? Но такая постановка вопроса неправильна. Принятие

решений уменьшает неопределенность. В связи с этим и решения могут подвергаться проверке на предмет того, совместимы ли они с другими решениями. Оценка законов не может быть поставлена в зависимость от таких критериев, как очевидность, заменимость, содержание или строгость контроля, поскольку все эти подходы являются описательными и не могут быть руководством к действию. Оценка закона не может быть поставлена в зависимость и от того, проявили ли достаточную осведомленность законодательные органы. В парламенте решает большинство, а не здравый смысл сам по себе. Иначе бы парламент образовывался не в результате всеобщих выборов, а депутаты не принимали бы решений по велению совести. Оценку законов необходимо ставить в зависимость от того, совместим ли акт, который подвергается проверке, с другими законными, конституционно-правовыми решениями или решениями, принятыми Федеральным конституционным судом, есть ли в нем противоречия. В этом смысле проверка правовых предписаний является вопросом правовой догматики.

Напомним, что под исполнительной властью Основной закон понимает Правительство (управляющее государством) и администрацию. Администрация имеет иные задачи, чем отправление правосудия, однако она тоже привязана к закону и праву и контролируется судами. Она является неполитической частью исполнительной власти. Ее отношение к конституционной юстиции должно поэтому напоминать разбирательство в специализированных судах. Правительство же является центром политики. С точки зрения догматического подхода к Конституции оно, однако, обладает лишь незначительным влиянием на создание программных решений, имеющих обязательную силу, поскольку именно парламент в соответствии с Основным законом распоряжается двумя основными инструментами власти: правом и финансами. Кроме того. Федеральный канцлер связан доверием Парламента. Эти ограничения были бы не нужны, не обладай Правительство в действительности наибольшим политическим влиянием. Оно определяется в меньшей степени его правом законодательной инициативы, а в большей — значительным вниманием к нему общественности, возможностями представительства, преимуществами в получении информации и скорости принятия решений, которые характерны для Правительства. Указанные особенности дают ему возможность оперативно браться за решение политических проблем, обязывать к этому другие конституционные органы или решать такие проблемы самому.

В целях эффективности политического процесса Федеральный конституционный суд должен тщательно учитывать задачи Правительства, как бы зондировать политику. Вследствие этого Конституционный суд отверг, например, расширенное толкование прав парламента внутри страны и предоставил Правительству значительные возможности для защиты ее интересов за рубежом, а Федеральному канцлеру — полномочия по оценке обстановки.

3. ФКС в системе судопроизводства

Удерживая законодательство и деятельность Правительства в рамках Основного закона и обеспечивая предпосылки для принятия ими конституционных решений, ФКС оказывает влияние на судопроизводство специализированных судов, учитывая потребности политического процесса. В области охраны основных прав личности это означает, что он должен обеспечить стыковку политического процесса в различных областях жизни и с этой целью гарантировать единство судебной практики. Ввиду независимости судов Федеральный конституционный суд может обеспечить это лишь процессуальными средствами.

Помимо Федерального конституционного суда Основной закон предусматривает для судов общей компетенции (уголовных и гражданских), для административного, финансового, трудового и социального судопроизводства по одной высшей инстанции, которая стоит во главе соответствующей ветви судебной власти. Конституционно-правовые гарантии судопроизводства: независимость судей и подчиненность их только законам, понятие законного судьи, гарантии гражданину быть выслушанным по вопросам права — связывают все суды, включая Федеральный конституционный. Особый федеральный закон, который определяет правовое положение судей (Закон о судьях), действует и в отношении судей Федерального конституционного суда в той мере, в какой это совместимо с Основным законом и Законом о Федеральном конституционном суде.

Организация и процедура работы отдельных ветвей судебной власти регулируются специальными федеральными законами. Помимо общих для всех судов норм судопроизводства ФКС использует предписания о самом Федеральном конституционном суде и в зависимости от вида процесса — гражданско-процессуальный или уголовно-процессуальный кодексы. Кроме того, ФКС прибегает к помощи административно-процессуального закона.

Специфическое положение занимают конституционные суды земель. Поскольку в федеративном государстве его члены обладают государственностью и собственной конституцией, конституционные суды земель играют там ту же роль, что и Федеральный конституционный суд на уровне федерации. Их деятельность касается конституций земель, а внимание Федерального конституционного суда уделяется прежде всего соблюдению Основного закона ФРГ. Отношения между Федеральным конституционным судом и соответствующими судами земель предопределяются отношениями между Основным законом и конституциями земель. Конституционный суд конкретной земли должен, однако, получить разрешение Федерального конституционного суда, если он при интерпретации Основного закона хочет отойти от решения другого конституционного суда.

Как видно из перечня полномочий Федерального конституционного суда, среди них нет таких, которые не касались бы Кон-

ституции. В этом плане суд полностью зависит от нее. Основной закон является позитивным нормативным актом, который, с одной стороны, подчиняется как каждый позитивный закон одинаковым правилам применения, а с другой — имеет преимущество перед всеми иными позитивными нормами. Под этим углом зрения Федеральный конституционный суд можно рассматривать как высшую судебную инстанцию. Организация и процедура его работы существенно отличаются от организации и процедуры деятельности специализированных судов.

Особенно бросается в глаза, что в Федеральном конституционном суде позиция судей в значительно большей степени связана с личностью каждого из них, чем в специализированных судах: судьи Федерального конституционного суда избираются на государственную должность на личной основе и на ограниченный срок, определенный законом. В принципе они не могут взаимозаменяться и полностью равноправны. Даже после принятия решения судом они могут доводить до сведения общественности свое особое мнение. Все они участвуют в управлении ФКС, причем внутри него существует определенная иерархия. Обращают на себя внимание различия в процедуре ФКС и обычных судов: относительное обособление предмета рассмотрения, значительное число лиц, которые могут выступить в ФКС, а также широкое обязывающее влияние его решений по вопросам конституционного права.

Эти различия не могут быть оправданы тем обстоятельством, что к конституционной юрисдикции относятся дела, где политика становится предметом судебного разбирательства на основе существующих правовых норм. ФКС называют справедливо стражем Конституции, в то время как другие суды являются стражем закона.

Исходным для определения задач ФКС является уяснение задач Основного закона. Особенность демократической Конституции состоит в том, что она должна способствовать относительно обособлению политического процесса по отношению к другим общественным явлениям и обеспечивать возможность принятия эффективных решений. Сказанное не означает, что Конституция ограничивает политический процесс, она всего лишь делает его возможным и способствует ему. Если политический процесс оценивается не с позиций Конституции, а, наоборот, Конституция оценивается с позиций политического процесса, то ФКС окажется его судебной оформленной институциональной частью. Отсюда бросающиеся в глаза отличия Конституционного суда от общего правосудия. Значительно большая неопределенность и нечеткость процедуры в ФКС отражает сложность отношений его деятельности с окружающим миром.

ФКС оказывает серьезное влияние на такой важнейший инструмент политики, каким является право, зафиксированное в законе. В связи с этим он должен быть подключен к политическому процессу другими средствами, чем право: высоким статусом, который обеспечивает большое внимание общественности к нему, по-

вышенной личной ответственностью судей. То что судьи ФКС более индивидуализированы, в известной мере изолирует их друг от друга. Высокий статус и правовая индивидуализация повышают риск принципиального противостояния, но обеспечивают возможность суда браться за темы, волнующие общественность, принимать сложные решения, приемлемые для всех, и вместе с тем избегать тех решений, которые рассматривались бы как чисто политические.

С точки зрения политического процесса понятно, какую задачу должен выполнять Федеральный конституционный суд в области прав человека: в конечном счете это стабилизация связи политического процесса с определенными областями общественной жизни. С позиции индивида эта задача представляется как защита основных прав, а с точки зрения политики — как соблюдение объективного конституционного права.

Будучи составной частью политического процесса, ФКС одновременно может задавать тон в сфере политики. Именно поэтому как раз он в процедурном отношении должен идентифицироваться с общим правосудием и играть в нем роль суперрревизионной инстанции. Вместе с тем, если подходить к задачам ФКС с точки зрения политического процесса, то он в той же степени является суперрревизионной инстанцией, в какой Основной закон выступает высшей правовой нормой при вынесении любых отдельных решений.

Обжалование и просто обращение в ФКС принципиально различаются. Обжалование относится к конкретному иску, в то время как обращение затрагивает конституционно-правовую, т. е. носящую политическую окраску, сторону обжалуемого решения. Непосредственной задачей ФКС является не охрана прав субъекта, а соблюдение Конституции, что при необходимости допускает даже игнорирование этих прав.

С учетом сказанного появляется возможность уточнить задачу ФКС по отношению к общему правосудию. Этот суд должен заботиться о том, чтобы другие суды учитывали обстоятельства, важные для эффективного функционирования политического процесса, прежде всего для соблюдения единства судебной практики в той степени, в какой это необходимо для принятия политических решений. В таком смысле ФКС должен ограничивать политику от судебной практики. Ввиду независимости судей и разделения властей он может осуществлять это, выступая только в качестве судебной инстанции. Сказанное предполагает, что и другие суды оказывают влияние на судебную практику, защищающую Конституцию.

Известно, что все суды как учреждения являются частью государственной системы и в совокупности осуществляют судебную власть в обществе. В связи с этим другие суды не могут специально контролироваться ФКС в порядке судебной проверки эффективности действия норм. Против судов не должны выдвигаться обвинения со стороны государственных органов. Однако Феде-

ральный конституционный суд может попутно оценить деятельность судов и их практику в порядке судебной проверки действительности правовых предписаний и их соответствия Конституции. Возможность для того дает само понятие законодательной власти, право каждого иметь законного судью (ст. 101 Основного закона) и возможность быть выслушанным в суде по вопросам права (ст 103 Основного закона).

Как известно, в судопроизводстве по отдельным направлениям границы законной силы решений позволяют судам первой инстанции в отдельных случаях отклоняться от судебной практики высших судов и возбуждать новое рассмотрение дела. Однако по отношению к Федеральному конституционному суду из-за приоритета Конституции и обязательности решения по конституционно-правовым вопросам суды едва ли имеют возможности для выдвижения возражений. Это, однако, не заслуживает той критики, которая нередко высказывается. Если конституционная подсудность служит как раз дифференциации политического процесса, то для него важна прежде всего надежность соображений ФКС.

Кроме того, Федеральный конституционный суд сознательно ограничил использование компетенции по отношению к отраслевым судам, поскольку они пытались переложить на него принятие решений по своим делам. Разграничение компетенции остается, однако, здесь зыбким. Эта неуверенность повышает давление на отраслевые суды и вынуждает их еще точнее следовать практике ФКС.

В действительности отраслевые суды в настоящее время оказывают сильное влияние на конституционную юстицию; они могут прибегать к проверке эффективности правовых предписаний по конкретным делам и, как правило, принимают решения до того, как возникает возможность обращения в ФКС (§ 90 Закона о Федеральном конституционном суде); при изменившихся обстоятельствах они могут снова возбудить дело и идти на риск других оценок.

Наиболее значительное влияние такие суды имеют, однако, в связи с их «отраслевым» авторитетом, которым не располагает в той же мере Федеральный конституционный суд. Это авторитет, вытекающий из специализации. Отраслевые суды способны осуществлять постоянное судопроизводство, которое ФКС может изменять лишь в малой степени и медленно, поскольку досудебная юридическая практика уже приспособилась именно к нему. Самое важное в том, что отраслевые суды принимают решения в относительно самостоятельной области, с собственным внутренним контролем, определенными влиятельными группами (в трудовом судопроизводстве, например, это профсоюзы) и научными консультантами, т. е. в сфере, в которую ФКС в интересах правосудия в целом по возможности не будет вторгаться, поскольку слишком велика опасность внесения в него беспорядка. ФКС не хочет быть суперревизионной инстанцией и предоставляет специализированным судам организацию процесса, определение и оцен-

ку состава преступления, толкование обычного права и его применение, ограничивается проверкой нарушения специфического, конституционного права

4. Правовой статус судей ФКС

Формальные предпосылки для приобретения полномочий судьи ФКС, изложенные в Законе о Федеральном конституционном суде, довольно просты: достижение 40-летнего возраста, обладание правом быть избранным в Бундестаг (в соответствии со ст. 38 Основного закона и § 15 Федерального закона о выборах в Бундестаг), подача заявления о готовности стать судьей и, наконец, способность быть таковым (в соответствии с § 5 или 7 Закона о судьях). Последнее требование в 1951 г., когда создавался ФКС, многими оспаривалось, что было вызвано прежде всего опытом Веймарской Республики и того периода, когда у власти находились нацисты. Однако опыт, накопленный с 1951 г., полностью успокоил тех, кто выступал против положения о способности быть судьей. Судебное учреждение работоспособно лишь при наличии штата судей, обеспечивающего преемственность в профессиональных вопросах и известную равномерность в распределении нагрузок. Предпосылкой для этого является право всех судей принимать решения опираясь на практически одинаковый уровень юридической подготовки.

Параграф 3 Закона о Федеральном конституционном суде (в редакции 1951 г.) предусматривал, что все судьи «должны обладать особыми знаниями в публичном праве» и опытом общественной деятельности. При издании в 1961 г. Закона о судьях положение об этой дополнительной квалификации было по предложению Правового комитета Бундестага, вопреки проекту Правительства, вычеркнуто. Предпринятые позднее усилия вновь ввести это требование не увенчались успехом. Дополнительные требования предъявляются только к трем судьям в каждом сенате, которые на основе ст. 94 Основного закона и § 2 Закона о Федеральном конституционном суде избираются из числа судей высших судебных органов федерации. Перед своим избранием в Федеральный конституционный суд они должны удовлетворять условиям § 9 и 10 Закона о судьях о назначении судей на должность пожизненно. Для назначения в высшие федеральные суды действуют особые предписания и относительно минимального возраста судей. При назначении в высшие судебные инстанции должен учитываться опыт участия в судопроизводстве и образ мышления судьи, сформированный под воздействием длительного опыта осуществления своей профессии. В 1970 г. для судей Федерального конституционного суда был введен единый срок пребывания в должности — 12 лет (но не позднее достижения пенсионного возраста).

В соответствии с § 2 Закона о Федеральном конституционном суде каждый из двух сенатов в рамках компетенции, предо-

ставленной ему Законом, выступает в качестве ФКС Судьи избираются в определенный сенат и не заменяются. В 1956 г. их число в каждом сенате было снижено с первоначальных 12 до 10, а в 1963 г — до 8

Параграф 8 Закона о Федеральном конституционном суде предусматривает два списка, составляемых министром юстиции. Они содержат имена лиц, отвечающих требованиям Закона о Федеральном конституционном суде. В первый включаются федеральные судьи, во второй — все лица, выдвинутые кандидатами в судьи Федерального конституционного суда от фракций Бундестага, от Федерального правительства или правительств земли. Самое позднее за неделю до выборов они предоставляются в распоряжение Председателей Бундестага и Бундесрата. Выбирающие органы в правовом смысле не связаны списками. В связи с этим в ходе большинства выборов оба списка не играли существенной роли

Согласно ст. 94 Основного закона, судьи Федерального конституционного суда выбираются поровну Бундестагом и Бундесратом. Выборы двумя высшими федеральными органами подчеркивают значение ФКС и волю законодателя придать судьям легитимацию с помощью народного представительства федерации и земель Федеральной Республики.

В соответствии с § 6 Закона о Федеральном конституционном суде Бундестаг по системе пропорционального представительства избирает из своих членов 12 выборщиков, причем каждая фракция может предложить список своих представителей; допустимы и совместные списки фракций. Депутаты могут голосовать только за списки, а не за отдельных кандидатов. На основе числа голосов, поданных за каждый список, вычисляется по пропорциональной системе количество судей, избранных по каждому списку.

Пленум Бундесрата принимает, как правило, рекомендации комиссии, в которой представлены все земли, поскольку эти рекомендации поддерживаются ведущими представителями крупных партий; в случае необходимости кандидатуры согласуются с доверенными людьми партий в комитете выборщиков Бундесрата. В Бундесрате голоса земель могут подаваться только совместно; выборы проходят здесь как прямые и открытые

Бундестаг и Бундесрат поочередно выбирают Председателя ФКС и его заместителя. Существует своего рода договоренность между крупнейшими партиями: одна из них предлагает кандидата на должность Председателя суда, а другая — его заместителя. Занятие обоих постов всегда рассматривалось во взаимосвязи и регулировалось на заседаниях совместной комиссии, состоящей из членов обеих корпораций, участвующих в выборах.

Из ст. 94 Основного закона вытекает, что решение выбирающих органов не подлежит материальной проверке со стороны Федерального президента. Он имеет право оценивать лишь законность реальной процедуры выборов. Принятая в обычной

практике контрассигнация со стороны федерального министра юстиции (в соответствии со ст 58 Основного закона) имеет лишь ограниченный смысл. С вручением грамоты в соответствии с § 69 Закона о судьях происходит назначение судьей ФКС, начинается двенадцатилетний срок их деятельности, наступает время принесения присяги и происходит отставка с должностей, не совместимых с деятельностью в суде (согласно § 3 Закона о Федеральном конституционном суде).

Обычно деятельность судьи завершается уходом в отставку после истечения срока пребывания в должности (§ 98 Закона о Федеральном конституционном суде). Возрастная граница, при которой судья уходит в отставку, действует и до истечения 12-летнего срока его пребывания в должности. В соответствии с § 4 Закона о Федеральном конституционном суде это «конец месяца, в котором судье исполняется 68 лет». Ввиду частых проволочек с выборами новых судей важно положение § 4 упомянутого Закона, в соответствии с которым судья продолжает свою служебную деятельность до назначения преемника.

Досрочный уход в отставку имеет различные причины и осуществляется в разных вариантах. На практике часто применялся § 12 Закона о Федеральном конституционном суде, предусматривающий право членов суда ходатайствовать об освобождении от должности. Параграф 98 Основного закона (в сочетании с § 105 Закона о ФКС) предписывает увольнение в отставку в случае длительной неспособности судьи исполнять свои обязанности. Процедура отставки организована таким образом, что может создавать опасность для независимости судей. То же самое относится и к окончанию пребывания в должности путем увольнения в соответствии с § 105 Закона о ФКС. Предпосылкой для такого увольнения является ситуация, когда судья признан виновным в совершении позорящего поступка, либо осужден к наказанию, связанному с лишением свободы более чем на 6 месяцев, на основании вступившего в силу приговора суда, либо виновен в совершении такого грубого служебного проступка, которое исключает возможность его оставления в должности.

Правило о несовместимости должностей, предусмотренное ст. 94 Основного закона и § 3 Закона о Федеральном конституционном суде, отвечает принципу разделения властей, в соответствии с которым судья не может одновременно выполнять задачи законодательной или исполнительной власти. Статус судьи ФКС, его авторитет и нагрузка не допускают побочную профессиональную деятельность. Побочная деятельность такого рода, как писательская, научная, преподавательская, выступление по радио или телевидению, допустима без особых разрешений, но понятно, что она должна быть второстепенной по сравнению с главным занятием.

При осуществлении побочной деятельности необходимо проявлять особую сдержанность, с тем чтобы не подорвать доверия к независимости, внепартийности и беспристрастности судей. Со-

гласно § 69 и 41 Закона о судьях, членам ФКС запрещено осуществлять правовые экспертизы или давать за вознаграждение справки по юридическим вопросам. Параграф 41, абз. 2 Закона о судьях неприменим к профессорам, которые являются членами ФКС. Чиновники или судьи при назначении их членами Федерального конституционного суда освобождаются от предыдущей должности. Легитимация ФКС действует лишь постольку, поскольку члены этого суда не воспринимают себя как особую политическую силу среди других сил, не выходят тем самым за пределы Конституции.

Судья не должен, выступая в роли квазизаконодателя или «социального инженера», осуществлять через судопроизводство свои политические установки. Признаваемый всеми тезис, что по некоторым вопросам существует сложившееся мнение, которое при масштабных решениях, например в конституционном праве, оказывает влияние и на выбор методов, совершенно не годится для оправдания судей, воспринимающих себя как политиков в мантиях. Более того, члены Федерального конституционного суда при решении проблематичных дел, немногочисленных по числу, но зачастую особенно важных, должны самокритично, насколько это в человеческих силах, отдавать себе отчет в собственном понимании проблем, и в особенности в своих политических воззрениях. Они призваны добиваться точной интерпретации, а в случае необходимости — и творческой конкретизации или объяснения смысла Основного закона, применяя обычные методы и дистанцируясь от личных политических представлений.

Беспристрастность судей — существенный признак судопроизводства и обязанность всех немецких судей. Это означает, что при обсуждении и принятии решения по тому или иному делу не должны играть роль соображения, к нему не относящиеся. За этой общей формулировкой скрываются, конечно, многие проблемы, которые не поддаются особой интерпретации применительно к ФКС. Исключение судьи из процесса, его отвод в соответствии с Законом о Федеральном конституционном суде одновременно служат для участвующих в процессе защитой от пристрастности и направлены на сохранение одного из важнейших принципов судопроизводства и условий доверия к суду. Отстранение судьи в соответствии с § 18 Закона о Федеральном конституционном суде происходит во имя законности. В должностном порядке проверяется, имеются ли причины для отстранения его от должности. Для судей ФКС в отличие от других судей недвусмысленно признается допустимость принадлежности их к политической партии. В соответствии с третьим абзацем § 18 не считаются деятельностью, ведущей к отстранению судьи, «участие в законодательном процессе» и «изложение научной точки зрения по правовому вопросу, который может иметь значение для производства по делу». Участием в законодательном процессе является деятельность не только в качестве члена Бундестага и Бундесрата, но и в качестве чиновника в Ведомстве Федерального президента или

секретаря Правового комитета Бундесрата. Параграф 18, абз. 3 Закона о Федеральном конституционном суде отражает намерение законодателя не отказываться от использования в суде опыта министров, парламентариев и ученых и обеспечивает их участие в процессе, несмотря на прежнюю деятельность, до тех пор, пока не возникает опасность нарушения принципа беспристрастности судей.

Согласно § 19, абз. 1, участник процесса может заявить отвод судье, подозревая его в заинтересованности, или сам судья может заявить о своей заинтересованности в деле.

Заявление об отводе должно быть обосновано. Судья, которому заявлен отвод, также может высказать свое мнение по этому вопросу. Суд принимает решение в отсутствие судьи, которому заявлен отвод. При равенстве голосов решающее значение имеет голос председательствующего. Если судья берет самоотвод, решение об этом принимает инстанция, выносящая постановление по делу. В соответствии с законом для самоотвода достаточно заявления о «наличии обстоятельств, которые могли бы оправдать подозрение в заинтересованности».

В соответствии с § 39 Закона о судьях «как при осуществлении своих служебных полномочий, так и вне службы, в том числе и в политической деятельности, судья должен вести себя таким образом, чтобы не подрывалась уверенность в его независимости».

Применительно к членам Федерального конституционного суда речь идет, как правило, о публичных высказываниях по правовым вопросам, имеющим политическое значение, и по общим вопросам политики. Однако научные высказывания не считаются отклонением от правила сдержанности судей. Правда, иногда провести границу между научными и ненаучными заявлениями трудно. Неоспоримо, однако, то, что настоящие проблемы при оценке соблюдения судьей обязанности сдерживаться в суждениях возникают в результате высказываний не строго научного плана по конституционно-правовым, конституционно-политическим и чисто политическим вопросам.

Чаще всего критику недостаточной сдержанности вызывает слишком большая близость судьи к какой-либо партии. Неоспоримым является то, что каждый судья может быть членом какой-либо партии и может действовать в соответствии с ее установками. И все же принадлежность к партиям и партийная деятельность могут порождать сомнения в беспристрастности судьи и тем самым в конечном счете всего суда. Практика избрания конституционных судей показывает, что близость членов ФКС к партийному руководству не способствует их авторитету в кругах специалистов, поскольку вызывает опасения в слишком большом влиянии на деятельность суда установок соответствующей партии. Члены ФКС, являющиеся членами партий, могли бы задуматься над тем, чтобы приостановить свое членство и тем самым на период пребывания в должности сохранять предельную дис-

танцию по отношению к партиям, хотя закон к этому не обязывает.

С точки зрения соблюдения судьями особой сдержанности как служебного долга возникают более значительные проблемы в результате их публичных высказываний.

Служат ли поддержанию доверия к суду различные заявления отдельных его членов, рассчитанные на широкую общественность? В зависимости от формы и содержания высказываний по конституционно-правовым, конституционно-политическим и общеполитическим вопросам они могут уменьшить убежденность граждан в беспристрастности судьи даже в том случае, если сделаны не в форме, не носящем партийно-политического характера.

То обстоятельство, что требуемой законом сдержанности едва ли можно добиться, заставляет поставить вопрос о том, не существует ли для судей ФКС должностной обязанности проявлять особую сдержанность при конституционно-правовых и политических заявлениях за пределами суда в том случае, если соответствующие вопросы могут стать потом предметом судебного разбирательства. Такая сдержанность во многом смягчала бы упомянутую выше проблему отзыва судей.

Принцип «положение обязывает» действует с особой силой в отношении тех, кто носит судейские мантии. Каждый член Федерального конституционного суда должен тщательно и самокритично взвешивать возможную полезность своих высказываний по сравнению с потенциальным их ущербом для авторитета суда.

Независимость в ведении дела, предоставленная судьям ст. 97 Основного закона и закрепленная в § 69 и 25 Закона о судьях, защищает их от всяких указаний, которые касаются судебной деятельности. Правда, ФКС вынужден время от времени обороняться от государственных институтов или влиятельных общественных сил. Однако не было ни одного случая угрозы правовой независимости хотя бы отдельных членов Федерального конституционного суда. Имеющаяся у других судей проблема соотношения между независимостью в ведении дела и служебным надзором здесь не возникает. Параграф 26 Закона о судьях не применяется к членам ФКС. Председатель этого суда — в судопроизводстве старший среди равных — не имеет тех возможностей влияния, которыми в ряде случаев обладают председатели других судов. Независимость в ведении дел связана с осуществлением служебной функции. Она должна позволить судье вести судопроизводство непредубежденно, руководствуясь, как это предписывают ст. 20 и 97 Основного закона, только законом и правом. Осуществление независимости судей в соответствии с правовыми ценностями не только допускает единение с законом, но и включает в себя этот элемент.

Личная независимость является в первую очередь средством защиты служебной независимости. Согласно ст. 97 Основного закона, она означает в принципе несменяемость и незаменяемость судей, что является существенными признаками суда как инсти-

тута власти. Законодательство соответствует в этом смысле требованиям Конституции. Однако личная независимость не абсолютна. В широком смысле она означает внутреннюю свободу в отношении правильности решения, принятого в соответствии с законом и правом. Помимо сменяемости, заменяемости и давления есть и другие опасности для внутренней судейской независимости. Одну из них законодатель усматривал в угрозе не быть переизбранным на новый срок и поэтому запретил переизбрание. Однако не исключается, что сходные проблемы могут возникнуть в связи с размышлениями судьи о возможности занять высокий государственный пост после истечения срока пребывания в судейской должности.

Другая опасность может угрожать внутренней свободе в результате особой близости к внешним силам, в особенности к политическим партиям. Но судья должен оберегать внутреннюю свободу и по отношению к иным силам, заинтересованным в конституционном судопроизводстве, в особенности к организациям, представляющим интересы групп населения, таким, например, как профсоюзы или объединения работодателей, церковь, средства массовой информации и другие выразители общественного мнения.

В конечном счете независимость судьи от всех влияний, которые могли бы помешать принятию беспристрастного решения, базирующегося только на праве и законе, означает также свободу от собственных человеческих слабостей. Здесь очевидны ограниченные возможности правового регулирования. От судей необходимо требовать лишь постоянных усилий по преодолению вредных чувств, настроений и предубеждений, идущих во вред делу.

Особый статус членов Федерального конституционного суда проявляется также в присяге, которую в соответствии с § 11 Закона о Федеральном конституционном суде судья произносит при вступлении в должность на приеме у Федерального президента. Она отличается рядом деталей от общей присяги судей, зафиксированной в § 38 Закона о судьях. Особое правовое положение ФКС и его судей проявляется также в том, что каждый сенат перед началом сессионного года устанавливает принципы, по которым должны распределяться между судьями для доклада заявления сторон о возбуждении процесса. От этих принципов в течение сессионного года можно отходить лишь в связи с перегруженностью или длительным отсутствием одного из судей. При назначении в каждом конкретном случае судьи, докладывающего дело, председатель суда связан упомянутыми выше принципами. Регламент Федерального конституционного суда в различных формах отражает особый статус судей в их отношениях с Председателем ФКС и его заместителем. Возможность принятия Председателем административных решений в отношении судей ограничивается лишь областью права, регулирующего должностные оклады и пенсионное обеспечение.

Б соответствии с законом каждый судья имеет двух помощников с научной подготовкой. Председателям сенатов, имеющим для

ведения дел то советнику, придается также по одному научному сотруднику. Они подбираются самими судьями и действуют на основе их указаний. Эти сотрудники поддерживают судью при подготовке проектов решений сената, но не принимают участия в его заседаниях. Естественно, влияние этих лиц на процесс выработки решений различно. Имевшиеся раньше сомнения правового плана относительно их участия в процессе не пробили себе дорогу. Наряду с силой привычки решающим было то, что судьи без такой поддержки не могли бы справляться с выпадающими на их долю нагрузками.

Тайна совещания, предусмотренная § 43 Закона о судьях, действует и в отношении членов ФКС. Однако § 30, абз. 2 Закона о ФКС дает право сенатам сообщать о соотношении голосов при принятии решений. С 1970 г. в соответствии с § 30, абз. 2 члены ФКС, выражавшие в ходе совещания мнение, не совпадающее с существом решения или его обоснованием, имеют право изложить свое особое мнение, которое прилагается к решению. Это право, предоставленное после длительных споров, не является в политико-правовом отношении бесспорным. Но в ближайшем будущем нельзя рассчитывать на его отмену.

К статусу судей относятся также правила, регулирующие должностные оклады и пенсионное обеспечение. Они должны соответствовать конституционно-правовому статусу судей, значению их должности и деятельности.

5. Природа деятельности ФКС

ФКС является частью судебной власти, органом судопроизводства. Об этом прямо говорит содержание ст. 92 Основного закона, который, таким образом, точно передает волю конституционного законодателя. На уровне обычного права нормативный текст § 1, абз. 1 Закона о ФКС также говорит о его судебной природе. Этому корреспондирует и собственное понимание судом своих задач. Если бы, однако, возникли какие-либо сомнения относительно такой оценки ФКС, то тогда оказались бы фикцией ст. 92 Основного закона и § 1, абз. 1 Закона о ФКС. Следовательно, суд должен был бы в определенных и важных областях своей компетенции не отправлять правосудия, а лишь участвовать в исполнении функций Правительства (например, в разбирательстве по спорам между конституционными органами) или в законодательстве (в первую очередь при проверке действительности правовых предписаний). Тот факт, что ФКС, проверяя конституционность правовых предписаний, как бы выполняет законодательную функцию, часто отмечался и в прошлом. Это была одна из самых спорных конституционно-правовых проблем в период Веймарской Республики.

Некоторые ученые приходят даже к выводу об участии Конституционного суда в законодательстве. Насколько правильно такое наблюдение об интенсивном воздействии юстиции на про-

цесс формирования государственного волеизъявления народа, настолько поспешен вывод, который отказывает в праве на существование юридическому контролю за соблюдением Конституции. Вид и способ получения судебных решений соответствует методам работы судьи, призванного произвести проверку действительности правовых предписаний. Он сравнивает предмет спора (а суд может начать действовать только по поступлении ходатайства) с действующими требованиями относительно законности в той мере, в какой их содержит масштабное правовое регулирование. То что суд в данной связи является с точки зрения интерпретации закона и создателем масштаба оценки, склоняясь к узкому или широкому пониманию его текста, нельзя отрицать (это не является чем-то необычным и в ином судопроизводстве).

Однако сказанное не делает судебное решение актом политической воли. Федеральный конституционный суд остается (если не хочет причинить ущерб собственной легитимационной базе) обязанным действовать юридически обоснованно, что неизбежно отражает компетенцию судей. Решение по результатам проверки действительности правовых предписаний должно быть как акт правового сознания сформулировано так, чтобы его можно было исполнить. Вынесение политического решения подчинено другим правилам. Оно, правда, должно учитывать приоритет Конституции, не осуществляя, однако, ее как программу законодательства. Политика проводит в большей степени (автономно определенные цели большинства, которые достигаются, однако, только в рамках Конституции. Соблюдение этого принципа и является вопросом права. Ясно, что в условиях противопоставления познания права и его формообразования не может быть дан окончательный ответ на трудный вопрос о функциональных границах конституционной подсудности в равнении с другими факторами формирования политической воли народа. По вопросу о соблюдении границ компетенции в конкретном деле, по которому принимается решение, время от времени, естественно, ведутся споры, имеющие актуальное политическое значение.

Для отнесения конституционного судопроизводства к правосудию достаточно понимание существа судебной деятельности ФКС: он является судом, который принимает имеющие обязательную силу решения по делам, связанным с оценкой действительности правовых норм.

Принцип правового государства обеспечивает каждому возможность отстаивать свои права и защищать их средствами суда. Таким образом, доступ в суды открывается общими положениями, делающими упор на признаки состава правонарушения для определения подсудности дела. Равнозначная общая оговорка, которая содержала бы возможные критерии определения конституционной юрисдикции, отсутствует. Прежде всего это указывает на то, что конституционная подсудность по типу своему не принадлежит к полномочиям по обеспечению права, вытекающим из монополии государства на власть и его обязанности осуществлять судопроизвод-

ство в отношении споров между собой и гражданином; в таком смысле она вполне самобытна.

Такая самобытность выражается в перечислении оснований, открывающих доступ в ФКС. Их круг отражает оба исторических корня конституционной подсудности, которая происходит, с одной стороны, из улаживания опоров между факторами двойной конституционной системы, т. е. из суверенитета, первоначально поделенного между монархом и представительством народа (дела о спорах между конституционными органами), а с другой стороны, из «обязанности поддержания мира» членами федерации и центральной властью государства, которая заставляет в случае необходимости выносить на рассмотрение суда спор между этими сторонами. Конституционная подсудность является, очевидно, по своему типу подсудностью, действующей на внутреннем пространстве федеративной государственности. В отличие от обязанности государства обеспечивать действие права, она никоим образом не понимается как нечто само собой разумеющееся. В отношении вида и масштабов дел, в которых внутреннее пространство федеративного государства должно быть открыто для волеобразования с помощью решения суда о правовых связях федеративной государственной власти, необходимо принять недвусмысленные решения на уровне Конституции.

Упомянутая самобытность конституционной подсудности заставляет, исходя из интересов федерации, развивать ее материальную сторону. Правовые отношения во внутреннем пространстве государства являются на уровне Конституции публично-правовыми. Сегмент публичного права, относящийся к конституционной подсудности, должен быть, следовательно, отделен от подсудности административных судов. В законе нет указаний на каталог их полномочий, а для разграничения административной и конституционной подсудности применяется понятие «конституционно-правовой спор», который не должен быть подведомствен административным судам.

Это логично, поскольку федеральный законодатель не компетентен принимать решение о том, ставят ли земли, и если да, то в какой степени, приоритет конституций земель для процесса государственного волеобразования в зависимости от оговорки, содержащейся в решении конституционного суда земли. Для этого необходимо скорее решение конституционного законодателя земли, которое должно уважаться федеральным законодателем. Пробелы, которые могут возникнуть, если рассматривать компетенцию ФКС как оптимальную, не могут быть закрыты ни административным, ни обычным судом. О том, чтобы заполнить самый критический пробел, федеральный законодатель позаботился сам, установив в ст. 93, абз. 1 Основного закона дополнительную компетенцию ФКС по публично-правовым спорам в пределах одной земли.

Творец административно-процессуального закона не изложил свои соображения точнее. Он удовлетворился скромным замечанием о том, что конституционные опоры не относятся к компетен-

ции административных судов, поскольку они в большинстве случаев передаются на рассмотрение особых судов (Федеральный конституционный суд или конституционный суд земли). В этом прежде всего неоспоримо выражено то, что административная подсудность отсутствует везде, где в позитивно-правовом отношении обоснована компетентность Федерального конституционного суда. или суда земельного. С другой стороны, указания на компетенцию, установленную законом, здесь недостаточно, поскольку законодатели земель не обязаны подражать каталогу полномочий, содержащемуся в Основном законе.

Закон, толкующий административную компетенцию, относящуюся к этому спорному пункту, использует формулу, которая с догматической точки зрения не является точной и в пограничных областях ведет к трудностям в ее применении: в соответствии с ней конституционные споры отличаются тем, что толкование и применение Конституции образуют подлинное ядро спора, выражаясь по-другому, спорные правовые отношения должны быть решающим образом сформированы именно конституционным правом. Эта формула отсылает к решению Федерального административного суда, содержащегося в 24-м томе его решений, которое, однако, суд, следуя господствующей теории, теперь больше не использует. Более того, делается вывод, согласно которому правоотношения должны решающим образом формироваться конституционным правом и спор необходимо вести исходя из конституционно-правовых отношений «между конституционными органами или органами, участвующими в конституционной жизни». Только на основе этой формулы можно выполнить требование ст. 19, абз. 4 Основного закона, который обещает каждому гражданину правовую защиту в суде против любого государственного акта, способного нарушить право, независимо от того, в какой сфере создается этот государственный акт, причем как раз и в том случае, когда в споре речь идет об акте, который имеет своей целью толкование и применение конституционно-правовых предписаний. В пользу этого говорит и аргументация закона, который, судя по всему, не хочет вверять административному судье право ^конституционных органов, а с учетом их функционально-правовой системы готов поставить исход спора в зависимость от решения конституционного суда, действующего на основе накопленного опыта, что ведет к монополии ФКС на отклонение законов, принятых парламентом.

6. Виды разбирательств в ФКС

и) Разбирательства по спорам между конституционными органами власти

Правовая защита мысленно и нормативно ассоциируется с защитой субъективного частного или публичного права. Триада: суд — правовая защита — субъективное право, если их считать ассоциированными понятиями, — порождает на основании тек-

ста Конституции ложное впечатление, которое, правда, не причиняет вреда, если воспринять его сознательно: в соответствии с ней Федеральный конституционный суд должен принимать решения по спорам о правах и обязанностях высших федеральных органов или их частей.

Органы, однако, не являются носителями субъективного права; они наделены обязательной компетенцией, которую нельзя отменить, но от нее нельзя и отказаться. Принципом, характеризующим государственность, является категория компетенции. Если придерживаться термина «компетенция», то внутреннее пространство государственного волеобразования не противоречит сути правового пространства, но с другой стороны, учитывает, что государство является правовым сообществом с нормативным порядком установления компетенции, который на уровне конституционно-правовой организации обладает особым качеством. Государственное волеобразование, исполнение и контроль не только закреплены за определенными органами. Созданные Конституцией структуры и их компетенция в связи с реализацией идеи разделения властей, препятствующей их концентрации, также наделены необходимыми функциями и полномочиями.

Это относится как к сочетанию и балансированию властей между собой, так и к сочетанию государственных органов и их контрольных функций внутри одной ветви власти в доверенном им и происходящем на основе разделения труда процессе волеобразования, формирующем в конечном счете единую государственную власть. Такой опорный конституционно-правовой принцип организации благодаря сочетанию («скрещению») властей связывает все власти в единое целое. Благодаря разделению он ограничивает и контролирует государственную власть, обеспечивая свободу, а в целом оказывает на государственное волеобразование рационализирующее и стабилизирующее влияние.

Соблюдение установленного сочетания компетенции, которое всегда содержит в себе запрет вмешиваться в чужие функции, обеспечивает высокую степень самообеспечения во имя последовательного выполнения задач. В этой связи понятна мысль о необходимости защитить функциональный порядок против попыток конституционного органа присвоить себе чужие полномочия. В соответствии с этим Федеральный конституционный суд, а также литература о нем видят цель разбирательства в суде в «функциональной защите политического процесса», в том, что суд действует для «объективной защиты конституционного права». Принимая свои решения, он должен развивать конституционное право и обеспечивать правовой мир для будущего. Таким образом, на первом плане не стоит подтверждение права пострадавшего органа власти, что отвечало бы субъективно-правовому пониманию целей процесса.

Такому пониманию не противоречит и организация разбирательства в суде споров между конституционными органами как состязательного процесса. Более того, такую правовую ситуацию

следует объяснить функциональным воплощением приведенных выше логических посылок. Как стражи своего статуса конкретные руководители учреждений и носители мандатов захотят защищать свою компетенцию и отразить покушения на нее. Естественно, это проявляется прежде всего тогда, когда затрагиваются права меньшинства, ослабляются шансы оппозиции проявить себя. Такая зависимость разбирательства споров между конституционными органами от утверждения о нанесении ущерба компетенции, предоставленной одному из них или его части, позволяет ФКС выступать в качестве суда, разрешающего споры по конкретному делу. Должна быть обеспечена возможность обращения в суд даже с малоинтересным, но академически важным правовым вопросом: суд должен принять решение в любом случае, поскольку существует спор, причем решение по существу дела принимается даже несмотря на отзыв заявителем своего ходатайства.

Если с точки зрения общественных интересов такой подход правилен, то можно дать ответ и на трудный и еще не выясненный вопрос о влиянии принципа прерывности в парламентской деятельности, обусловленного избранием нового состава депутатов, на ведущиеся разбирательства между конституционными органами. При наличии общественных интересов, о которых шла речь выше, ФКС, казалось бы, сохраняет свою компетенцию по принятию решений, если опор между конституционными органами с парламентским участием не завершен до истечения прошедшей легислатуры. Между тем для этого отсутствуют позитивно-правовые исходные данные, подобные тем, которые содержатся в § 51 Закона о Федеральном конституционном суде в отношении обвинения Президента. И конституционное право земель содержит предназначенные для разбирательства споров между конституционными органами особые правила, которые делают возможным принятие решения конституционным судом, несмотря на отсутствие из-за перерыва в легислатуре по меньшей мере одного из участников разбирательства. Без такого позитивно-правового распоряжения, которым пролонгируется способность участвовать в разбирательстве, нельзя обосновать правомочность ФКС принимать решения: только пролонгация способности участия в разбирательстве позволяет вести его как состязательное. В соответствии с этим ФКС не принимает больше решений о разбирательстве по спорам между конституционными органами после истечения легислатуры.

В соответствии со спорной интерпретацией содержания ст. 93 Основного закона и столь же опорным изложением истории возникновения вопроса в сфере разбирательства споров между конституционными органами на ФКС возложена задача принципиального толкования Конституции. Эта позиция базируется на традиции: в XIX в. разрешение спора между органами повсюду считалось аутентичным толкованием Конституции. Такой упор на вопрос толкования непрактичен, поскольку решение все же принимается по определенному делу. Авторы Закона об ФКС учли это

в § 64 и 67 так: не следует абстрактно принимать решения о толковании Основного закона, поскольку предметом ходатайства и соответственно решения должен быть сам спор. Это было бы изменением компетенции ФКС и тем самым нарушением приоритета Конституции, поскольку полномочия, закрепленные в Основном законе, не могут стать диспозицией обычного закона.

Содержащиеся в тексте ст. 93 слова «в связи со спорами» и «толкование Основного закона» дают два отправных пункта для охвата по содержанию компетенции, предоставленной Федеральному конституционному суду Основным законом: сама Конституция, вводя понятие повода для споров, определенно не заинтересована в академических усилиях по разъяснению. Поступая совершенно правильно в методологическо-правовом плане, она стремится к тому, чтобы ее толкование осуществлялось на конкретном материале данного конфликта.

В соответствии с положениями Закона о ФКС суд принимает решение или определение в зависимости от того, состоялось устное разбирательство или нет. Непринятые ходатайства так и обозначаются и отвергаются; необоснованные ходатайства отводятся в случае необходимости в соответствии с Законом о ФКС. Если ходатайство обосновано, суд в соответствии с указанной выше целью разбирательства отмечает в резолютивной части решения, что определенная мера, которая стала поводом для спора, согласно толкованию Конституции, данному судом, противоречит Основному закону. Решение не носит кассационного характера и не обязывает лицо, обратившееся с ходатайством, к определенному образу действий; оно не имеет и формообразующего влияния на отношения между конституционными органами, участвующими в разбирательстве. На будущее конституционное толкование положений об отношениях между конституционными органами остается открытым, поскольку сам Федеральный конституционный суд не связан толкованием Конституции, данным им ранее.

Если разбирательство по спору между конституционными органами завершается без оформленного решения, ссылающегося на Конституцию, это не означает, что для сторон — участниц процессуальных действий не возникают обязанности. Ввиду обязательности решений они в рамках правовых возможностей призваны исправить нарушение Конституции, за которое им высказано порицание.

Содержание ст. 93 по вопросу о процессуальной правоспособности сторон частично идет дальше, чем более подробные положения § 63 Закона о Федеральном конституционном суде. Оно может придать процессуальную правоспособность и тем частям системы конституционных органов, которые в Регламентах Бундстага и Бундесрата наделены собственными правами. В противоположность этому простой закон не в состоянии ограничить установленную Конституцией процессуальную правоспособность перечислением ее субъектов, содержащимся в § 63 Закона о Федеральном конституционном суде. Статью 93, абз. 1 необходимо интер-

претировать отталкиваясь от материального права: конституционные органы, части органов или другие стороны, между которыми может возникнуть конституционный спор в смысле ст. 93, абз. 1 Основного закона, обладают процессуальной правоспособностью и в том случае, если они и не упомянуты в § 63 Закона о Федеральном конституционном суде. Таким образом, процессуальную правоспособность имеют все конституционные органы, т. е. органы, конституированные Основным законом.

Однако не являются конституционными органами (и соответственно сторонами в разбирательстве) такие вспомогательные органы парламента, как Федеральная счетная палата и Уполномоченный Бундестага по обороне. То же самое можно сказать о Федеральном банке—ему не хватает указания в Конституции о его полномочиях. Заведомо исключается из числа конституционных органов граждан, хотя его решение на выборах дает легитимацию организованной государственной власти, и население государства (из-за отсутствия его формирования).

Уточнение, сделанное в ст. 93, абз. 1 Основного закона относительно процессуальной правоспособности конституционных органов, преследует, в частности, цель придать спорам между конституционными органами функцию защиты меньшинства; через правоспособность фракций как необходимых учреждений конституционной жизни оппозиция получает контрольный инструмент для процесса формирования политической воли народа на уровне государственного руководства.

Существует мнение, что в качестве сторон в споре не могут фигурировать политические партии, поскольку они не принимают участия в формировании политической воли народа, осуществляемой непосредственно конституционными органами. Они в большей степени — общественные объединения, чье участие в государственной власти предполагает порог в виде результатов выборов, дающих партии места в парламенте (депутаты, фракции).

Со времени решения по делу о финансировании партий 1966 г. ФКС подчеркивает дистанцированность партий от формирования политической воли народа, осуществляемого государственными органами. Однако суд по-прежнему считает, что «содействие формированию политической воли народа» (ст. 21, абз. 1 Основного закона) так тесно сближает роль партий и государственных органов, что им для защиты своего статуса предоставляется возможность участия в споре между конституционными органами.

В опорах с публичной властью партии выступают как общественные объединения и в соответствии с практикой ФКС могут обращаться туда с конституционными жалобами.

Ходатайство о возбуждении дела подается в ФКС в письменной форме и должно, согласно § 23, абз. 1 Закона о Федеральном конституционном суде, иметь содержание, вытекающее из § 64, абз. 1 и 2 Закона о Федеральном конституционном суде. Ходатайство заявляется в шестимесячный срок, установленный § 64, абз. 3 того же Закона. К обоснованию ходатайства (в соответствии с

§ 64, абз. 2) относится точное указание на право, поставленное под угрозу, или право, которое заявитель считает нарушенным. ФКС, однако, избегает здесь формальной узости, хотя § 64, абз. 2 является обязательным для разбирательства предписанием.

Последствия конституционно-правового решения по спору между конституционными органами связывают не только заявителя и ответчика, но и все конституционные органы за пределами дела, по которому принято решение (§ 31 Закона о Федеральном конституционном суде). Это учитывает § 65 того же Закона, способствуя тем самым достижению цели разбирательства, обеспечивая его большую определенность: он предоставляет другим сторонам, имеющим процессуальную правоспособность, шанс присоединиться к разбирательству.

Сторона, присоединяющаяся к разбирательству, получает статус стороны — участницы его, т. е. право обращаться с собственными ходатайствами в той степени, в какой они связаны с предметом опора, первоначально обозначенным в ходатайстве. Состязательный характер разбирательства между конституционными органами допускает, однако, присоединение только для поддержки одного из главных участников, т. е. того из них, с которым присоединяющаяся сторона связана единством правовых интересов. ФКС считает возможным, что в конституционном опоре между оппозиционной фракцией и Федеральным правительством большинство Бундестага присоединится к разбирательству на стороне Правительства. Это может оказать конституционно-процессуальное содействие единству фракции большинства и Правительства; однако возможно, что Бундестаг сочтет правильным с точки зрения Конституции отказать меньшинству в праве выступать от его имени и в этом смысле идентифицирует себя с Правительством.

б) Споры по проблемам федерации

Компетентность высшей судебной инстанции в федеративном сообществе возникает параллельно с возникновением подсудности в целом: запрещение самопомощи членов федерации в отношениях друг с другом (что знала уже Священная Римская империя) и в отношениях между федерацией и ее членами заставила федерацию иметь в своем распоряжении третейскую инстанцию для защиты собственных интересов. Если суду отводится миссия блюстителя гражданского мира, то он должен быть в состоянии рассматривать столкновения интересов членов федерации, а также конфликты между центральной властью союзного государства и его членами. В связи с этим Конституция не ограничивает круг вопросов, по которым могут приниматься решения, лишь вопросами конституционно-правового характера. Вот почему современная доктрина предпочитает говорить в этой связи о государственной подсудности, поскольку такое понятие включает в себя и не конституционно-правовые споры (например, административно-правовые и частноправовые).

Именно здесь существует потребность в объективной инстанции, которая улаживала бы разногласия мирным путем, на форуме, где упомянутые вопросы ставятся именно как правовые и с учетом этого решаются. Необходимо также помнить, что по Основному закону ФКС является хранителем идеи федерализма. Таким образом, к контролю за соблюдением компетенции добавляется задача постоянно держать в поле зрения проблему защиты самостоятельности земель и их компетенции, необходимой для сохранения ими своей государственности.

ФКС исходит из того, что абстрактная проверка действительности правовых предписаний необязательно является предметом спора между федерацией и землями, как это иногда изображается в литературе. Существует возможность выбора между абстрактной проверкой действительности правовых предписаний и спором между федерацией и землями по поводу утверждения стороны об отсутствии в федеральном или земельном законе указаний на компетенцию участников спора. При этом вопрос о характере разбирательства решает сторона-заявитель. Споры между федерацией и землями являются одной из редких форм разбирательства; это зависит как раз от того, что наиболее частый конфликт, связанный с соблюдением границ компетенции федеральным или земельным законодателем, по прагматическим причинам регулярно разрешается в форме абстрактной проверки действительности правовых предписаний.

Как и спор между конституционными органами, спор между федерацией и землями проводится в виде состязательного разбирательства: стороны спорят о субъективных правах и обязанностях. В отличие от спора между конституционными органами ситуация облегчается тем, что в данном случае стороны, участвующие в процессуальных правоотношениях, являются самостоятельными субъектами права. Федеральный конституционный суд недвусмысленно установил, что помимо споров о компетенции могут возникать также опоры конституционно-правового характера о статусе сторон.

В своем первом решении по вопросам нового районирования ФКС в принципиальном плане констатировал следующее: «Земля не может распоряжаться своими полномочиями в области законодательства; федерация также не может, получив согласие земли, приобрести полномочия в области законодательства, которые не предоставил ей Основной закон. Такого рода соглашение земли и федерации не имеет, таким образом, правовых последствий».

В Основном законе заключено предположение, что государства-члены не будут закрывать глаза на превышение компетенции со стороны федерации по политической, прежде всего финансово-политической, надобности, что партнеры по федеративным отношениям попросят в ФКС защиты от вторжения другой стороны в область своей компетенции. Земли не обладают статусом, предусмотренным нормами международного права, который включает распоряжение собственным суверенитетом; они являются звеньями

в общем правопорядке, хотя и наделены различной компетенцией. Цель разбирательства состоит здесь прежде всего в выполнении функций стража порядка в области компетенции, установленной Конституцией. В связи с этим ФКС в споре по поводу телевидения недвусмысленно указал, что он хотя и должен принимать решение по спору, затрагивающему только четыре земли и федерацию, но «имеет целью прояснить для федерации и земель их объективно-правовое положение в области радио- и телевидения».

Несмотря на то, что ФКС является специализированным судом, имеющим право принятия решений в последней инстанции по делам, связанным с Основным законом, он ни в коем случае не уполномочен толковать нормы обычного права.

Для вступления в действие Федеральному конституционному суду нужен оппор в сфере конституционно-правовых отношений. Кроме того, он должен решать специфическую государственную правовую проблему, связанную с федерацией.

Поскольку спор происходит на уровне федерального конституционного права, недостаточно ссылки на принцип верности федерации. Этот принцип пронизывает все правоотношения между нею и землями, но ведет в Федеральный конституционный суд лишь тогда, когда отношения, в которых он должен действовать, сами являются конституционно-правовыми. Необходимое отграничение конституционно-правовых опоров от неконституционно-правовых может, конечно, создать трудности. Поэтому Федеральный конституционный суд ориентируется на «действительно конституционно-правовой характер претензии, заявленной сторонами, подавшими ходатайство»; помощь в данном случае оказывает формулировка запрошенного стороной решения. Если же главную роль здесь играют обязанности из сферы административно-правовых отношений, то принятие решения относится к компетенции не ФКС, а Федерального административного суда.

В отношении конституционно-правовых споров ФКС обладает монополией на принятие решений. Другие высшие федеральные суды, компетентные в качестве первой инстанции по опорам между федерацией и землями, — Федеральный административный суд и Федеральный социальный суд — должны передать опор ФКС, когда будут убеждены, что речь идет о споре конституционно-правового характера. ФКС принимает затем решение о конституционности этой передачи, причем обязательное для суда, направившего дело.

Сторонами в материально-правовых конституционных отношениях являются федерация и земли. В качестве конституционных органов их представляют правительства как стороны, подавшие ходатайство, и как стороны-ответчики. Это представительство возникает в конкретном случае на основе коллегиального решения соответствующего Правительства.

Право на ходатайство в противоречии с нормативными положениями, которые требуют только наличия разногласий между стороной, обращающейся с ходатайством, и стороной, против ко-

торой оно направлено, обеспечено лишь в том случае, если сторона, обращающаяся с ходатайством, заявляет, что в результате мер, предпринятых другой стороной или не предпринятых ею, нарушены ее собственные права, относящиеся к конституционной сфере.

ФКС разрешает споры, возникающие в связи с исполнением землями федерального права, а также осуществлением федерального надзора и применением принуждения.

Первый случай относится к положению ФКС как специализированного суда по делам Конституции в связи с исполнением землями предписаний текущего федерального права: ФКС должен принимать решения по спору о правомерности исполнения землями федеральных законов, оставаясь в функциональных границах решений по конституционным спорам (предметом спора могут быть именно конституционные границы возможностей воздействия федерации на администрацию земли или закрепленное в Конституции право федерации обеспечивать приоритет федерального закона).

Второй случай касается неясностей в тексте Основного закона, который описывает две различные ситуации: когда говорит о разногласиях относительно «применения землями федерального права и при осуществлении федерального надзора». Трудно представить, что разногласия по поводу исполнения законов сами по себе могут обладать качеством споров без того, чтобы были применены меры федерального надзора.

Не каждый надзорный конфликт между федерацией и землями подпадает под действие ст. 84, абз. 4 Основного закона. В споре о конкордате ФКС недвусмысленно ограничил смысл ст. 84, абз. 4 административным исполнением федерального законодательства. Споры о надзоре вне этой сферы не требуют разбирательства в Бундесрате. Это особенно актуально в отношении дел, касающихся управления по поручению федерации, но относится также к спорам о границах полномочий и о надзоре за пределами ст. 84 Основного закона.

К спорам между землями могут вести принудительные мероприятия со стороны федерации, поскольку возможные меры федерации по принуждению всегда имеют свои корни в круге конституционно-правовых отношений федерации и земель. Земли в соответствии со ст. 93 Основного закона могут защищаться против принуждения со стороны федерации, несмотря на одобрение таких мер Бундесратом в форме обязывающего решения. Необходимо, однако, учитывать, что федерация для выполнения надзорных претензий в широком смысле этого слова не обязательно использует только меры принуждения, предусмотренные в ст. 37 Основного закона.

В связи с предоставленным Бундесрату правом при определенных обстоятельствах принимать решения по своему усмотрению реализация претензий федерации к Бундесрату является делом весьма сомнительным. Более того, он способен добиться вы-

полнения обязанностей со стороны федерации путем направления соответствующего ходатайства непосредственно в ФКС.

Большое практическое значение могут иметь решения ФКС в области управления по поручению федерации: она не всегда обладает правом для навязывания своих правовых указаний; если для эффективного осуществления своей концепции федерация не захочет поставить себя в зависимость от Бундесрата, возможно, политически настроенного иначе, чем парламентское большинство, она предпочтет избрать непосредственный путь в ФКС в соответствии со ст. 93, абз. 1 Основного закона, и наоборот, земли могут найти защиту в суде против недопустимого надзора.

В соответствии с Законом о Федеральном конституционном суде он принимает решения и «о публично-правовых спорах между землями». Эта его компетенция распространяется на все публично-правовые споры между землями, как административно-правовые, так и конституционно-правовые, в целях соблюдения мира в федерации. Для административно-правовых конфликтов вступают в силу компетенции, предусмотренные Положением об административных судах и Законом о социальных судах. Разбирательство происходит в таких случаях по образцу споров между федерацией и землями в той части, которая касается правоспособности сторон, права на ходатайство, его, форму и сроки. В решении возможно также подтверждение обязанности стороны, против которой заявлено ходатайство, и понуждение ее к совершению какого-либо действия.

*в) Разбирательства с целью проверки действительности
правовых предписаний*

Право проверки действительности правовых предписаний дает судьям полномочие принимать решения о правовой силе юридических норм. При этом поводы и содержание вердикта могут быть различными: связанный законом судья всегда имел своей задачей найти нормы, применимые к тому делу, по которому он принимает решение. Это его должностная обязанность по осуществлению правосудия. Сказанное касается и решения о том, действует ли норма, подлежащая оценке, во времени и в пространстве.

В проверке действительности правовых предписаний скрывается частица «имперского» (федеративного) надзора, который осуществляется ФКС.

Принятие решения по поводу коллизии в сфере правопорядка не должно создавать напряженности в отношениях судьи и законодательной власти: может прозвучать упрек, что суд узурпирует функции легислатуры, но судья не оценивает правильность решения законодателя, а регулирует конкурирующие притязания применительно к делу, по которому принимается решение.

Решение о коллизии в сфере правопорядка предполагает два направления судебной проверки действительности правовых предписаний, обеспечивающей приоритет Конституции: оно делает не-

обходимым сравнение норм различной юридической силы, а также заставляет исходить из того, что конституционные положения могут быть основой нормативного юридического толкования, которое, естественно, указывает законодателю границы его возможностей.

Следующая задача — отличить справедливое от несправедливого путем вынесения судьей решения, связать законодателя в осуществлении его функции правом, которое нельзя изменить даже ему.

Основной закон ФРГ лишил почвы аргументы, направленные против судебной проверки действительности предписаний закона, ограничив свободу творчества законодателя путем провозглашения его обязанности соблюдать основные права личности и путем установления конституционных границ компетенции, а также включив одновременно судебную проверку действительности предписаний законов в перечень прав ФКС. Эта проверка не может быть расценена как недемократическая. Здесь Основной закон на высшем уровне урегулирования высказался в пользу принципа принятия решений большинством, но защищающего при этом интересы меньшинства.

Рассматривая понятие проверки действительности правовых предписаний, необходимо прежде всего отличать само право проверки конституционности какой-либо нормы от права делать по результатам проверки вывод о возможности отклонения нормы. Проверка действительности правовых предписаний осуществляется на практике каждым судьей уже в силу занимаемой должности; он может применять только право, соответствующее Конституции, т. е. обязан осуществлять соответствующую проверку применяемых норм. Вопрос о действительности нормативных актов становится, таким образом, вопросом о вынесении решения по конкретному делу. Право на отклонение законов, принятых парламентом, сконцентрировано у нас в ФКС. К проверке действительности правовых предписаний относится также решение, выносимое по конституционным жалобам, которые опираются на утверждение, что в конкретном случае применялось право, противоречащее Конституции.

Конституционность закона определяется решением ФКС по конституционной жалобе, принимаемой по конкретному делу. Право оценки законов с точки зрения конституционности сконцентрировано в ФКС и в случае проверки действительности правовых предписаний без конкретного повода, т. е. если вопрос о действительности ставится в общей форме (абстрактно). В этих случаях следует принимать решение о действительности норм в принципиальном плане.

При абстрактной проверке действительности правовых предписаний суд может действовать только на основании ходатайства; осуществление таких действий в должностном порядке исключается. Имеющие право обращаться с ходатайством перечислены в ст. 93 Основного закона: это федеральное правительство, пра-

вительство земли (на основе решения Кабинета), а также 1/3 от общего числа членов Бундестага. Число тех, кто может обращаться с ходатайством, нельзя, как в случае споров между конституционными органами, расширять путем толкования; таким образом, политические партии не имеют права обращаться в суд с ходатайством. Однако уже вследствие того, что право на ходатайство имеют, как минимум, 1/3 членов Бундестага или правительство земли, политически настроенное иначе, чем большинство Бундестага, обеспечивается возможность оппозиции, имеющей соответствующий статус на парламентском уровне федерации или на уровне правительств земель, а также Федеральному правительству по отношению к оппозиционному правительству земли воспользоваться судебным путем для продолжения спора о законодательстве, в котором политическая оппозиция уступает в силе.

В соответствии с недвусмысленным текстом ст. 93 органы, имеющие право на ходатайство, могут избрать поводом для обращения в Конституционный суд с целью проверки действительности правовых предписаний разногласия или сомнения относительно конституционности какой-либо нормы, причем такие сомнения должны иметь практическое значение. Разбирательство с целью установления действительности какой-либо нормы может проводиться и в том случае, если она ранее не применялась исполнительной или судебной властью из-за убежденности в ее противоречии Конституции.

В описываемом разбирательстве отсутствует сторона, против которой заявляется ходатайство; нет и срока. Таким образом, с точки зрения правовой процедуры оно не носит состязательного характера. Следовательно, это объективно-правовое разбирательство с целью соблюдения целостности Конституции, правового мира и неприкосновенности порядка распределения компетенции в федерации; речь идет о прояснении конституционно-правового положения. Из этого следует, что начало разбирательства не может быть поставлено в зависимость от конкретного интереса, подлежащего правовой защите, и каждый, кто имеет право обращаться с ходатайством, может сделать предметом разбирательства в Конституционном суде любое сомнение в правовой норме. Таким образом, например, правительство земли может подвергнуть проверке право другой земли, не навлекая на себя упрек в том, что избрало путь в ФКС без легитимации интереса, подлежащего правовой защите. Суду до сих пор не приходилось отклонять, как недопустимые, ходатайства о разбирательстве с целью проверки действительности правовых предписаний. Таким образом, складывается впечатление, что круг тех, кто имеет право на ходатайство, определен рационально.

В качестве объекта проверки фигурируют правовые нормы любого уровня, будь то федеральное право или право земель. На практике предметами спора в разбирательствах с целью судебной проверки действительности правовых норм уже были законы, изменяющие Конституцию, причем как формальные, так и матери-

альные: формальные законы, такие, как закон о, бюджете или ратификации международных договоров, а также законы земель, одобряющие заключенные ими государственные договоры, и такие материальные нормативные акты, как правовые распоряжения и уставы.

Что касается законодательства Европейского сообщества, то здесь надо проводить различия. В том случае, когда ФРГ применяет конституционную норму (ст. 24, абз. 1 в сочетании со ст. 59, абз. 2 Основного закона) и путем заключения договора передает некоторые свои суверенные права Сообществу, это национальный акт, подлежащий проверке со стороны ФКС, как и другие международные договоры с участием ФРГ. Особенности имеются только в отношении масштабов проверки: по своему содержанию договор не может подвергаться проверке каждой детали на соответствие Конституции; проверяется только, выдержаны ли правовые принципы интеграции.

Для того чтобы норма стала объектом проверки, она должна вступить в законную силу. Отказ от превентивной проверки действительности правовых предписаний вытекает из ст. 93 Основного закона (ведь предметом ходатайства должно быть право). Если норма, подвергающаяся контролю, утратила свое действие к моменту проверки, то возможность последней зависит от того, оказывает ли эта норма влияние и после этого; разумеется, оценка такой ситуации может быть предметом разногласий или сомнений.

Критерием оценки федерального права является не только Основной закон, но и другое федеральное право, принятое в виде закона. Параграф 76 Закона о Федеральном конституционном суде точно отражает такое положение. Право земель проверяется на его соответствие федеральной Конституции и текущему федеральному праву.

Предмет проверки определяется ходатайством, причем выдерживается принцип, согласно которому суд для принятия решений не может действовать в должностном порядке.

Из концепции проверки действительности правовых предписаний как чисто объективного разбирательства вытекает, что ходатайство имеет значение только для начала такого разбирательства. Сторона, заявившая ходатайство, не может позднее путем его отзыва распорядиться предметом спора. Здесь решающим является уже объективная заинтересованность в прояснении предмета спора.

Как уже упоминалось, абстрактная проверка действительности правовых предписаний не понимается как разбирательство составительское. Однако реальность свидетельствует, что § 77 Закона о ФКС предоставляет сторонам, имеющим право высказать свое мнение, достаточно возможностей для того, чтобы прежде всего в ходе устного разбирательства вести процесс именно в таком духе. Прения между исполнителями политических ролей, в которых могут принимать участие и другие заинтересованные участники, по

меньшей мере частично предотвращают абстрактность разбирательства, создающую проблемы для выявления права. Но нельзя считать неправильным утверждение, что абстрактный характер проверки действительности правовых предписаний создает некоторые проблемы. ФКС действительно вынужден принимать решения, не имея в своем распоряжении материалы конкретных дел и не получая помощи от обладающих опытом специализированных судов. Эту абстрактность необходимо учитывать.

В ст. 100 Основной закон четко отвечает на вопрос, должен ли каждый судья быть стражем Конституции; в рамках деятельности судьи его обязанностью, основанной на компетенции, является проверка правовых норм, имеющих важное значение для принятия решений, с точки зрения их соответствия Конституции. В этом смысле все судьи равны перед Конституцией. Однако за ФКС остается последнее слово, тем самым он выполняет существенную функцию, помогая путем обязывающих разъяснении конституционно-правовых вопросов избегать разноречия судебных решений, правовой неуверенности и раскола в праве. Понятно, что за такую систему судебного обеспечения Конституции приходится платить соответствующей рабочей нагрузкой, ложающейся на ФКС, который должен принимать для рассмотрения запросы других судей. ФКС завоевывает в отношении конкретной проверки действительности правовых предписаний позиции, аналогичные тем, которые занимает Верховный суд США. Но ФКС не обладает возможностями Верховного суда США, поскольку должен отвечать только на вопрос, поставленный судьей при принятии решения по делу о конституционности правовой нормы, имеющей важное значение для принятия решения общим судом.

Делать запросы в ФКС могут все суды, т. е. все инстанции, выносящие постановление по делу, которые независимы и облечены функцией правосудия. На основе приведенной формулы право запроса имеет и судья арбитражной инстанции, а также судья, ведущий реестр, члены судов чести и военных судов; в то же время не обладает правом запроса судья в месте исполнения наказания, а также служащий суда, не имеющий статуса судьи. Как правило, правом запроса обладает суд, принимающий решение по делу, а при необходимости — коллегия, включая заседателей.

Что касается предмета проверки, то необходимо учитывать некоторые особенности в сравнении с абстрактной проверкой действительности правовых предписаний; запрос может касаться только формального федерального права и права земель, вступившего в силу. По смыслу ст. 100 Основного закона не каждый судья может усомниться в содержании воли парламента; его поведение по отношению к конституционным органам может быть скорректировано в последней инстанции только конституционным образом.

Нужно, чтобы правовые акты, в отношении которых делается запрос, имели важное значение для решения, принимаемого судьей; судья должен убедиться в противоречии такой правовой нормы и Конституции; то и другое ему придется обоснованно из-

ложить в ФКС. Смысл формулы: «норма, имеющая важное значение» — логически прост: она важна, если суд при установлении недействительности ее должен был бы принять другое решение по иску в зависимости от содержания нормы.

а) Разбирательства по защите Конституции

Государство, которое было оформлено Основным законом, еще не переживало разбирательства обвинения против Президента. Конечно, маловероятно, что когда-либо дело до этого дойдет, поскольку Президент, попавший под подозрение и видящий ситуацию, при которой ему могут предъявить обвинения для отстранения от власти, вряд ли останется на своем посту уже под давлением общественного мнения. Это, однако, не делает лишним институт обвинения Президента в соответствии со ст. 61 Основного закона и § 13, 49—57 Закона о Федеральном конституционном суде, ввиду того что из-за невозможности привлечь Президента к ответственности его нельзя отстранить другим образом. В настоящее время существует единство взглядов в том, что разбирательство о таком обвинении не должно носить характера квазиуголовного процесса.

Возбуждение обвинения предполагает наличие серьезного упрека в преднамеренном нарушении Конституции или закона. Характер органов, которые могут возбуждать подобное обвинение, подчеркивает, что речь должна идти о нарушении нормы, имеющем государственно-политическую значимость. Для предложения о возбуждении обвинения требуется 1/4 голосов членов Бундестага или Бундесрата, а для принятия решения о возбуждении обвинения — большинство в две трети голосов членов каждого из этих органов. Обвинение должно быть возбуждено вскоре после того, как стали известными упреки в адрес Президента (трехмесячный срок — § 50 Закона о Федеральном конституционном суде); в обвинительном заключении, направляемом в ФКС, обвинение должно быть конкретизировано и приведены доказательства (§ 49 Закона о ФКС). Разбирательство имеет некоторые черты уголовного процесса с весьма существенным предварительным расследованием, проводимым ФКС или более конкретно — одним из его судей, который должен входить в состав первого сената, поскольку второй сенат компетентен в этом деле по существу, а следственный судья не может принимать решение в устном разбирательстве. В резолютивной части решения, принимаемого двумя третями голосов судей, констатируется нарушение Конституции или федерального закона, после чего суд может принять решение о лишении Федерального президента его должности.

В соответствии со ст. 98 Основного закона и Законом о Федеральном конституционном суде ФКС может обвинить в нарушении принципов Основного закона или конституционного строя какой-либо земли других судей. Правовые последствия могут быть различны; в случае установления умышленного нарушения ФКС

может принять решение об увольнении судьи, в других случаях — о переводе его на другую должность или уходе в отставку. Для вынесения решения необходимо большинство в 2/3 голосов судей. Но такое разбирательство не приобрело практического значения.

Опыт тоталитарных режимов диктует ограничения нетерпимости по отношению к врагам демократии. Покушение претендента на власть, забывающего о правилах демократии, на основные права могло бы сопровождаться претензией на защиту основополагающих свобод, если бы конституционный строй решительно не ставил тому границы; он лишает легитимации действия всех тех, кто хочет устранить свободу конституционного строя и ее предпосылки с целью воспрепятствовать самореализации демократии. Поэтому по закону возможно лишение тех основных прав, которые имеют важное значение в борьбе за политическую власть. Разбирательство об их утрате (в соответствии со ст. 18 Основного закона) играет роль превентивной защиты Конституции от действий отдельных лиц,

В принятии решений о поражении в правах ФКС принадлежит монополия. Начало разбирательства связано с подачей ходатайства. Право заявления его принадлежит Бундестагу, Федеральному правительству и правительству земли. В соответствии с § 36 Закона о ФКС ходатайство подается по усмотрению органов, имеющих такое право. До сих пор в соответствии со ст. 18 Основного закона заявлялись подобные ходатайства лишь в двух случаях, так что даже ставился вопрос о том, что это предписание устарело. Разбирательство о поражении в правах происходит с предварительным разбирательством (§ 37 Закона о ФКС), предварительным расследованием, слушанием в суде и допущением обысков и изъятий.

Решение о поражении в правах принимается большинством голосов, предусмотренных в § 15 Закона о ФКС, т. е. как формообразующее решение: вместе с решением вступают в силу юридические последствия утраты прав. ФКС обладает широкими штрафными полномочиями, применяемыми по его усмотрению.

На тех же соображениях, что и разбирательство о поражении в правах, основывается разбирательство о запрете политических партий в соответствии со ст. 21 Основного закона, § 13 и 43 Закона о ФКС, § 32 и 33 Закона о политических партиях. Как подчеркнул Федеральный конституционный суд в решении по делу КПП, ст. 21 Основного закона не находится в противоречии с принципами Конституции: «Она является выражением сознательной конституционно-политической воли решить конфликтную проблему свободного демократического строя и отражает опыт конституционного законодателя, который в определенной исторической ситуации не считает себя в состоянии осуществлять в чистом виде принцип нейтральности государства по отношению к политическим партиям и в этом смысле является признанием принципа «воинствующей демократии».

Опасность коллективного выступления против Конституции ведет в этом случае к некоторым отклонениям от порядка разбирательства о поражениях в правах. Обращение с ходатайством о запрете партии осуществляется по усмотрению органов, имеющих на это право; таковы Бундестаг, Федеральное правительство и правительство земли. До сих пор оно подавалось относительно Социалистической имперской партии и КППГ, хотя, как видно из докладов Ведомства по охране Конституции, существуют и другие партии, преследующие антиконституционные цели.

В соответствии со ст. 21 Основного закона в резолютивной части решения суда констатируется антиконституционность той или иной партии. Правовые последствия этой констатации для организации, которая до этого решения охранялась ст. 21 Основного закона, могут наступить лишь после решения суда, а прерогативу на его принятие имеет ФКС. Антиконституционность партий становится признаком правонарушения, учитываемого при принятии решений другими органами, например при проведении экзамена на годность претендента на государственную службу (§ 4 Закона о прохождении службы чиновниками). С решением об антиконституционности партии связаны такие правовые последствия, как роспуск партии и запрет создания заменяющих ее организаций, что четко закреплено законом. В резолютивной части решения говорится, кроме того, о потере мандатов депутатами антиконституционной партии, что также вытекает из существующих законов (§ 45 Федерального закона о выборах). В своем решении ФКС может, наконец, предписать изъятие имущества партии.

д) Разбирательство по проверке правильности выборов

Полномочия Федерального конституционного суда по проверке правильности выборов основываются на ст. 41 Основного закона в сочетании с § 13 и 43 Закона о ФКС, а в материально-техническом и процессуально-правовом отношении тесно связаны с компетенцией Бундестага по проверке правильности выборов. Цель такого разбирательства — защита объективного избирательного права, которая должна обеспечить законный состав Бундестага. Таким образом, для обоснованности ходатайства о проверке правильности выборов важно не то, нарушены ли субъективные права граждан, поскольку это нарушение само по себе не оказывает влияния на состав Бундестага. Этот акцент в целях разбирательства — контроль за законностью состава парламента — не нарушает ст. 19, абз. 4 Основного закона.

Разбирательство о правильности выборов оттесняет другие разбирательства, касающиеся выборов и проводимые Федеральным конституционным судом. Это, однако, не исключает того, что в таком разбирательстве суд косвенно защищает субъективные права по участию граждан в выборах, т. е. права, покоящиеся на Основном законе. Так, при предварительном рассмотрении во-

проса он проверяет конституционность Закона о выборах, поскольку иначе нельзя принимать решения о действительности самих выборов. И в подобных случаях он устанавливает наличие тех или иных отклонений, однако до сих пор жалобы такого рода еще ни разу не увенчались успехом, поскольку отклонения не были столь существенны, что можно было констатировать их влияние на состав парламента.

е) Конституционная жалоба

В соответствии с Основным законом и Законом о ФКС каждый гражданин может подать конституционную жалобу, ссылаясь на нарушение своих основных прав публичной властью. Защита этих прав является задачей каждого судьи. С этой точки зрения понятно, что Парламентский совет не включил конституционную жалобу в круг полномочий ФКС. Однако создатели Закона о ФКС ввели институт конституционной жалобы, что является опорным решением. Его противники говорят, что поскольку существуют гарантии безупречной правовой защиты, предусмотренной ст. 93 Основного закона, введение конституционной жалобы является правовым излишеством. Высказываются сомнения в отношении судей, которые могли бы злоупотреблять этим юридическим средством, а также в отношении злонамеренных лиц, которые могли бы попытаться с помощью узаконенных средств уклониться от выполнения своих обязанностей. Реальная жизнь показала, что предостерегающие голоса были не так уж не правы. Рабочая нагрузка на суд является такой, что он едва с ней справляется. Конституционная жалоба стала основным путем реализации Закона о ФКС. До конца 1984 г. поступило почти 60000 конституционных жалоб, из которых увенчались успехом 1,25%.

Функционально конституционная жалоба содержит в себе как индивидуальную гарантию защиты гражданина, основные права которого нарушены, так и объективно-правовые компоненты: она служит охране Конституции, защищая личный интерес пострадавшего, она должна также способствовать обеспечению, толкованию и развитию конституционного права и в этом смысле является также специфической гарантией объективного конституционного права. Такой подход имеет значение и для объема проверки: Федеральный конституционный суд рассматривает конституционную жалобу в отношении не только изложенных в ней нарушений основных прав, но и всех других конституционно-правовых недостатков.

Жалобы подаются на нарушение основных прав публичной власти. Разбирательство может касаться того, кто подлежит ответственности, т. е. может заходить так далеко, как простирается национальный правопорядок.

Текст нормы, говорящий о публичной власти, подразумевает государство во всем его организационном многообразии. Публичная власть способна нарушать основные права своими действия-

ми или бездействием, путем принятия решений, имеющих правовые последствия, а также путем фактических действий. Наконец, конституционная жалоба может «атаковать» публичную власть в тех ветвях, на которые она в правовом отношении разделяется: жалоба может направляться против законов, принятых парламентом, против постановлений и решений. Сам ФКС следующим образом указывает на предпосылки конституционной жалобы: «Допустимость конституционной жалобы предполагает утверждение лица, подавшего жалобу, что актом публичной власти нарушены его основные права. Этот акт в состоянии нанести ущерб правовой позиции самого лица, подавшего жалобу, непосредственно и в настоящее время».

Конституционная жалоба не является иском, который может быть предъявлен любым лицом. Вот почему лицо, обращающееся с жалобой, обязано не только утверждать, что затронуты его интересы, но и понятно это изложить; должна быть очевидной возможность нарушения основного права гражданина. Формула «теории возможностей» позаимствована из административно-процессуального законодательства. В соответствии с этим лицо, подавшее жалобу, несет бремя доказывания. Конституционная жалоба защищает от посягательств те основные права, которые нарушаются не только активными действиями, но и бездействием. Это создает проблемы при наличии утверждения, что деятельность законодателя привела к нарушению основных прав. Поскольку бездействие получает правовую значимость только тогда, когда существует обязанность к действию, для допустимости конституционной жалобы против бездействия законодателя, казалось бы, всегда есть основания. Ведь совершенно очевидно, что текст Основного закона не всегда содержит поручения к действию, адресованные парламенту.

В процессе по конституционным жалобам применяются предписания, устанавливающие порядок обращения с ними. Жалоба может подаваться в ФКС только в письменном виде; в ней должны быть достаточно точно обозначены автор и предъявляемая к рассмотрению претензия. Далее в жалобе надлежит указать обоснование, включающее в себя перечисление нарушенных прав и обозначение государственного акта, против которого подается жалоба. Конституционная жалоба связана сроком. Он составляет год в отношении законов и других актов верховной власти, в других случаях действует месячный срок. Конституционные жалобы против бездействия допустимы до тех пор, пока бездействие продолжается.

Конституционные органы, имеющие право на высказывание своей позиции в разбирательстве, могут присоединиться к процессу; таким образом, они тоже получают статус участников процесса. С учетом этого им также должны направляться приглашения, доставляться документы и решения; они имеют процессуальное право на запросы, могут знакомиться с актами и обращаться с ходатайствами об отводе судьи в связи с его предубежденностью.

Ввиду чрезмерной загрузки ФКС такими жалобами он практически с самого начала искал пути для облегчения своего положения. Обращение гражданина в суд рассматривается предварительно вне заседания и если не отвечает предписаниям закона, то заносится в общий регистр, который ведется президиумом суда. Истец, подающий жалобу, может в связи с ее внесением в регистр настаивать на том, чтобы с ней обращались как с конституционной жалобой. Если планка общего регистра преодолена, это еще не означает, что конституционная жалоба будет рассматриваться судом. В принятии жалобы может быть отказано по следующим причинам: если обращающийся с ней не оплатил аванс в счет погашения расходов; если конституционная жалоба вообще неопустима и вряд ли имеет достаточно шансов на успех; если палата, предварительно рассматривающая жалобу, выскажет предположение, что сенат не будет принимать по ней решение. Палата может принимать решение об отказе в приеме жалобы только единогласно. В случаях, когда единогласие не достигнуто, конституционная жалоба принимается, если по меньшей мере двое судей считают, что от решения дела зависит прояснение конституционно-правового вопроса или что истцу причиняется тяжелый и неустрашимый ущерб. Необходимость в правовой защите отсутствует, если преследуемая цель может быть достигнута другим путем, в особенности путем обращения в обычные суды или принятия истцом собственных мер. После отклонения жалобы необходимость в правовой защите может возникнуть вновь, если изменится фактическое положение дел. Возможны причины, которые делают неотложным принятие временного распоряжения ФКС по делу. Это касается прежде всего ситуации, когда должно быть прекращено исполнение закона, уже вступившего в силу. Только в исключительных случаях временное распоряжение оправдано наличием материального ущерба, причиненного отдельным лицам. ФКС взвешивает последствия, которые наступили бы, если бы временное распоряжение не было принято, а в дальнейшем процессе оспариваемые меры были бы признаны антиконституционными, и сравнивает их с ущербом, который был бы причинен, если бы применение оспариваемого урегулирования было временно приостановлено; при этом учитываются не только интересы лица, подавшего жалобу, но и все относящиеся к делу аспекты.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	1
Часть 1. Основные принципы конституционного государства	
I. Государство и конституция (И. Изензее)	5
II. Достоинство человека как основа демократической государственности (П. Хеберле)	14
III. Республика (В. Хенке)	23
IV. Демократия как конституционный принцип (Е. В. Бёкенфёрде)	33
V. Парламентская демократия (П. Бадура)	44
VI. Правовое государство (Е. Шмидт-Асман)	53
VII. Социальное государство (Х. Ф. Цахер)	63
VIII. Федеративное государство (О. Киминних)	74
Часть 2. Формирование воли народа	
IX. Политическое волеобразование в обществе (В. Ш. Глезер)	84
X. Политические партии (Ф. Куниг)	100
XI. Демократические выборы и избирательная система (Г. Майер)	121
Часть 3. Государственные органы федерации	
XII. Бундестаг (Г. Кляйн, В. Цее)	152
XIII. Бундесрат (Р. Герцог)	201
XIV. Федеральный президент (К. Шлайх)	216
XV. Федеральное правительство (М. Шредер, Н. Ахтенберг)	238
XVI. Федеральный конституционный суд (Г. Рёллеке, В.К. Гек, В. Лёвер)	272

Книга представляет собой первый из двух томов сокращенного перевода с немецкого на русский язык семитомного исследования «Государственное право Германии», написанного большим коллективом немецких ученых-юристов. В этом томе рассмотрены основные принципы конституционного устройства ФРГ, пути формирования политической воли народа и высшие государственные органы страны: Парламент, Президент, Правительство и Федеральный конституционный суд.

Издание рассчитано на государствоведов, политологов, историков, публицистов, народных депутатов, работников госаппарата и юстиции, педагогов и студентов вузов, а также на всех интересующихся проблемами конституционного развития и государственного строя крупнейших современных государств.

*УТВЕРЖДЕНО К ПЕЧАТИ ДИРЕКЦИЕЙ ИНСТИТУТА
ГОСУДАРСТВА И ПРАВА РАН*

Редакторы С. А. ПАРШИНА, М. М. СЛАВИН
Корректор М. М. САПОЖНИКОВА
Художник М. Л. БЛОХ

Лицензия ЛР № 061639 от 29.9.92 г.

Сдано в набор 3.12.93 Подписано в печать 30.12.93. Формат 60×90¹/₁₆.
Печать высокая Объем 20 л Тираж 3000 экз. Зак. 1574 Цена договорная

Щербинская типография, г. Москва, 142002, ул. Типографская, д. 10.