

ОГЛАВЛЕНИЕ

Вместо предисловия	8
Глава 1. КОНСТИТУЦИЯ КАК РЕЗУЛЬТАТ СТРАХА И ЕЕ ПРИНЯТИЕ	11
1.1. Порождения страха	11
1.2. Виды страха	16
1.2.1. Боязнь корпоративизма	16
1.2.2. Венгерские страхи	17
1.2.3. Тожественность	18
1.3. Одиссей привязывает себя к мачте	19
1.4. Опасности дефиниций	20
1.4.1. Понятие конституционализма	20
1.4.2. Концепция конституции	24
1.5. Конституционная власть	26
1.6. Что предшествует конституции? Порядок и принятие	32
1.6.1. Потребность в безопасности	32
1.6.2. Однородность общества	33
1.6.3. Гражданство (натурализация)	34
1.6.4. Гарантия сосуществования	35
1.7. "Содержание" конституции: нейтральность или общие цели?	37
1.8. Правовая природа конституции	47
1.8.1. Верховенство конституции. Сложность процедуры внесения поправок как средство охраны конституции	47
1.8.2. Внесение поправок в конституцию	47
1.8.3. Обязывающий характер конституционных норм	51
Глава 2. УКРОЩЕНИЕ ДЕМОКРАТИИ	57
2.1. Разбавленный народный суверенитет и слабая демократия	57
2.2. Власть большинства	62
2.3. Конституционное ограничение демократии	64
2.4. Референдум и дестабилизация	71
Глава 3. "ОПАСНЫЕ СВЯЗИ": СИСТЕМА "СДЕРЖЕК И ПРОТИВОВЕСОВ" И РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ	77
3.1. Система уравнивания	77
3.2. Обособление и зависимость в начальной и конечной стадиях	84
3.2.1. Создание	84
5	
3.2.2. Персональная зависимость	94
3.3. Разделение функций и совместные решения	96
3.4. Другие противовесы	101
3.4.1. Роль судебных органов в балансе властей	101
3.4.2. Федеральное (вертикальное или горизонтальное)разделение властей	102

3.5 Когда противовес превращается в перевес?	104
3.6 Какие уроки для конституционализма вытекают из выше сказанного?	105
Глава 4. ПАРЛАМЕНТАРИЗМ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	109
4.1. Метаморфозы парламента	109
4.1.1. Эволюция парламентаризма и превращение его в систему представительного правления	109
4.1.2. Роль народного суверенитета в условиях парламентаризма: свободный мандат	113
4.1.3. Парламент - шикарный клуб для джентльменов	117
4.1.4. Критика классического парламентаризма. Партийное господство и корпоративные собрания	120
4.2. Структура и функционирование парламента	125
4.2.1. Парламент как институт	125
4.2.2. Свободная дискуссия и условия принятия решения.	133
4.2.3. Самоопределение парламента	139
4.2.4. Коллективные участники	144
4.3. Одна или две палаты	152
4.4. Законодательный процесс	158
4.4.1. Первичное правотворчество	158
4.4.2. Делегированное законодательство	164
Глава 5. ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ	174
5.1. Обвораживающее воздействие эффективности	174
5.2. Кто или что считается главой исполнительной власти?	177
5.2.1. Короли и президенты	177
5.2.2. Правительства, главы правительств	181
5.3. Прерогативы исполнительной власти	184
5.3.1. Прерогативы по сравнению с парламентскими	184
5.3.2. Усложнение процедуры вотума недоверия как средство защиты правительства	185
5.3.3. Законодательная инициатива и замена закона	189
5.3.4. Бюджет	191
5.4. Миф об ответственности	195
5.5. Внутренняя структура исполнительной власти	199
Глава 6. ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И ЕГО ПРОВОДНИКИ	205
6.1. Верховенство права и правовое государство	205
6.2. Отправления правосудие	218
6	
Глава 7. КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД. КТО СТЕРЕЖЕТ СТРАЖЕЙ?	225
7.1. Мэдисон проигрывает процесс и выигрывает полномочия	225
7.2. Триумф судебного контроля	232
7.3. Толкование и пересмотр конституции	238
Глава 8. ОСНОВНЫЕ ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА	245
8.1. Свобода и права человека	245
8.2. Определение основных прав	255
8.2.1. Следует ли доверять определению основных прав законодательному органу?	255

8.2.2. Какие основные права должна защищать конституция?	259
8.3. Что следует из основных прав?	270
8.3.1. Ограничение государственной власти	270
8.3.2. Влияние основных прав на негосударственные отношения	272
8.4. Ограничение основных прав: примирение государства и свободы в конституционализме	276
8.4.1. Ограничение основных прав	276
8.4.2. Пределы ограничения прав	279
8.5. Для чего нужны основные права, особенно свобода, которую многие считают лишь источником хаоса, безнравственности и злоупотреблений?	283
8.6. Точность определения	285

7

Моему отцу посвящается

ВМЕСТО ПРЕДИСЛОВИЯ

В начале 1994 г. американским научным обществом American Council of Learned Societies (ACLS) мне было предложено написать популярную книгу для широкого круга читателей о том, зачем Венгрии нужна конституция. Завершив над ней работу, я подумал, что и для читателей других бывших социалистических стран может представлять интерес краткое введение в конституционализм, написанное на основе опыта посткоммунистического периода.

Понятие "конституционализм", словно широкое покрывало, может охватывать многое. Я не буду уделять внимание только тому, что явно из-под него выбивается. Так, остались в стороне расчеты на основе партийных интересов, соображения сиюминутной политики. Догм же, если только они "помещаются под покрывалом", я как раз не оспариваю. Не могу сказать ничего плохого, например, о монархической форме правления, ибо при должном ограничении власти короля она может быть полностью конституционной.

Что же касается тоталитарных или корпоративных форм правления, то в данной работе я заявляю однозначно: они недопустимы. Это неприятие категорично даже в тех случаях, когда они у многих находят одобрение.

Продолжая традиции Ф. Бэкона, своей задачей считаю также развенчивание "идолов" [¹] — ошибочных представлений, заблуждений, парализующих наш разум. Это тем более важно, что ошибочные взгляды, пришедшие в Венгрию из различных эпох, начиная с доктрины Короны Святого Иштвана и кончая якобинско-коммунистическим учением о народном суверенитете, под личиной конституционализма и сейчас опутывают паутиной общественное сознание. Вдобавок и сама печальная история Венгрии, а также всей Центральной и Восточной Европы повинна в том, что у нас находили пристанище конституционные идеи всякого рода и толка за исключением идеи классического конституционализма.

8

В отечественных дискуссиях о конституционализме не хватает принципиальных соображений, вдохновленных фантазией. Экспериментирование с непривычными идеями расценивается как смешная мечтательность.

¹ Бэкон Ф. Новый органонъ. СПб., 1874

В этой книге рассматривается система требований, которые вытекают из принципов конституционализма и которые выходят на "очную ставку" с существующим строем. Конституционализм настойчиво и несколько старомодно требует ответа на вопрос, не препятствует ли ограничению свободы очередной предложенный вариант государственного регулирования и "обустройства".

В мою задачу не входит агитация читателей в пользу конституции по моему вкусу, мне всего лишь хотелось облегчить им выбор. Однако в тех случаях, когда я не сдерживаюсь и все же даю пристрастные рекомендации, я обращаю внимание читателей на это. После ознакомления с конституционными возможностями принятие обществом конституции, равно как и связанное с ней уважение, может стать осознанным.

Во время работы над книгой я позаимствовал множество идей у ряда выдающихся личностей, среди которых в первую очередь мне хотелось бы упомянуть Джеймса Мэдисона (1751—1836) и графа Алексиса Шарля де Токвиля (1805—1859). Они гении сохранения правопреемственности. Большой долей правды, которая содержится в этой книге, я обязан им. Дж. Мэдисон, а он был в 1787 г. одним из самых полезных разработчиков американской конституции, в своих публицистических эссе "Записки федералиста", популяризовавших конституцию перед ее принятием, нашел (вместе с удачными решениями возникающих проблем) наилучшее обоснование строя, покоящегося на принципе разделения властей. Сам этот строй был основан на столетнем историческом опыте и неправильном его истолковании Шарлем Монтескье. Токвиль наиболее полно вскрыл многочисленные факты, свидетельствующие о непростых отношениях конституционного строя и демократии, и с присущим ему аристократизмом отдал предпочтение свободе, обуздав демократию (по крайней мере, на бумаге).

Еще одна личность, которую я не могу не упомянуть, это немецкий профессор Карл Шмитт (1888—1985), ставший в зените своей славы идеологом фашизма. Он — тайный демон моей книги, подлый полугений, который сформулировал, пожалуй, самые каверзные принципиальные возражения против конституционализма. (В более резкой форме их можно найти в бездушной "реальной политике" конституционных государств, разъедающей конституцию подобно ржавчине.)

Иного рода долг у меня перед ACLS, оказавшим мне поддержку. Собственно взяться за эту работу меня уговорили ведущие сотрудники

9

именно ACLS — профессора Стэнли Катц и Ирэна Грудзиньска-Гросс. Благодарностью — и не только за эту книгу — я обязан Будапештскому колледжу, в стенах которого я имел возможность целый год размышлять и творить, а также Центрально-Европейскому университету, основанному Джорджем Соросом, обеспечившему и на этот раз условия духовной независимости. Наконец, было бы несправедливо не отметить, что эта книга, в конечном счете, готовилась к публикации в научной "мастерской" Института государства и права АН Венгрии.

10

Глава 1

КОНСТИТУЦИЯ КАК РЕЗУЛЬТАТ СТРАХА И ЕЕ ПРИНЯТИЕ

1.1. Порождения страха. 1.2. Виды страха. 1.3. Одиссей привязывает себя к мачте. 1.4. Опасности дефиниций. 1.5. Конституционная власть. 1.6. Что предшествует конституции?

Порядок и принятие. 1.7. "Содержание" конституции: нейтральность или общие цели? 1.8. Правовая природа конституции.

Что грозит тому, кто может управлять страной с помощью церемоний?

Тому же, кто не может управлять страной с их помощью, на что они ему?

Конфуций

1.1. ПОРОЖДЕНИЯ СТРАХА

Общественное мышление как паутиной опутывается "конституционными" заблуждениями, перекочевавшими к нам из прошлых эпох, начиная с доктрины Короны Святого Иштвана и кончая якобинско-коммунистическим учением о народном суверенитете. Не называю имен и не спешу обвинять нынешних теоретиков в области конституционного права, бывших студентов-заочников, специализировавшихся на марксизме-ленинизме, а ныне превратившихся в экспертов по проблемам народовластия. Не виню и университетских профессоров, не понимающих разницы между разделением властей и распределением полномочий. Моя, точнее наша, позиция весьма удобна: в том, что в наших мозгах и наших конституциях какие угодно идеи, за исключением идеи классического конституционализма, повинна только злосчастная судьба венгров, русских, да и народов всей Центральной и Восточной Европы.

По коммунистическим представлениям конституция должна давать перспективу, программу. В ней надо просто, в самых общих формулировках описать общество "будущего". А уж потом мудрый, добросовестный форум народных избранников, именуемый Парламентом или Советом, в ходе своей деятельности, деятельности "инженеров" человеческого общества, претворит в жизнь обещания конституции с помощью самых передовых законов самой передовой в мире науки. Мы

11

видели, хотя после краха коммунизма уже успели забыть, что конституция, которая бредит будущим, совершенно непригодна для решения своей реальной функциональной задачи — она не способна защитить общество, его граждан от государственной власти. Окрыленное привлекательной идеей строительства светлого будущего, общество оказывается под пятой государства и государственной машины, в которой господствует коммунистическая партия.

Конституции, начиная с основного закона греческих городов-государств и по сей день, трактуют отношения между основными органами и учреждениями государства. Если при этом реализуются принципы конституционализма, установившиеся отношения образуют такую систему ограничений, при которой на первом плане стоит обеспечение свободы граждан. Конституции сами по себе являются выражением государственной власти; конституция же, проникнутая идеями конституционализма, выражает власть ограниченную, хотя часто она и содержит набор определенных принципов и социальных обещаний.

"Конституция — это система, объединяющая основные государственные учреждения, предписывающая способы законного занятия руководящих постов и объем их власти, а также дающая право на применение силы. Грубо говоря, конституция лишает нас ангела-хранителя, определяющего, по словам Лэсуэлла (Laswell), "кому, когда и что полагается". Конституция — это автобиография властных отношений, материальных и духовных, для

любых групп людей, и, как во всякой автобиографии, в ней есть некое величие, никогда не изведенное, и нет грехов, каждому свойственных" [2].

Конституционная биография власти — это биография, которую пишут с момента рождения конституции. Это описание еще не прожитой жизни, нить ее прядут не мудрые Парки, а грубо плетет необходимость момента, требующая практического решения. Государству придется жить по этой биографии. Его попытаются принудить к этому судьи, самые прилежные читатели биографии, если они в нее верят и настолько, насколько верят.

Конституции, служащие конституционализму, работающие, а не порожденные иллюзиями и обещаниями революционных утопий, не предсказывают, каким должно быть общество будущего. Они говорят о связанных с предыдущим строем и существовавших в нем страхах, о том, как на основе знания этих страхов следовало бы пользоваться властью.

12

В ходе разработки и принятия американской Конституции 1787 г. "отцов-основателей" почти что параноически занимала мысль, как бы воспрепятствовать и реставрации монархии, и разгугу народной демократии. Но у "параноиков" были враги...

Летом 1787 г. Америку облетел панический слух: в Филадельфии якобы намереваются восстановить монархию. Правда, пока шло обсуждение, из зала заседаний ничто не просачивалось. Однако в предназначенной для общественности информации участники переговоров постоянно подчеркивали, что "хотя нам ничего не известно о том, к какому решению придем, но мы знаем единственное, чего не хотим: возвращения королевской тираннии".

После Второй мировой войны создателей германского Основного закона ужасали фашизм и неуправляемость страной во времена Веймарской республики. Генерал Ш. де Голль в 1958 г. стремился избежать парламентского бессилия Четвертой республики.

Признание страха, человеческой слабости в качестве движущей силы, построение на этом целой системы, пусть даже очень рациональной, не делает слишком привлекательной такую движущую силу создания конституции. Это не та духовная традиция, которой следуют творцы, напряженно работающие над тем, чтобы одарить трудящийся народ конституцией. Интересно, какие же страхи есть у человека, отрицающего движущую силу страха? Всякому ясно: не очень умно увязывать с негативными факторами то, что мы хотим, чтобы люди приняли. Есть, однако, и более глубокие причины. Первобытный страх, связанный с принятием конституции, обнажает всю ненадежность общественного устройства, все распри, которые порождали конституцию и которые могут возобновиться. По древнему поверью нельзя поминать злых духов. В то же время представление о конституции как об инструменте рационального устройства, достижении "инженеров" государственного строительства возникает на традициях просвещения, дававших надежду преодолеть иррациональные представления, а значит, и страх. Природа современного просвещения основывается на рациональном подавлении страхов, хотя по-настоящему рационально было бы осмысление и использование страхов.

Предупреждение монополизации власти общественными группами обрело новое конституционное значение и смысл после злоупотреблений государственной властью в XX в. Германский Основной закон учредил в связи с этим принцип *воинствующей демократии*. Из тех же соображений после провала коммунистических режимов почти всюду в конституцию

был внесен запрет захвата власти исключительно какой-либо одной партией или организацией. Это предписание, как

13

правило, сохранилось и в процессе более широкой переработки конституции.

Небезынтересно рассмотреть, как проявились эти страхи в созданных после падения коммунистического режима конституциях (например, ч. 4 ст. 3 Конституции РФ). Согласно Конституции Болгарии (ч. 3 ст. 1) группа людей или политическая партия не может монополизировать суверенитет народа. В некоторых странах, например, в Венгрии и Польше в 1989 г., свободные выборы состоялись в результате постепенного отступления, уступок коммунистов. Здесь конституция была создана в рамках переговоров за круглым столом между коммунистическим правительством и оппозицией и содержит — в значительной мере — распоряжения на случай, которых опасалась одна или другая сторона. В Польше коммунисты ссылались на то, что выход армии из-под их контроля вызовет гнев Советского Союза, поэтому вооруженные силы оказались под контролем президента республики; в отношении того, чтобы президентом стал коммунист (генерал Ярузельский), было достигнуто соглашение, что президента выбирают обе палаты парламента, где антикоммунисты могли гарантировать необходимое число голосов, чего нельзя было бы обеспечить в случае непосредственных выборов. Примерно так же обстояло дело с венгерской конституцией 1989 г., официально считавшейся лишь внесением поправок в уже существующую³. Всюду, где поправки в конституцию были внесены в результате революционных событий, первым делом было устранено положение о руководящей роли коммунистической партии, в некоторых новых конституциях запрещена принадлежность государственной власти одной какой-либо партии.

Слабая антикоммунистическая оппозиция в Венгрии боялась, что коммунисты в результате свободных выборов могут оказаться в большинстве, поэтому по вопросам, касающимся основных прав и свобод, она настаивала на принятии законов большинством в две трети голосов и на обеспечении широких правозащитных полномочий

14

конституционному суду, членов которого можно назначать только с согласия оппозиции. Опасаясь, как бы пост президента республики, располагающего сравнительно большой властью, не достался коммунистам, оппозиция путем референдума помешала тому, чтобы президента можно было выбирать посредством референдума.

В Болгарии страх перед турецким национальным меньшинством привел к включению в конституцию запрета на создание партий, формирующихся на национальной основе. Российская конституция явно отразила основанное на опыте отрицательное отношение Ельцина и его сторонников к выборным органам народного представительства прежних лет

3 Изощренные козни истории, или бессмертие чиновничества как института, привели в Венгрии к некоей странной преемственности техники права. Верховенство парламента нравилось уже и позднему государственному социализму — товарищи сообразили, что парламента может быть самым послушным орудием воли скрытой власти. Закон 1987 г. о правотворчестве предписал прерогативу парламентарского законодательства по целому ряду вопросов. В 1987 г., однако, дело обстояло таким образом, что Президиум Народной Республики мог в любое время заменить парламента. Республика унаследовала это социалистическое верховенство и исключительность законодательства. Подобным же образом в горбачевской идеологии социалистического правового государства важная роль отводилась управлению посредством законов. На этом настаивал затем и российский Верховный Совет, несмотря на то, что он оказался не способным принять необходимые законы (или в этом не было заинтересовано большинство).

и страх перед возвращением коммунистической властной монополии (см. разграничение власти Думы и Конституционного Суда и ограничение пределов ведения территориальных единиц).

Конституции рождаются в страхе перед былым деспотизмом, но после этого живут самостоятельной жизнью; конституционным становится не только то, что диктуется ответами на первоначальные страхи. Сегодня французы считают конституционной систему, в которой исполнительная власть играет почетную роль, ибо они помнят о бессилии парламентаризма, но не помнят о праздности и злоупотреблениях власти исполнительной, из-за которой в 1789 г. стремились усилить власть законодательную.

Конституции, которые возникали после тираний и однопартийных правительств, напигованы ненавистью ко всему, что связано с однопартийной системой и узурпацией власти. Они закрепляют свободу как отрицание институтов недавней тирании, вследствие чего конституция нередко фиксирует изнанку институтов тирании. Так, до 1989 г. в Венгрии и Болгарии парламент практически не функционировал, ибо как кричали: "Давайте-ка сделаем его органом недедегируемого законодательства!" — так и поступили.

Любое средство запятнано, если оно служило тирании. Конституционализм как воплощение подозрительности в штыки встречал все то, что усиливало власть при прежнем режиме, упуская из вида то, что в действительности техническую основу деспотизма составляли не сами средства, а их весьма своеобразный комплекс и расстановка. Например, французское законодательство, направленное против терроризма, предприняло в 1986 г. ряд сомнительных по своей конституционности мер (специальные суды, наказание за террористическое намерение, облегчение ареста подозреваемых — все это, правда, не стало системой). Однако в начинающем формироваться правовом государстве всякая исключительность создает проблему возвращения к тирании, проблему превращения исключения в правило.

15

При государственном социализме в Венгрии власть парламента была делегирована Президиуму Народной Республики, что исключало даже формальную возможность политической гласности. Стало быть, во всем виновато делегирование. Гитлер осуществлял власть на основе закона о передаче полномочий, следовательно, опять делегирование сплеховало. Точно так же в течение 150 лет обстояло дело и с американцами. Сегодня же делегированная власть смущает лишь сторонников возврата к классическому решению. Французы попросту закрепили в конституции такую систему, да и итальянцы считают приемлемым указ, имеющий силу закона.

Опыт тирании передавался по традиции из поколения в поколение. Для Германии — к великой досаде множества добропорядочных немцев — точкой отсчета все еще является нацизм^[4], равно как и французская политика, прошлого столетия разыгрывалась по революционному распределению ролей. Однако, какими бы ни были конституционные страхи, со временем они меркнут, притупляются. В условиях демократии, позволяющей жить в мире и без страха, конституционализм может стать успокоительным знанием, а рутина конституционного государства — источником вновь обретенной уверенности в своих силах.

1.2. ВИДЫ СТРАХА

4 Именно потому, что немцы все еще живут в сознании этого опыта, председатель Бундестага, человек с общеизвестными антифашистскими взглядами, вынужден был подать в отставку из-за одного заявления, которое можно было превратно истолковать.

1.2.1. Боязнь корпоративизма

Если уж дело дошло до страхов, то с точки зрения конституционализма и нынешний процесс формирования конституционного порядка также вполне может таить в себе потенциальную угрозу. А вдруг с помощью именно этого процесса мы вытащим пробку из бутылки с призраками прошлого? Для многих он угрожающ просто потому, что конституция от "этих" не может быть приемлемой. Если бы власть оказалась в руках испытанных коммунистов, в городе шептались бы: "от них" не может прийти конституция. Выражения "от этих" и "от них" весьма показательны. Но настоящая опасность состоит в том, что "эти", кем бы "они" ни были в данный момент, не могут противостоять неокорпоративному давлению, т.е. той "чарующей" глупости, согласно которой демократия желает якобы поручить принятие решений и законотворчество компетентным и заинтересованным лицам. А заодно они могут осуществлять и реализацию законов. Не так ли? В конце концов, "нельзя же заставлять государство функционировать вопреки интересам людей".

16

Суть этих не слишком тонких подтасовок заключается вот в чем: хороша, мол, та система, в которой, образно говоря, врачи решают, на что нужно тратить средства социального страхования. В крайнем случае "привлекут" еще и больных, так как это демократично. Директора театров определяют, какой должна быть дотация театрам (руководство Венгерского телевидения не должно служить примером). Налогоплательщик платит, зритель смотрит. Или изумляется. Народный суверенитет со своим представлением об общем волеизъявлении и демократическими представительскими учреждениями, служащими для выражения всеобщей воли, призван воспрепятствовать именно следующему: при определении того, какими должны быть башмаки, интересы компетентных башмачников остаются в стороне. Болят-то мои ноги, промокает-то моя обувь из-за удобных им "профессиональных позиций", интересов. Корпоративизм — господство сапожников и башмачников. "Специалист" — это цеховой ремесленник, который благодаря организации по профессиональному принципу получает хороший доход.

17

1.2.2. Венгерские страхи

В ходе формирования конституционного порядка юная Венгерская Республика обволакивается темной завесой трех угроз. Первая: непомерно обремененное социальное государство потерпит крах; он выразится в функциональной неспособности чрезмерно разросшейся исполнительной власти. Государство-динозавр рухнет и погибнет в судорогах анархии, кто знает, сколько всего хороня под собой. Погибнет, но не под тяжестью свалившегося на него бремени, а потому, что его честный хребет с отложениями солей, рассчитанный некогда на юркую ящерицу, не выдержит веса собственного тела. Вторая теневая сторона — антипарламентаризм Карла Шмитта, размененный на мелкую монету популизма. Пусть явится диктатор, воплощение единства нации! Явитесь, простые решения! Дашь точные чистые поезда! Третья угроза: уже упомянутый неокорпоративный порядок специалистов-сапожников — "не вмешивайся ни в какие дела, до которых тебе нет дела". Скромным вариантом этого в процессе разработки конституции является "корпоративизм" как институт-система, в которой теперешние руководители теперешних государственных учреждений цементируют в новой конституции свои собственные интересы с помощью нехитрого довода, что они-де лучшие специалисты по координации работы данного учреждения.

Если создание новой конституции строится на подобной основе, то неудивительно, что блестящие и не столь блестящие умы занимаются не проблемами и страхами, которые надлежит разрешить и изжить из

17

новой конституции, а угрозой, связанной с самим процессом ее разработки. Но если обществу или — позвольте быть откровенным — господствующей элите нужно именно это, тогда процесс разработки конституции служит (пригоден) тому, чтобы не очень-то чистый раствор вышеупомянутой смеси наконец влить в "стакан" страны. В таком случае создание конституции — это пари с Богом, но только не с паскалевским Богом.

18

1.2.3. Тожественность

Четвертая угроза касается того, что та или иная страна допускает чрезмерное разнообразие и гибнет из-за недостатка единства — или, наоборот, не учитывает имеющееся в ней разнообразие, национальные, религиозные и прочие групповые особенности. Конституция предполагает идентичность, в то время как она невозможна. Народ — это мы, но кого мы можем исключить из народа, из самих себя? И — страшно подумать — когда могут исключить нас? Нам нужно стать равными? Прекрасно! Но тогда "они" — другие — тоже должны быть равными с нами. Как мы можем избежать этого? Как мы можем избежать бескровной повседневной гражданской войны? О чем умалчивает конституция? На каких умолчаниях строится коллективная идентичность? Боязнь, в которой нельзя откровенно признаться, — это боязнь самих себя. Что случится, если мы окажемся у власти? "Власть развращает, а абсолютная власть развращает абсолютно", — говорил лорд Эктон (1834—1902). Это справедливо и в том случае, когда мы сами можем оказаться у власти. "У народа есть единственный серьезный неприятель — его собственное правительство", — сказал Сен-Жюст (1767—1794) при обсуждении очередной французской конституции. Зная последующую деятельность Сен-Жюста в роли государственного мужа — во время якобинской диктатуры в качестве общественного обвинителя он подвел под гильотину сотни людей, — нельзя не признать его правоту.

А что будет, если не мы окажемся у власти? Как бы там ни было, власть государства — и любую власть, которая может быть абсолютной, — необходимо ограничить. Нужно препятствовать стремлению власти насаждать свои собственные правила и поощрять правила, в принципе приемлемые для всех. Конституция, продиктованная конституционализмом, больше правовой нормы, закрепляющей внешне привлекательную государственную структуру. Посему возможно конституционное государственное обустройство без писаной конституции. Есть и такие государства, которые хотя и соблюдают писаную конституцию, но все же без достаточной уверенности, что ее соблюдение исключит возникновение тирании. Существуют также государства,

18

хотя и имеющие конституцию, но такую, цена которой может быть приравнена к зонтику, забытому дома в дождливый день.

19

1.3. ОДИССЕЙ ПРИВЯЗЫВАЕТ СЕБЯ К МАЧТЕ

Страх мы будем побеждать хитростью. Если воспользоваться метафорами Гомера и норвежского философа Йона Эльстера (Jon Elster), тот, кто разрабатывает конституцию, подобен хитроумному Одиссею, который не стал затыкать уши, но велел привязать себя к мачте, потому что он хотел — должен был — услышать сладкоголосых сирен и в то же время знал, что иного способа устоять перед их соблазнительным пением, как быть связанным, у него нет.

"В общественных делах бывают такие своеобразные моменты, когда людьми руководит какая-то необычная страсть или стремление к незаконной выгоде, когда другие люди, движимые собственными интересами, вводят их в заблуждение и желают таких мер, о которых потом они сами сожалеют и которые осуждают... В такие критические моменты... спасительно может быть попридержать удар, который люди хотят нанести самим себе, до тех пор, пока разум, справедливость и истина вновь не воцарятся над общественным сознанием" [5].

Итак, представления о конституциях и о конституционализме различаются в зависимости от того, когда и где мы, подобно Одиссею, ждем зова власти, а также от того, каким способом привязываем себя к мачте. Нельзя забывать, что демократия по сути своей уже встроена в конституционализм, таким образом, голос сирен теоретически исторгается из нас самих, желание власти становится нашим личным желанием (или, по крайней мере, волей тех, кто на данный момент составляет большинство).

Первая цель конституционного самоограничения заключается в том, чтобы повысить нашу сопротивляемость диктату момента. Если же корабль продолжил плавание, но кто-то хочет возвратиться назад, к сиренам, — это другой вопрос. Нельзя жить вечно привязанным к мачте. Кто хочет, может испробовать свои силы. В худшем случае утонет, но по собственной воле.

"В Соединенных Штатах *тихую власть* большинства называют республикой... Большинство, у которого было время осознать себя и констатировать свое существование, является общим источником власти... Но даже большинство не всесильно. Над ним в мире морали находится человечность, истина и разум; в мире политики — обретенные права. Большинство признает эти два барьера и время от времени

19

сметает их лишь потому, что у него, как и у каждого отдельного человека, есть эмоции и, подобно каждому отдельному человеку, оно хоть и творит зло, в состоянии отличить от него добро" [6].

Склоняясь в пользу "тихой", уравновешенной власти, Токвиль отверг безусловное господство численного большинства — это якобинское и утилитарное изобретение "нового времени", утверждая, что господство большинства не может быть безграничным, поскольку над большинством в мире морали находится гуманизм, разум и истина, а в мире политики — неотъемлемые права. Токвиль предостерегает от поспешных решений, к которым весьма склонны временные победители на демократических выборах, верящие в свою миссию и спешащие обогатиться при сборе победного урожая. Конечно, надо учитывать, что Токвиль жил в первой половине XIX в. Современным демократиям приходится обслуживать гораздо более масштабное и более важное в социальном отношении государство; они должны решать общественные проблемы, требующие более динамичной, быстрой реакции, чем во времена

5 The Federalist Papers. № 73 (Hamilton). N.Y.: Mentor Book, 1961. P. 443.

6 Tocqueville A. de. Az amerikai demokracia. Budapest, 1993. S. 563. (Курсив мой — А.Ш.) (Tocqueville A. de. Democracy in America. N.Y.: Vintage Books, 1945. P. 433-434; русский перевод: Токвиль А. де. О демократии в Америке. М., 1897).

Токвиля. В эпоху электронной котировки биржа может развалиться за десять минут, увлекая за собой национальную и мировую экономику. Поэтому механизм конституционных решений для большей эффективности должен удовлетворять и новым требованиям [7].

1.4. ОПАСНОСТИ ДЕФИНИЦИЙ

1.4.1. Понятия конституционализма

Конституционализм — это ограничение государственной власти в интересах общественного спокойствия. Он стремится охладить текущие страсти, не угрожая эффективности управления. Определение явно нечеткое, но потому и удобное. Все консервативное сопротивляется тирании дефиниций.

Используя несколько обмачивую логику, можно сказать, что конституционализм не определяется путем исчерпывающего перечисления свойств — скорее, это консервативная ценностная концепция.

20

В свое время, в начале XIX в., когда входило в обиход понятие "конституционализм", оно выражало духовное направление, относительно четко очерченное. Тем не менее очевидно, что у него нет и не может быть однозначного, хрестоматийного определения. Конституция и функционирование государства на ее основе могут по всем пунктам соответствовать какому-нибудь критерию, который где-то упоминается как конституционный, беда лишь в том, что все это в целом все же не вызывает резонанса. Конституционализм — это дело вкуса, но на незыблемой основе и при целевой установке. Это не просто юридическое предписание или осторожность, уподобленная предписанию. Конституционализм, как подчеркивали многие, от Монтескье до Токвиля, содержит в себе и функциональные элементы, выходящие за рамки права. Право не может заменить мораль, обычаи и здравый смысл.

"Законодатель подобен капитану, пересекающему моря. Он может управлять своим кораблем, но не может изменить его конструкцию, не может вызвать ветер или помешать океану катить свои волны..." [8]

Все эти элементы мы можем назвать духом народа, духом нации, справедливостью или хорошим обычаем, но без них писаная конституция остается мертвой буквой. Однако было бы ошибочным делать вывод, будто юридическая сторона конституционализма — излишество, будто право не имеет никакого значения там, где активизируется дух эпохи. Дух эпохи может нуждаться в формальной поддержке, и юридическая форма тем более важна, если "дух эпохи" еще не "созрел", если нет конституционной практики и справедливости, ибо не существует ничего, что направляло бы, объединяло бы общество. Проблема состоит в следующем: как "создать такие государственные институты, которые гарантировали бы *устойчивый* политический режим и порядок? Судьба революционного либерализма будет зависеть от многих факторов, находящихся вне сферы конституционного регулирования; культурные, экономические и геополитические факторы действуют в совершенно различных направлениях. Тем не менее созидательная роль конституционализма легко может быть недооценена" [9]. Право и содержащийся в праве конституционализм не заменяют собой прочие элементы, цементирующие общество, но представляют собой столь же необходимый

7 К сожалению, иногда охрана конституции имеет не превентивный, а только последующий, исправляющий характер. Если судебный контроль за конституционностью закона осуществляется два года спустя после его принятия, нарушение конституции непоправимо

8 *Tocqueville A. de. Op. cit. S. 239.*

9 *Ackerman B. The Future of Liberal Revolution. Yale — New Haven — London, 1992. P. 3. (Курсив мой - А.Ш.)*

связующий материал. И чем больше государство выступает инструментом консолидации общества, тем большую ценность имеет этот материал.

21

Британский конституционализм обходится без писаной конституции. Судьи не могут пересматривать статуты, значительная часть свобод не фиксируется в строгих охраняющих их законах; парламент в любой момент может изменить политическую систему. Не впадая в идеализацию английских условий, можно тем не менее утверждать, что ликвидация конституционной свободы в Великобритании невозможна, как и в тех странах, где конституционализм укреплен надежной правовой защитой. Подавляющее большинство населения убеждено, что ограничение или отмена конституционного строя немыслимы, Корона или Парламент никогда не пойдут на такое кощунство, не сделают этого также министры или секретная служба. По всей вероятности, подобную уверенность разделяют и власть имущие. Даже если время от времени они и ограничивают свободу, система институтов способна заставить их признать, что они поступили неверно. За этим следует либо отставка, либо исправление ошибок. Реализация власти *основана на доверии*, на заразительном доверии. Власть имущие знают, какого рода честной игры по правилам от них ожидают, и действуют в соответствии с этим. Возможно, многие из них злоупотребляют властью, держат роскошные автомобили и дорогостоящих любовниц, помогают бывшему однокашнику получить выгодный заказ, но они не угрожают свободе [10]. Если по правилам игры им следует уйти — уходят. Эта политическая система, в основе которой лежат доверие и уверенность в соблюдении конвенций, не может работать в иных местах — это было бы опасно для жизни. Ну где, в каком месте могла бы возникнуть такая парламентская атмосфера, где министры и депутаты представляют собой единое сообщество, делятся радостями и печалью и к тому же еще принадлежали раньше к одной социальной среде? Поэтому член правительства лично заинтересован в том, чтобы адресованный ему вопрос не остался без ответа, поэтому он старается ответить по существу, пусть даже иногда в самой жесткой манере школьного наставника. И причиной, по которой для решения вопроса в большинстве случаев достаточно простого заявления ответственного министра, является то, что решение принимается им только после изучения всех необходимых обстоятельств.

Живут ли англичане всю жизнь под чарами самообольщения — судить не нам; если же речь идет о мифе, то этот миф благодаря

22

историческому развитию все же оказал на них цивилизующее воздействие. В других странах просто невозможно исходить из тех же воззрений. Имея за спиной опыт авторитарной системы управления, как в посткоммунистических странах, или жизнь в тени авторитаризма, мы выражаем недоверие основным принципам взаимоотношений. Граждане посткоммунистических стран исходят из того, что власть развращает оказавшихся у ее кормила вовсе не потому, что она неминуемо попадает только в руки испорченных людей, а потому, что такова природа вещей. Мы не можем взять на себя смелость утверждать обратное. Как бы дорого нам ни обходился конституционный порядок, каким бы чужеродным и отчасти безуспешным ни было правовое регулирование политической сферы, мы *должны проявлять подозрительность* по отношению к государству и носителям государственной власти. Те обстоятельства, что находящиеся в данный момент у власти —

10 Возможно, эта свобода несколько старомодна и авторитарна, но в целом она может быть ограничена лишь должностными лицами, отличающимися честностью и терпимостью. По крайней мере, это явствует из приговоров страсбургского Суда по правам человека, который, среди прочего, нашел неприемлемым то положение, когда заключенные находились в зависимости от решений тюремщиков. Неприемлемым было, главным образом, не обращение с заключенными, а отсутствие судебного надзора.

вне подозрений, более того, "они на нашей стороне", а мы (как нам кажется) "на их", что существуют институциональные гарантии для периодических свободных выборов, ничего не меняют в нашей точке зрения. Уйдут эти, вместо них придут другие такие же. Или же эти останутся — но слишком надолго. По этому поводу Т. Джефферсон (1743—1826) сказал:

"Безупречность их целей не должна вводить нас в заблуждение, мы не можем верить, что этой неограниченной властью сами власть имущие не будут злоупотреблять лишь потому, что не готовы к такому злоупотреблению. Мы должны смотреть вперед, и не нужно ждать момента, когда стоящие у руля правители в этой стране развратятся так же, как это произошло там, откуда мы родом... Человеческая природа одинакова по обе стороны Атлантического океана" [11].

Аристотель, склонный все систематизировать, различал семь типов разума. Конституционализм или, скорее, его нарушение, в первую очередь мы познаем на основе опыта, т.е. с помощью "фронезиса" — способности человека обнаруживать суть вещей эмпирическим путем. Опыт учит нас: отсутствие определенных условий, определенная практика — со временем или при стечении экстремальных обстоятельств — могут привести к ограничению свободы, к тирании. Как правило, нас предупреждает об этом не какой-то один симптом, а целый их комплекс.

Конституционализм — это отражение опыта безуспешного или деспотического правления, а не набор рецептов. Он не способен наполнить конкретными предписаниями конституцию и складывающуюся вокруг нее государственную практику, зато способен вызвать ненависть.

23

С конституционализмом у нас примерно такие же отношения, как у св. Августина с Богом: "Не могу дать Ему определение, но знаю, что такое безбожие". Мы не можем дать точного определения конституционному порядку, но улавливаем нарушение конституции, и не только улавливаем, но можем и доказать это. Что именно вызывает почти инстинктивную неприязнь к определенным действиям власти — различно в зависимости от страны и эпохи. Учение конституционализма, связанное с конкретными формами узурпации власти, было ответом на тиранию во время и после Великой французской революции. Конституции и представления о конституционализме других эпох также доносят до нас факты злоупотребления властью, сохранившиеся в коллективной памяти. Понять это можно с помощью текста конституции, если таковой имеется. Толкование, расходящееся с возможными текстовыми значениями, а также характер нарушения конституции на практике обнаружить нетрудно. Фредерик Шауер сравнивает толкование текста конституции с чистой канвой. В отношении толкования можно точно определить, когда оно вышло за пределы канвы, хотя о том, что следует на ней вышить, канва нам ничего не говорит [12].

1.4.2. Концепция конституции

Бессмертное произведение Лоренса Стерна "Жизнь и мнения Тристра-ма Шенди, джентльмена" начинается с зачатия главного героя и едва преодолевает этот момент — хотя мы знаем, что наш герой существует и что с ним многое произойдет. Точно так же и конституция — она становится тем, во что ее превращают в течение жизни, однако если мы захотим дать ей определение, ориентиром здесь, пожалуй, будет ее возникновение, а самым интересным — то, что ей предшествовало.

11 *Jefferson Th. Notes on the State of Virginia / W. Peden, ed. 1955. P. 121.*

12 См.: *Schauer F. An Essay on Constitutional Language // UCLA Law Review. 1982. № 29. P. 797, 828.*

Есть конституции, которые вовсе не рождаются — они просто существуют, такие как британская, израильская и новозеландская. Точно так же требованиям конституционного государства своего времени соответствовало не имевшее писаной конституции Венгерское королевство в составе Австро-Венгерской монархии. А вот американскую Конституцию может рассматривать под стеклом всякий, кому посчастливится во время школьной экскурсии оказаться у стенда музея, хотя очевидно, что американская Конституция — это нечто гораздо более значимое, чем пожелтевший документ, написанный каллиграфическим почерком. Следует подчеркнуть, что конституция не обязательно должна быть увязана с письменной формой — не говоря уже о

24

конституционализме, — хотя подавляющее большинство современных государств имеет писаную конституцию.

В писаной конституции есть положения, которые благоприятствуют конституционализму (как ограничению власти). В нее — в определенные основополагающие статьи, при наличии соответствующих предписаний — труднее вносить поправки. Когда конституция представляет собой письменный юридический документ, она становится пригодной для судебного-правовой практики, что делает возможным реализацию статей конституции [¹³].

Великие конституции, сыгравшие значительную роль в истории человечества, по большей части создавались, чтобы увенчать, завершить социальную революцию и запретить все последующие общественно-политические переустройства, выделяя при этом положения, особенно важные для победителей. Другие конституции создавались для того, чтобы предотвратить революцию и восстановить дореволюционное состояние.

Американская Конституция 1787 г. характеризовалась прагматичностью: ей необходимо было устранить ошибки функционирования предшествовавшего строя. Одновременно с этим она завершила революцию: сохранила результаты восстания против англичан, но запретила такие "крайние республиканско-демократические" институты, которые учредила Пенсильвания в революционном порыве в том же 1787 г.

Конституции создаются и для того, чтобы организовавшиеся в новое государство нации могли заявить о себе своим соотечественникам и всему миру: вот, мы существуем. Если новорожденный кричит, значит он жив. Однако конституции пишутся и исключительно в целях мистификации публики: "великая" сталинская Конституция 1936 г., очевидно, служила тому, чтобы ввести в заблуждение весь мир. Мир хочет быть обманутым — его и обманывают. С тех пор во многих странах провозглашены конституции, возможно, с самыми благими намерениями, упоминающие всяческие права, не осуществленные, однако, после их провозглашения. В обещаниях недостатка нет, особенно если они способствуют международному признанию.

Иногда в конституции перемешиваются различные политические цели: германский Основной закон был заказан оккупировавшими страну державами, потому что они нуждались в будущем союзнике, у

25

13 По мнению сторонников неписаной конституции, писаная Конституция слишком жесткая, тогда как конституция, реализующаяся через обычаи и традиции, дает возможность гибкого ее применения. Что же касается того аргумента, что судьям будет нечем руководствоваться, то это скорее преимущество, чем недостаток неписаной конституции, поскольку разделение властей сохраняется, но исключается возможность одновременного правления и законотворчества судей.

которого есть собственная государственность и независимость. И немцы писали конституцию, с одной стороны, контрреволюционную, ибо она отвергала результаты гитлеровской революции, т.е. бесчеловечность, а с другой стороны — прагматичную, ибо исправляла ошибки Веймарской конституции. Постсоциалистические конституции отрицали коммунистическое государственное устройство, но не осмелились стать радикально контрреволюционными. Они воздерживались от возвращения к докоммунистическим структурам, и, кроме дел, связанных с гражданством (как в случае с русскими в странах Прибалтики) или с деятельностью тайных агентов коммунистической полиции в Восточной Германии и Чешской Республике, не принимали никаких серьезных мер против тех, кто поддерживал бывшие коммунистические режимы. Значительная часть общества испытывала серьезную заинтересованность в набивших оскомину отношениях. В то же время большинство посткоммунистических конституций узаконивает провозглашение новых национальных государств.

1.5. КОНСТИТУЦИОННАЯ ВЛАСТЬ

Все сказанное — чисто политическая предыстория происхождения конституции, хотя конкретный процесс ее создания накладывает свой отпечаток на созданное. Если ты появился на свет при помощи акушерских щипцов, их следы останутся. Если мать страдает алкоголизмом или больна сифилисом, новорожденный нуждается в длительном лечении.

Но кто правомочен дать конституцию? И от чьего имени? Кому принадлежит учредительная власть? Или, если хотите, чья конституция будет принята? По классическому понятию конституционализма, восходящему к теориям общественного договора, которые предшествовали Руссо, конституция отличается от обычного закона тем, что за ней стоит согласие *всего народа* [14], что она предлагает устройство,

26

приемлемое на практике, или, по крайней мере, теоретически, для людей, составляющих общество. Согласно другой, более строгой, несколько метафизичной формулировке, конституционный строй — это такая (прежде всего, государственная) организация общества, которая соответствует определенным общим требованиям, например: "равенство", "обеспечение прожиточного минимума", предоставление свободы. Следовательно, здесь не требуется фактического согласия всех людей, граждан, достаточно подтверждения того, что никто не окажется в бедствующем положении в начальной стадии нового социального строя. В процессе создания фактических конституций осуществлялись оба подхода.

14 В обычном законе общенародная воля *может быть* реанимирована через представительный орган власти. Однако на практике подобная реализация воли народа происходит косвенным путем, и обычно решение большинства выражает групповые или какие-либо маргинальные интересы. Так происходит даже в тех случаях, когда мнение других групп населения учитывается в максимальной степени. Конституция же, подчеркивал лорд Болингброк (1678—1751), встречает поддержку каждого человека. Реально подобной конституции не существует, однако идея конституционализма пользуется реальной поддержкой общества, когда конституция не создается, а даруется. Можно сказать, что такая конституция основана на всеобщем консенсусе, или согласии. Трудности возникают, когда легитимация фактической конституции осуществляется действительно демократическими средствами. Другая проблема, требующая общего согласия, связана с определением того момента, когда именно необходимо принять конституцию. Должно ли такое согласие достигаться только во время принятия конституции или же в течение всего срока ее действия? Последнее решение можно поддержать, не нарушая законов, при условии, что всеобщее одобрение конституции презюмируется, и эта презумпция может быть изменена только народным референдумом. Существенное изменение интерпретации норм конституции, когда бы оно ни давалось в "Constitutional Review", зачастую также характеризуется как новый общественный консенсус.

Рождение революционных конституций "незаконно". Те, кто пишет конституцию в революционное время, зачастую не имеют для этого формальных полномочий. Большой редкостью, даже вне революционных ситуаций, является создание совершенно новой конституции по предписаниям старой, иными словами, на основе признания законности прежней конституции. Американская Конституция 1787 г. была незаконно разработана органом, созданным для выполнения совершенно другой задачи. Филадельфийские делегаты были избраны Конгрессом Конфедерации для подготовки конституционной реформы. Такое поручение было получено ими от штатов, их делегировавших. Тайком, нарушая предписания Конституции Конфедерации, делегаты приняли решение о создании новой конституции, которую Конгресс, выбравший их, никогда формально не принимал, хотя и не препятствовал содержащейся в документе демократической легитимации, т.е. подтверждению законности документа. (Решение о ратификации конституции принимали демократически избранные ^[15] органы штатов, входящих в будущий Союз, или специально созданные для ратификации конгрессы штатов).

27

Какой бы ни была правомочность разработчиков конституции, народная воля может в последующем подтвердить законность их деятельности ^[16]. Чаще всего в этом случае используется такая форма народной легитимации новых конституций, как референдум. Когда в 1958 г. под давлением армии де Голлю было поручено сформировать правительство, он принял это поручение с условием, что его правительство получит возможность разработать конституцию, судьбу которой решит референдум. (Мандат на формирование правительства де Голль получил 1 июня с тем, что он должен будет провести в жизнь определенные принципы. А 28 сентября 80% участников референдума — две трети французов, имеющих право голоса, — поддержали конституцию.)

Случается, что некоторые государства обладают ограниченным суверенитетом, и конституция служит именно для придания ему полноты. В таких случаях легитимность проистекает от власти, осуществляющей суверенитет, которая подписывает определенные процедуры и дает свое окончательное одобрение. Так был создан Основной закон Германии. Его разработка была инициирована союзническими войсками, а одобрение должно было быть получено от органов, уполномоченных властями западных оккупационных зон, после того, как сами немцы сочтут Основной закон приемлемым. Документ, принятый в Парламентском совете, затем ратифицировали парламенты земель, так что недостатка в демократической легитимации не было. В условиях ограниченного суверенитета формировалась конституция и в ряде бывших американских колоний.

Однако классическим — и в теоретическом отношении самым полным — решением вопроса является разработка, а возможно, принятие конституции *учредительным собранием*, избранным специально для этой цели. Впервые подобное положение было сформулировано в Конституции Массачусетса 1780 г. Учредительное собрание было создано и во Франции в 1789 г., когда была разработана конституция Четвертой республики. Учредительное

15 Американская Конституция 1787 г. была конституцией всего народа, однако 95% американцев, проживавших на территории Соединенных Штатов, не смогли участвовать в этой политической процедуре. Против рабовладения нельзя было высказываться конституционно (в юридически исполнимом смысле), когда же это случилось, вспыхнула гражданская война.

16 Эту позицию занимал, в частности, французский Конституционный совет, когда генерал Ш. де Голль настоял на вынесении поправки к разработанной им же Конституции о прямых выборах президента на референдум. Референдум поддержал предложение, и Конституционный совет счел это достаточным. Следовательно, процесс может происходить и без участия народа, если заключительный референдум все подтвердит? (Об этом свидетельствует и венгерская точка зрения, унаследованная от государственного социализма, хотя и не зафиксированная в Конституции! См. ниже.)

собрание получает легитимацию непосредственно от народа путем выборов. В отдельных случаях учредительный орган полномочен вносить поправки в конституцию или разрабатывать предложения по внесению таких поправок.

28

Но и точка зрения учредительного собрания не обязательно совпадает с народной волей. Оно может проигнорировать народный суверенитет, если не выяснит народную волю посредством ратифицирующего референдума. Однако является ли воля большинства на референдуме и в самом деле наилучшим выражением суверенитета? Возможно также, что разработчики конституции и не стремились опираться на народный суверенитет, поскольку этого все равно было бы недостаточно для оправдания недостаточной легитимности процедуры принятия конституции. Создатели французской Конституции 1946 г. стремились к максимальной легитимации: учредительное национальное собрание лишь разработало проект, который был предложен для всенародного голосования. Проект провалился. Новый проект нового Национального собрания получил лишь относительное большинство голосов, фактически его не поддержали почти две трети французов, поскольку 31% голосовавших воздержались. Новая конституция считалась легитимным выражением народного суверенитета, но того ли хотел суверенный народ? После конституционного кризиса в 1958 г. народ решительно отказался от своего суверенного детища. Вероятно, нет такой "функционирующей" конституции, которая устраивала бы абсолютное большинство нации. Однако при том, что ни одна партия не способна привлечь внимание большинства избирателей к какому-либо одному тексту, народ вполне может жить в условиях конституционализма, какой бы навязанной ни казалась конституция.

Для членов учредительного собрания иногда устанавливаются особые правила несовместимости. Более того, теоретически национальное собрание не должно заниматься текущим законодательством [17]. Второе принципиальное требование заключается в том, что члены учредительного собрания — по крайней мере в течение одного срока полномочий в условиях новой конституции — не могут избираться депутатами парламента, дабы у них не было соблазна сформулировать "под себя" нормы, в свете своих будущих позиций. Это правило действовало в 1791 г. во Франции. Последствия были тяжкими: поскольку в работе учредительного Национального собрания приняли участие наиболее квалифицированные, толковые умеренные реформаторы, после первых выборов в Конвент их место заняли второразрядные политические

29

фигуры, провинциальные юристы, которые, при отсутствии противовеса, легко становились крайними радикалами (команда Робеспьера) [18].

17 Даже французское Учредительное собрание 1789 г., являвшееся образцовой моделью всех учредительных собраний, не соответствовало требованиям, которые теоретически должны были бы предъявляться к конституционному органу: собрание было избрано не для цели принятия конституции, и депутаты исключительно собственным решением делегировали себе полномочия учредительной власти. В процессе становления посткоммунистических конституций, Учредительное собрание функционировало в Болгарии, однако оно значительную часть своего времени отводило законотворчеству.

18 Это практическое возражение отпадает, если учредительное собрание с самого начала созывается с учетом этого правила, т.е. большая часть политиков может остаться вне сферы применения этих правил. Если учредительное Национальное собрание состоит из сравнительно небольшого числа членов, для обычного парламента все же остается достаточно большое количество выдающихся политиков.

В зеркале всего этого исторического опыта и противоречивых теоретических требований насколько демократичным должен быть процесс принятия конституции? Насколько важно теоретическое требование демократизма, если оно ставит под угрозу успех самого процесса, поскольку не может оградить разработку конституции от повседневного политизирования? Так что нам лучше отказаться от оценки конституционализма как исчерпывающего списка безупречных предписаний.

Учредительное национальное собрание, созванное по всем правилам, конституция, написанная на основе демократических требований, — большая редкость. Как уже отмечалось выше, принимаемый обществом и рассчитанный на длительное применение текст конституции зачастую составляется на секретных совещаниях элиты (например, 1787 г. — Америка; 1918 г. — Германия; 1948 г. — Германия; 1958 г. — Франция; 1978 г. - Испания; 1989-1990 гг. - Венгрия) [¹⁹].

Во время ратификации первой элитной американской конституции было выдвинуто возражение, ставшее позже прописной истиной: конституция даже в поисках решений отражает ценности и стремления аристократической элиты. В ратифицирующем собрании Вирджинии Патрик Генри (1736—1799), "волонтер на страже прав народа", вполне обоснованно задал вопрос:

"Какое у них право говорить: "Мы, народ"? Кто уполномочил их на это?.. Народ не дал им права говорить от его имени" [²⁰].

По всей вероятности, процесс принятия американской конституции был не единственным, где от упреков в отсутствии демократизма веяло провинциализмом. И не только потому, что с победой конституции ход истории определяли уже не эти практические соображения, сколь бы демократичными или мелочными, рачительными и местническими они ни были. В любом случае эти ценности были провинциальными. Все конституции, а особенно те, что делают историю, всегда возвышаются над расхожими народными истинами, представляющими собой

30

обыденное ошибочное мнение масс. И как бы ни настаивало большинство на своих заблуждениях, выброшенных из конституции или намеренно не внесенных в нее, провинциализм и отсталость, ссылающиеся на демократическое большинство, — это вовсе не глас народа, это голос посредственного политика. Такого политика, которого демократия превращает в раба выборов или перевыборов и который, следовательно, думает, что в день выборов он не может провозглашать такие ценности, которые избиратели не воспринимали бы как свои собственные.

Возможно, именно поэтому в конституциях всегда давалась умеренная детализация прав. Самый существенный вопрос конституции — это вопрос государственного устройства. Гражданин, предпочитающий традиционные ценности (или антиценности) и поддерживающий во время народного голосования курс своей партии, согласится с тем, что ограничивающий тиранию строй лучше самой тирании, особенно если этот многократно упоминаемый избиратель не имел выгоды от тирании.

Нет никаких секретов или стыда в том, что конституцию пытаются в известной степени изолировать от утвержденной демократическим способом воли большинства. Утверждение

19 Совещания были настолько секретными и проходили в таком узком кругу, что не представлялась возможность даже для технических правок. Некомпетентные участники переговоров настаивали на каждой букве вымученного ими текста.

20 *Smith P.* The Constitution. A Documentary and Narrative History. N.Y.: William Morrow, 1978. P. 248.

современной конституции, как правило, — компромисс заинтересованных партийных элит. Это своеобразный элитный продукт в привлекательной демократической упаковке. Вопреки этому современная демократическая конституция, являясь конституцией правового государства, черпает свои силы из народного суверенитета, если конституция не направлена против народа и если она оставляет открытыми те пути, на которых народ (отдельный избиратель) имеет возможность сам определять свою повседневную жизнь, а также если она позволяет народу в случае сильного неудовлетворения конституцией помешать ее принятию или внесению в нее поправок.

Об этом не принято писать, но вряд ли найдется такой политик, который не признался бы другому политику в кулуарах парламента или торопясь на публичное выступление, что участник референдума понятия не имеет, за что он отдает свой голос. Но там, где неискаженная общественная гласность хоть как-то действует, на референдуме не пройдет такая система, которая лишает гражданина его избирательного права и личной безопасности, например путем допущения возможности единоличной власти. Личную тиранию Гитлера референдум принял не только потому, что кризис и возбужденные инстинкты масс обеспечили ему широкую поддержку, но еще и потому, что к тому времени уже не было общественной гласности, ее место заняли запугивание, преследования и массовый психоз.

Невелики шансы проекта конституции и в случае, если процесс его разработки не является "достоверным". Эта достоверность, повторяем,

31

складывается не из открытого обсуждения принимаемых решений, а, например, из доверия к работающим над проектом людям, из того, насколько эти люди авторитетны для общества, не находятся во власти своих личных интересов, насколько их система ценностей была ясна и до обсуждения проекта. Не всегда удачным результатом заканчивается и попытка непосредственного участия в написании текста известных политиков, они в своем большинстве вышеуказанными качествами не обладают.

Таким образом, принятая всенародным голосованием конституция никоим образом не становится законом более "высокого порядка", чем, например, принятая учредительным собранием. В обоих случаях конституция может быть поставлена в зависимость от партийной и учрежденческой мелочности^[21], особенно когда уже спал революционный подъем. Партии большинства, а впрочем и меньшинства, от имени народного суверенитета в состоянии объявить провинциализм волей народа вместо того, чтобы закрепить основы общественного согласия, которые будут приемлемыми на протяжении поколений.

1.6. ЧТО ПРЕДШЕСТВУЕТ КОНСТИТУЦИИ? ПОРЯДОК И ПРИНЯТИЕ

1.6. 1. Потребность в безопасности

Что предшествует конституции? Что это за более глубокая социальная функция, из-за которой революционер и контрреволюционер, националист, а возможно и диктатор, непременно хотят кардинальных преобразований в обществе? Что затрагивают эти "кардинальные преобразования"? Государственную власть или отношения между государственной властью и людьми? (Эти отношения в данном случае могут быть и отношениями между людьми, сформировавшимися под влиянием государства. О содержании этого ужасного определения см. подробнее в разделе о государственных услугах.)

21 См., например, результат референдума в 1994 г. в Швейцарии, отклонивший вхождение в объединенную Европу.

Говорить о защищенности граждан от государственной власти, как и о получении ими государственных дотаций, — и вообще о демократическом происхождении государственной власти — имеет смысл только в том случае, если мы знаем, для чего нужно государство. Так зачем же нужна столь опасная форма социальной организации?

Если начать размышлять о государстве, то можно вспомнить, что его возникновению предшествовали анархия, неупорядоченность, неопределенность существования. И не только предшествовали — они в

32

любой момент могут снова появиться в жизни современного общества. На страну может быть совершено нападение. Тебя могут сделать рабом. Тебя могут убить из-за угла. В банк, куда я положил свои накопления, могут устроиться мошенники. Этот коварный страх тоже действует, даже если учесть, что конституция вызывает такое ощущение, будто граждане больше всего боятся именно государства, своего защитника и свое творение. Текст и история конституций, эта археология людских страхов, показывает, что за недоверчивостью по отношению к государству скрывается главный страх, страх перед естественными стихиями, где, по словам Томаса Гоббса, "господствует вечный страх, существует угроза насильственной смерти, и человек одинок, а жизнь его бедна, страшна, звероподобна и быстротечна" [22].

Конституции буквально наспигованы полномочиями по охране общественного порядка и спокойствия; люди склонны согласиться принять ограничение своих прав, отказаться от демократического участия в жизни общества, только бы не было хаоса, неразберихи. Это общественное спокойствие, безопасность — те факторы, ради которых они, как правило, терпят и государственную власть, осуществляемую незаконно, лишь бы устранить возникающие беспорядки. Между прочим, именно поэтому значительная часть немецкого общества без сопротивления приняла власть Гитлера.

В обществах, где проявляется должная солидарность, вряд ли есть необходимость в государстве: отношения могут регулироваться сложившимися обычаями, верой и другими нормативными ожиданиями. Когда настает час государства? Тогда, когда управление, обеспечивающее порядок, нужно создавать искусственно, особенно когда средством для этого служат общие основные правила, подкрепленные принуждением, т.е. право.

1.6.2. Однородность общества

Сила, позволяющая государству и праву держаться друг друга, и принуждение, все это обеспечивающее, отнюдь не безграничны. Для проживания в государстве необходим такой минимум коллективной однородности, которого невозможно достичь без некоего общественного осознания однородности. Необходима, по крайней мере, такая тождественность людей, при которой они не вступают в постоянные конфликты друг с другом. Или хотя бы могут терпеть друг друга. Минимум общественного "сосуществования" состоит в том, чтобы мы смотрели

33

друг на друга как на камни, подобно тому, как индейцы смотрели на встречающихся бледнолицых. Ведь никто не станет пинать камни.

По мнению Руссо, для существования "всеобщей воли", помимо однородности, неделимо наличие и некоторой преемственности. И еще: люди должны оставаться на своих местах [23]. Если вероятность выхода из сообщества слишком велика, то это может дестабилизировать его, сделать связи эпизодическими и прервать взаимозависимость между людьми.

1.6.3. Гражданство (натурализация)

В этом разделе мы должны указать еще на одну скрытую предпосылку существования государства и конституционализма. К кому относится требование однородности? К людям. А что происходит с тем, кто не "такой", как все, и кто этому требованию не соответствует? Он не будет гражданином, на него не распространяются права. Гражданство — это вопрос, предваряющий всякую конституцию, такое понятие, которое заложено в основу конституции. Однако ответ на этот предварительный вопрос следует обычно задним числом [24].

В XIX в. в Европе считался само собой разумеющимся такой взгляд на гражданство, согласно которому лицо, проживающее на территории данной страны, является ее гражданином или, по крайней мере, ее

34

подданным. Иначе обстояло дело в Соединенных Штатах, где выяснение принадлежности к государству иммигрантов, рабов и индейцев становилось серьезной проблемой. (Так как иммигрантских виз не существовало, при образовании политического сообщества иммигранты представляли в качестве вынужденного фактора.) Возникшее в средние века континентальное понятие "народ" было политическим понятием, на основе которого неимущих и неграмотных можно было лишить политических прав. Таким же образом и американский менталитет исключал из состава народа группы, считавшиеся неомогенными (на основе расовых различий). Вопрос предоставления прав гражданства возвращает нас к требованию однородности. Лорд-канцлер Эдмонд Берк возражал против признания юридического равноправия католиков, ссылаясь именно на необходимость гомогенности:

"Британская конституция покоится не на принципе, согласно которому каждый человек в одинаковой степени имеет все права, а на положении, по которому равные права

23 Современный мир характеризуется повышенной мобильностью. С одной стороны, это означает серьезный вызов конституционному порядку, если это сближает такие культуры и личности, которые за короткий период времени не успевают приспособиться друг к другу и потому остаются несовместимыми. Французская конституционная система с трудом справляется с проблемой мусульманского меньшинства (как и католицизм означал для французского государства и его конституции административно трудно регулируемое необычное явление, организованное под лозунгом секуляризации). В Великобритании вторую по численности общину, активно исповедующую свою религию, также составляют мусульмане. В Германии из-за проживания турок возникла необходимость внесения определенных поправок в Основной закон. А с другой стороны, мобильность заставляет сформулировать требования гражданина мира по отношению к государствам мира или, по крайней мере, к такому сообществу государств, в котором мобильность "естественна". Гражданин мира не только у себя дома, но и от властей всех государств ожидает минимум личной безопасности. Робкие попытки путешествий западных туристов по Советскому Союзу были полны тревог по той причине, что они не верили в обоснованность такого ожидания в этой стране. Европейский Союз и Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. как раз соответствуют этому "мировому" ожиданию. Граждане всех стран Европейского Союза имеют право выбирать в Европейский парламент по месту своего пребывания, они имеют право участвовать и в выборах в органы местного самоуправления. Даже социальные права распространяются в равной степени на граждан государств, являющихся членами Союза.

24 Согласно бельгийской Конституции 1831 г., правила приобретения и утраты гражданства определяет закон.

распространяются на всех, кто соответствует и повинуетя требованиям, которые выдвигает по отношению к ним Конституция в интересах своей безопасности" [25].

Не случайно Ханна Арендт (Hanna Arendt, 1906—1975) сказала, что гражданство, принадлежность к государству — наиважнейшее право человека. У кого нет этого права, тот исключен из общественного мира. У кого нет гражданства, того лишают прав на защиту и неприкосновенность. Последствия этого лишения показал нацистский режим. Это, а также радикальное изменение германской территории, миллионы беженцев, привело к тому, что Основной закон Германии уникальным образом в самой конституции определяет, кто считается немцем, и запрещает лишение кого бы то ни было германского гражданства [26].

35

1.6.4. Гарантия сосуществования

Конституции предполагают и поддерживают гомогенность, даже ценой исключения, но общества никогда не бывают однородными.

Конституция либо подавляет (мягко говоря, отрицает) различия в интересах гомогенности, либо гарантирует возможность сохранения различий в известных пределах, если эти пределы соблюдаются.

35

Под знаком гомогенизации каждый имеет шанс стать настоящим французом или настоящим румыном, и в этом качестве люди равны. Отождествляться с нейтральной, но тем не менее национальной конституцией или друг с другом под ее флагом — таковы конституционные пути согласия. По французскому принципу 1791 г., ставшему ведущим принципом для национального государства, по предписаниям конституции каждый может стать настоящим французским гражданином, и только французским гражданином. В обмен на предоставленное равенство французское государство в 1791 г. пожелало, чтобы только что уравненные в правах евреи всего лишь присягнули на верность нации. Каково же было изумление раздающих свободу патриотов, когда верующие в своего Бога евреи воздержались упомянуть во время присяги имя Всемогущего. Еще один факт из того же ряда: во второй половине прошлого столетия бретонского ребенка жестоко высекли за то, что он говорил в школе по-бретонски (единственный язык, который он знал) вместо того, чтобы усердной учебой отблагодарить Французскую республику, принявшую его в свое лоно.

Американцы решили проблему так, что государство принимает почти все различия, оставаясь нейтральным по отношению к каждому из них. Парадоксальным образом общество скрепляет именно то, что государство не может дать преимущество ни одному из них [27]. Подобные ей конституции фиксируют совместность разнородных интересов и, хотя несколько туманно, обозначают крайние пределы отклонений, которые еще могут быть приняты. Например, определенные конституции провозглашают, что некоторые, иногда указываемые в ней национальности могут пользоваться своим языком (канадская Хартия прав и свобод, 1982, ст. 23), или что (почти) все языки являются официальными (Индия),

25 Цит. по: *Heim J.Ch. The Demise of the Confessional State and the Rise of the Idea of a Legitimate Minority / Chapman J., Wertheimer A. (eds.). Majorities and Minorities, Nomos XXXII. N.Y.-L, 1990. P. 11,18-19.*

26 Согласно положениям германского Основного закона, человека можно лишить гражданства, но лишь в том случае, если он не станет в результате этого лицом без гражданства (ст. 16).

27 В действительности же господство какой культуры фактически обеспечивает эта позиция — другой вопрос. По поводу обязательного введения английского языка противоречия обостряются каждые двадцать лет, после очередной большой волны иммигрантов.

или, еще один пример, что религиозные конфессии могут свободно функционировать в рамках с моих церквей. Государство остается нейтральным, это может означать либо, что оно ничего не предпримет в соответствии с отделением церкви от государства в США, либо что оно будет учитывать специфические черты каждой группы (т.е. предоставлять образование, официальные документы и т.п. на всех языках). Допущение или даже гарантия человеческих различий в конституции показывает, что жизнь при наличии конституции означает не только то, что гражданин приобретает защиту от власти государства (являющегося, кстати, защитником его столь желанной безопасности).

36

Конституционализм означает, что мы защищаем гражданина и его ближайшее окружение одновременно и от власти большинства, и от власти более сильного [28]. Эта защита от большинства особенно важна и желательна, если государство имеет демократический строй и если конституция учреждает представительное правительство, которое с точки зрения защиты граждан позволяет им более полно реализовывать свою политическую волю.

Правила защиты меньшинств могут быть или совершенно нейтральными, или представлять собой подробные соглашения между определенными сторонами (например, народностями, странами-участницами). Примером нейтрального решения является отделение церкви от государства и конфессиональное равенство, в то время как подробные соглашения чаще всего наблюдаются в федерациях. Например, фламандско-валлонский конфликт был урегулирован путем постепенной регионализации конституционного устройства Бельгии, передачи законодательных прав бельгийского парламента собраниям фламандской, валлонской и брюссельской общин.

Известно, что конституция, фиксирующая различия между людьми и их окружением как подчинительные, подавляет и угнетателей, и угнетенных, хотя и не в одинаковой мере и не одинаковым способом. "Смягчение противостояния интересов, согласование последних, которые проводятся в предельном, допустимом с точки зрения безопасности темпе, требует постоянной заботы" (И. Бентам) [29].

1.7. "СОДЕРЖАНИЕ" КОНСТИТУЦИИ: НЕЙТРАЛЬНОСТЬ ИЛИ ОБЩИЕ ЦЕЛИ?

"В каждом современном государстве у граждан с властью могут быть структурные отношения трех типов. Граждане в своей совокупности являются суверенными "творцами" государственной власти; потенциально находятся под угрозой применяемых государством силы и принуждения; *зависят от организованных государством услуг и дотаций*" [30].

37

С конца XVIII в. конституции разрабатывались для решения второй из упомянутых выше проблем. Однако для защиты от государства необходимо было, хотя бы в известных

28 Фиджийская и малайзийская конституции предоставляют большинству гарантии по отношению к данной экономической власти меньшинства, взамен признавая экономические привилегии меньшинства или, по крайней мере, сохраняя нейтралитет по отношению к ним. Насколько важен этот вопрос, можно судить по периодической резне, которая характерна для Бурунди в последние десятилетия. Южная Африка и Родезия-Зимбабве представляют собой пограничный случай. В Зимбабве белое меньшинство получило некоторые гарантии, однако защита права собственности в последнее время ставится под сомнение.

29 Majorities and Minorities. P. 26.

30 *Offe C. Democracy Against the Welfare State? Structural Foundations of Neoconservative Political Opportunities / J. Donald Moon (ed): Responsibility, Rights, and Welfare. The Theory of the Welfare State. Boulder and London, 1988. P. 189.*

пределах, включить в конституцию и то, каким образом сообщество граждан определяет государственную волю. Государство функционирует не в вакууме, гражданам угрожает не только нестабильность правления, но и тирания большинства или даже небольшой группы, попирающей права остальных. Общее благо, лишенное конституционной поддержки, в борьбе группировок за власть осталось бы без внимания.

Дж. Мэдисон [31] считал тиранию отдельных групп общества такой же тяжелой, как и тиранию государства: "Под группировкой я понимаю определенную часть граждан, независимо от того, составляют они большинство или меньшинство от общего их числа, которую соединяет или сплачивает некая общая страсть или интерес, враждебные по отношению к правам остальных граждан или к постоянным и общим интересам сообщества". "...Расширим этот круг — и получим больше партий и интересов; тем самым мы уменьшим вероятность того, что у большинства будет общий мотив или общий интерес нарушить права других граждан, сложнее будет действовать всем тем, кто чувствует, что они обладают силой".

Правовые нормы, касающиеся государства, нужно формулировать так, чтобы государство защищало нас от группировок и ни в коем случае не становилось их инструментом. Поскольку после имущественных различий религиозные конфессии представляли собой главную опасность раскола общества, первая поправка к Конституции США, реализуя логику, направленную против группировок, полностью отделила церковь от государства, хотя тогдашняя политическая элита и большинство граждан религиозность считали моральной обязанностью [32].

На огромной территории Соединенных Штатов долгое время различные группировки могли оставаться изолированными в силу географических причин. Мэдисоновский республиканский конституционализм основывался на выгодном географическом факторе. Правда, в представительных органах образовывались временные коалиции для голосования, что приводило к результатам, направленным против меньшинства (но и столь же часто к лоббистским результатам в

38

интересах меньшинства). В Европе мэдисоновские взгляды имели меньше возможностей для осуществления. С одной стороны, различные социальные, религиозные, национальные группы были вынуждены здесь жить гораздо ближе друг к другу. С другой стороны — в политическом представительстве социальных групп не сохранилось изолированных фракций. Современная организация партий плюс избирательная система сделали возможной продолжительную тесную связь фракций и слияние их в партию. Временный союз интересов становился постоянным. Парламентская система голосования весьма пригодна для формирования коалиций, направленных против меньшинства, поскольку речь идет о серии голосований. Если партия А безразлична к проблеме меньшинства X, но партии В важно, чтобы в деле X меньшинство пострадало, она будет согласна голосовать с партией А по делу Y и Z в обмен на ее согласие по делу X.

Как бы ни опротестовывали это сторонники эффективности правительства, основываясь на упомянутом мэдисоновском рассуждении, двухпартийная система с явным большинством не благоприятствует конституционализму как программе по защите меньшинств. Монолитное большинство по всем пунктам может быть беспощадным к меньшинству, а обе парламентские группировки одинаково способны оставлять без внимания тех, кто не

31 The Federalist Papers № 10 (Madison). P. 78.

32 В 1789 г. государственная церковь существовала в семи штатах. Отделение церкви от государства обеспечивало нейтральность на уровне федерации. Джефферсон и Мэдисон ожидали от штатов, что те разрешат всем религиозным конфессиям иметь свои школы.

представлен в парламенте. Поэтому ограничение формирования двухпартийности, двухполюсной системы, в том числе и конституционным путем, может оказаться целесообразным и обоснованным, в то время как эффективность правительства достаточно обеспечивается иными средствами [33].

В результате злоупотреблений властью в XX в. воспрепятствование монополизации власти общественными группами обрело новое конституционное значение и смысл. Основной закон Германии по этой причине учредил принцип "воинствующей демократии". Почти в первые часы после распада коммунистических режимов повсюду была принята поправка к конституции, запрещающая захват власти какой бы то ни было партией, организацией. Это предписание сохраняли обычно и в процессе широкой переработки конституции.

39

В соответствии с классическим понятием конституционализма, конституционное регулирование предполагает подчинение государственных органов праву, с тем чтобы эти органы не могли вмешаться в сферу свободы. После того как в XX в. государственные дотации стали действительно важным фактором государственной, общественной и экономической жизни, стало целесообразным внесение также и в конституцию основных правил, касающихся данной функции государства. Последнее имело и чисто логическую причину: необходимо было выяснить, каким образом узаконивание государственной заботы совместимо с ограничением государства, что, между прочим, является первоначальной конституционной задачей. До середины XIX в. никто и представить не мог, что государство будет масштабно и интенсивно брать на себя выполнение социальных задач, и в этом, собственно говоря, конституции предоставили ему зеленую улицу, основываясь на предпосылках, что минимальная защита основных прав будет вполне уместна. Однако были сформулированы конституционные требования и относительно новой сферы деятельности государства; заинтересованные в этой новой деятельности общественные группы стремились облечь ее в форму конституционных прав и обязанностей. Конституция и конституционализм оказались перед необходимостью выбора. Ибо если принимать ограничения на деятельность государства слишком серьезно, то запреты на вмешательство в экономику и социальные отношения, в том числе направленные на обеспечение нейтральности государства и защиту личных прав граждан, неминуемо вступят в противоречие с новыми требованиями, превращающими институты защиты гражданских прав в непреодолимое препятствие на пути социального обеспечения. Следовательно, новым конституциям XX в. нужно найти форму конституционного контроля государственной социальной деятельности и одновременно примирить социальные права с классическими свободами, которые оказались под угрозой со стороны социальных требований. В самом деле, зависимость от льгот и выгод, признанных в качестве социального права, являет собой новую угрозу для независимости личности и может подорвать условия ее участия в демократическом формировании государственных органов и демократическом определении их деятельности. Действительно, каких решений относительно государства можно ждать от человека, зависящего от услуг государства?

Если мы почитаем современные конституции, у нас сложится впечатление, что они трактуют вовсе не основные принципы государства и не институты власти. Они, скорее, посвящены

33 Многопартийную Третью Французскую республику принято приводить в качестве примера того, как отсутствие большинства полностью парализовало деятельность правительства. Но в этой системе не было ничего, что могло бы побудить членов парламента к сотрудничеству. Исполнительная власть, не имевшая возможности распустить парламента, оказалась полностью во власти этого анархического собрания, не имевшего партийной дисциплины. Правительство, словно зеркало, отражало разрозненность парламента. Министры были не обязаны принимать точку зрения Совета министров даже в том случае, если она выносилась на голосование в парламенте (это и понятно, так как министры несли личную ответственность).

деятельности организации и гарантиям деятельности основных институтов социального устройства. Они полны специальных норм, касающихся услуг,

40

оказываемых государством, и привилегий определенных групп. В социалистических конституциях превалирование определенного вида социального устройства было вполне очевидным. Конституции были отражением светлого будущего и, возможно, черновым наброском, в духе потемкинских деревень, функционирования органов государственной власти. Их прагматическая природа была одной из основных догм социалистической конституционной концепции. Это искажение, как показывает система государственного социализма, по самой своей сущности несет огромную угрозу свободе.

Для классического конституционного порядка достаточно юридического закрепления фундаментальных основ, необходимых для функционирования государства. Эти основы — инструмент обеспечения минимального спокойствия, гарантия защиты меньшинств, без которой и большинство чувствовало бы угрозу в свой адрес. Однако это не то же самое, что включение в конституцию особых общественных ценностей, целевых установок. Классические конституции вовсе не считали это своей задачей. Кроме утверждения универсальных прав на свободу, считавшихся естественной данностью, они не стремились к единству морали и не ставили государству определенных задач. Решение задач государства они оставляли повседневной политике, так как это выходило за рамки конституции, фиксирующей всего лишь структуру государства. В соответствии с этим либеральным взглядом государство считается в целом нейтральным, по крайней мере, на конституционном уровне. Государство не должно вмешиваться в текущие отношения, в формирование экономики, ставить перед нацией цели. Государственная сфера — герметически закрытый мир. Другое дело, что при наличии нейтральности сохраняется властное статус-кво, богатые становятся богаче, бедные, в лучшем случае, могут стараться не отставать (Маркс полагал, что будет происходить массовое обнищание пролетариата).

В противовес этой умеренной общественной роли политики или политической системы в обществе доминируют политические воззрения на государство и правительство как на средство осуществления определенных целей [34].

"В этой конструкции главным фактором, обеспечивающим целостность государства, является не господство права, а общие обязательства

41

по достижению поставленной цели, которую все разделяют; для осуществления этой цели распоряжения и постановления пригодны больше, чем законы, в то же время административные органы, органы надзора и внесудебные органы, плановые договоренности и различного рода "посредничества" между группами интересов благоприятствуют целостности государства больше, чем независимые суды и полицейские силы" [35].

34 Существует мнение, что эта политика может касаться не только экономических целей. Так может выглядеть, например, государство, организованное для военной экспансии или вечного душевного спасения (*O'Sullivan N. The Political Theory of Neo-corporatism / Andrew Cox and Noel O'Sullivan (eds.) The Corporate State. Corporatism and the State Tradition in Western Europe. Edward Elgar. 1988.*)

35 *O'Sullivan N. Op. cit. P. 23.* Однако, по мнению О'Салливэна, два вида политики можно совместить, если административная точка зрения не превращается в решающую, хотя административный подход всегда остается равнодушным к правовой государственности. Однако современный конституционализм способен удерживать административную политику в рамках, если предположить, что чисто корпоративные решения заведомо были исключены и есть социальная группа и

Исчезают разделение частной и общественной сфер, парламентские институты и связанная с этим политическая ответственность, которую считают лишь знаком неэффективного делопроизводства и препятствием на пути к интеграции.

Однако если эти стремления управлять обществом будут признаны конституционными или хотя бы конституция не обеспечит достаточную защиту от них, они способны окончательно подорвать конституционализм, не имеющий обыкновения обещать преимущества, которые можно оценить в течение короткого времени. Согласно псевдонаивной логике восприятия государства как машины по решению задач, нужно выбирать короткие, а следовательно, и эффективные пути. Эта логика хочет и может заставить поверить (к сожалению, также и ничего не подозревающих непосвященных), что своими, отчасти корпоративными, решениями проблем оно может дать прямые и действенные ответы на общественные запросы. По сравнению с простыми и спонтанными решениями, вытекающими из взаимных интересов, классические, затяжные конституционные решения, принятые с грехом пополам, — лишь церемонии, связанные с пустой тратой времени и денег.

Зачем в конце концов замедлять процесс приватизации судебными разбирательствами, зачем передавать эти дела для обсуждения в парламент, который плохо в них разбирается? К тому же для этого имеются полные готовности, хотя и не бескорыстной, органы представительства интересов, палаты, профсоюзы, отраслевые объединения, церкви, филателистические клубы, которые способны "квалифицированно" решить и договориться между собой, какое решение будет "наилучшим" для "заинтересованных". В определении того, кого считать заинтересованным в привлечении его к решению вопросов, в выборе органов

42

представительства интересов, а также в осуществлении выбора между соперничающими решающую роль часто играют пристрастности государства. Об этом сторонники принятия решений органами представительства и новомодного обобществления предпочитают не вспоминать, как и о том, что эти представительства даже внутри данной группы интересов не были признаны демократически. Ведь представительство по наемному труду появляется лишь в том случае, если государство выбирает свой любимый профсоюз или решает, каким образом представителя должны между собой выбирать профсоюзы. Сторонники "обобществления" с энтузиазмом изобретают велосипед, т.е. столь милую сердцу фашистов идею порядка (Ordnungsdenken), и обещают, что путем представительства интересов тот, кто якобы остался без представительства в представительной демократии, получит непосредственное и обильное представительство. Каждому по тысяче представительств! Особенно легко эти представительские стремления могут быть реализованы там, где конституционная структура еще не окрепла. Конечно, умалчивают о том, что все эти заключающиеся с благословения государства сделки между различными группами интересов, как правило, совершаются за счет общества. В том, что эти группы считают себя единственными знатоками в области их функционирования, а следовательно, и исключительно правомочными для урегулирования в своей области, не находят ничего особенного. Не составляет труда заметить, что такая позиция заведомо ограничена интересами и точкой зрения группы, равно как и то, что именно по причине непосредственной заинтересованности в силу больших вложений эти представительства в том или ином сложном обществе иногда играют значительную роль [³⁶] в принятии решений

обязательство в системе ценностей по отношению к классическим конституционным ценностям и правовой защите.

36 С точки зрения политологии это не неокорпоративные образования, поскольку неокорпоративная структура обычно характеризуется треугольной системой в принятии решений (например, работодатели—профсоюзы—государство). Хотя, пытаясь отмежеваться от фашизма, сторонники неокорпоративного метода подчеркивают это, в данном случае нет корпорации с принудительным

и их урегулировании, снимая политическую ответственность и исключая граждан из политической жизни. Тот факт, что то или иное решение кажется широко распространенным, вполне соответствует обыденной логике заинтересованных лиц, т.е.

43

кажется легким, "проще простого", — вовсе не аргумент в пользу его принятия. Решение может быть "проще простого", но простоты явно недостаточно для успешного управления обществом. Такая организация государства несовместима с демократией и народным представительством, с принципами современного конституционализма.

После того как государство поставило перед собой бесчисленное множество общественно-экономических задач, оно оказывается неспособным их выполнить. Поэтому часть функций по урегулированию оно "передает" представителям тех или иных интересов, частично им же контролируемым. Однако, если эти представительства становятся конституционно признанными органами власти, вся система разделения властей разрушается.

Из всего этого ни теоретически, ни практически не следует, что в конституцию не могут быть включены определенные общественные ценности, которые предположительно относятся к гомогенности общества и которые в период формирования конституции могут находиться под угрозой. Характерным примером этого было положение конституции Ирландской Республики, запрещающее развод. Позднее, с ростом роли государства, в конституцию были включены государственные цели, поставившие под угрозу ее нейтральность, ведь в таком случае делом государства становится выполнение определенных задач и, как правило, в чью-то пользу. Это может привести к расколу общества. Определение для себя цели, превращение какой-либо ценности в обязательную может представлять опасность для общественного спокойствия, особенно когда в обществе существует раскол, и разлад в нем происходит именно из-за провозглашенных в конституции ценностей или задач. Вероятность этой опасности велика в том случае, если предписанная ценность, цель воплощает в себе сиюминутные требования политических победителей. В то же время в оправдание конституционализации благ часто приводится тот аргумент, что общество критически расколото, и без государственной поддержки его расслоение будет продолжаться.

С включением в конституцию задач государства, она политизируется [³⁷]. Правда, за счет этого политические вопросы, возможно, будут решаться не только в соответствии с властными силовыми

44

членством, отобранной государством. По формулировке Шмиттера корпоративизм представляет собой такую систему представительства интересов, элементами которой являются ограниченные по количеству, обязательные, неконкурирующие, иерархически организованные и функционально дифференцированные категории, признанные или разрешенные государством (если не созданные им самим) и имеющие монополию представительства в своей области в обмен на то, что они не возражают против определенного подрыва монополии на право выбора своих руководителей, в формулирование требований и в оказываемую им поддержку. *Schmitter P. Still the Century of Corporatism? Review of Politics. 1974. № 36. P. 93-94.*

37 Мексиканская конституция 1917 г., стараясь зафиксировать исход конфликта, длившегося десятилетиями и часто переходившего в вооруженный, радикальным образом ограничила самостоятельность церкви (не касаясь самого отправления культов). Эта же конституция, под знаком социальной справедливости, сделала земельную реформу перманентной. Тем самым Институционально-революционная партия приобрела власть, удерживая ее и по сей день, но одновременно с этим умудрилась закрепить расслоение общества и, в некоторой мере, экономическую отсталость страны.

отношениями, а обретут конституционное измерение, что обеспечит возможность принятия и более уравновешенных решений, а также позволит удержать в юридических рамках политические раздоры. Но это очень опасная игра, так как возможность "приспособления" юридических форм к конкретным ситуациям ничтожна мала.

Что же плохого в том, что конституция отражает требования социальной справедливости? Разве американская конституция не была написана для того, чтобы способствовать развитию общественного блага? Ответ состоит в том, что есть существенная разница между тем, что надеялись стимулировать с помощью конституции, и тем, что предписывается конституцией в качестве цели, реализуемой с помощью законодательной и иной государственной деятельности. Если принимать конституцию всерьез, формулирование той или иной цели влечет за собой далеко идущие последствия, хотя именно конституции, просто провозглашающие цели и просто декларирующие ценности, вряд ли будут восприниматься всерьез. Провозглашенные системы ценностей и выдвинутые цели могут одеть людей, которым конституция обещала свободу, в смиренную рубашку учреждений. Случается, конечно, что люди считают эту смиренную рубашку теплой одеждой (см. описанный случай с системой гомогенных ценностей в Ирландии, где их провозглашение может рассчитывать на поддержку общества, пока сохраняется безусловное принятие этих ценностей).

Но сформулированные в конституции государственные цели нарушают функционирование общества, подчиняют свободу общественной инициативы целям и средствам, определенным централизованно, и ввергают в опасность те свободы, которые конституция первоначально хотела защитить. Цели, по существу, влияют на налоги, увеличивая их. Во имя целей и ценностей на граждан перекладывают все новые и новые тяготы.

На все эти возражения можно ответить, что это лишь предлоги, капризы, идущие от либерального взгляда на мир. У государства может быть иное, высокое предназначение, более важное, чем забота о личной свободе граждан. Либералы санкционируют только существующие, пристрастные и несправедливые социальные результаты и расслоения. В соответствии с их представлением о государственной нейтральности не совсем правильно, когда государство конституционно или без упоминания в конституции стремится к достижению справедливости или иных коллективных целей. Но кто такие эти либералы, чтобы присваивать себе право суждения о правильном общественном устройстве? Настаивание на нейтральности государства — это не только ничем не обоснованное требование, но и непростительная ошибка, так как речь идет о придании законной силы искупительным ценностям.

45

То, что для одной общественной группы представляет подлинную ценность и означает намеченную цель, для другой может быть угрозой душевному покою. Превращение любой истины в государственную в действительности затрагивает суть конституционного порядка, основанного на терпимости и обеспечении друг другу покоя. В таких пределах нейтральность государства все-таки желательна. Это не зависит от того, существует ли в действительности какое-либо взаимное притяжение, имеющее связь с тщательным выбором между классическим либерализмом и конституционализмом как ограничением государственного вмешательства. К тому же не все либералы утверждают, что придание любой государственной цели статуса конституционной разрушает конституционализм. Обеспечение определенных социальных услуг, социальная правовая государственность — все это совместимо с конституционализмом и, в известных пределах, с защитой свободы. Право на социальный прожиточный минимум признавало большинство ранних либералов, не просто в качестве христианского долга или по соображениям практического характера в надежде обеспечить таким образом социальный мир, а и потому, в частности, что для них это

вытекало из прав человека на существование. Но очевидно, что правовое обеспечение прожиточного минимума — это не то же самое, что обещает, скажем, российская Конституция 1993 г. — бесплатное высшее образование, право на бесплатное жилье или получение кредита на его покупку на льготных условиях. И уж никак не вписываются в либеральные понятия о конституции государственные цели, подобные построению за десять лет второй Великой китайской стены (законодательство в дальнейшем определит, кто и сколько должен будет на ней отработать).

Есть доля риска в том, когда конституция сверх основных прав (которые можно сделать универсальными) и прагматических условий общественного спокойствия ищет и фиксирует общественное согласие. Ведь это создает лишь возможность для навязывания пристрастных точек зрения. История конституций показывает, что общественные системы нередко сохраняются благодаря замалчиванию конфликтов, которые разгораются из-за споров о системе ценностей. При этом противоречия иногда разрешаются, а иногда гражданская война затягивается на десятки лет. Так произошло в Соединенных Штатах, где по вопросу о рабовладении в 1787 г. был достигнут компромисс, согласно которому приняли решение: пока возможно, не обсуждать этот вопрос на уровне конституции (десятилетний мораторий содержался и в самой конституции) [³⁸]. Подобным же образом Бельгия в течение целого

46

столетия обходила молчанием вопрос о школах религиозных конфессий (который грозил полным расколом общества). Когда он все-таки был поставлен, оказалось, что его почти невозможно решить.

1.8. ПРАВОВАЯ ПРИРОДА КОНСТИТУЦИИ

1.8.1. Верховенство конституции. Сложность процедуры внесения поправок как средство охраны конституции

Конституция эффективна прежде всего тогда и потому, что она обязательна к выполнению. Простые заявления, особенно если они не связаны с какими-либо религиозными верованиями, вряд ли могут повлиять на поступки людей. Конституции как творения современных государств имеют возможность быть реализованными в юридических ведомствах. Не случайно пропагандисты социалистических конституций считали столь важным подчеркивать их программно-декларативный характер.

Однако само по себе приведение конституции в нормативное состояние, придание ей обязательного юридического статуса мало что значит. Для того чтобы определять правовую систему, конституции нужно быть альфой и омегой права [³⁹], основным законом, стоящим над всеми остальными юридическими нормами. В Великобритании, к примеру, законы, обеспечивающие принципы конституционализма, если эти принципы вообще сформулированы в виде законов, в любое время могут быть заменены другими законами. В любых других культурах это сделало бы конституционализм теоретически невозможным. Верховенство конституции как правового регулятора следует обеспечить правовыми техническими способами.

38 См.: *Holmes S. Passions and Constraint*. Chicago, 1995. P. 202.

39 Американская Конституция (абз. 2 ст. VI) объявляет Конституцию и законы Соединенных Штатов (вместе с одобренными Конгрессом международными договорами) верховными законами страны. Это положение относится к главенству федерального права по отношению к праву штатов, а не к главенству конституции над другими правовыми нормами. Однако отцы-основатели были единодушны в том, что Конституция возвышается над всеми законами. Таковую концепцию реализовал Верховный суд.

1.8.2. Внесение поправок в конституцию

Процедура внесения поправок в конституцию, какой бы в техническом отношении она ни была, является существенным элементом конституции и конституционализма. Это подтверждает и скрытый кризис венгерского конституционализма. Ведь если конституцию можно изменить, как изменяют простой закон, ничто не обеспечит ей особое место

47

в правовой системе. При отсутствии усложненных правил внесения поправок конституция в любой момент может стать жертвой случайности, если какое-нибудь ее предписание окажется препятствием на пути сиюминутной законодательной импровизации и реализации чьих-либо интересов. Исчезло бы благодатное самоограничение, обеспечение которого является задачей конституции, исчезли бы все содержащиеся в конституции гарантии. И, конечно, исчезла бы прямая связь с народным суверенитетом, столь важная при создании конституции. Легитимация всей политической системы оказывается под угрозой, если содержание конституции становится предметом торгашеских сделок [⁴⁰].

Из сказанного не следует, что мы должны воспринимать конституцию как не поддающуюся коррекции. Джефферсон категорически утверждал, что под знаком демократического усиления конституции необходимо предоставить каждому поколению изменять ее. Дело в том, что унаследованный тем или иным поколением текст составлялся без его участия, и предыдущее поколение не вправе определять, как должно жить следующее поколение, которое не могло согласиться с принятием данных правил конституции хотя бы по той причине, что не имело для этого возможности. Фактом стало то, что соображения Джефферсона не подтвердились, и текст американской конституции оказался одним из самых стабильных в мире. Новые поколения вырастают в это относительно нейтральное устройство жизни, которое судебная и административная практика (при поддержке Конгресса) способна привести в соответствие с изменениями в жизни страны без модификации текста.

48

Поправки к Конституции Соединенных Штатов с 1787 г. вносились в общей сложности семнадцать раз. И что примечательно, принимая во внимание суть первоначального текста за исключением раздела о выборах в Сенат, следует сказать, что он менялся почти исключительно за счет внесения дополнений. (Безусловно, дополнение может привести и к существенным изменениям, таким, например, как введение избирательного права для

40 Именно в этом состоит одна из основных проблем венгерской Конституции, возможно, уникально противоречивой в техническом отношении. Создание новой конституции является задачей парламента, причем действующая конституция не требует для этого даже двух третей голосов. Помимо "мягкости" этого правила, следует отметить, что оно страдает еще одним принципиальным недостатком: в конституции нет строгих предписаний, охраняющих само положение конституции о порядке внесения поправок, следовательно, ему не хватает самообязывающей силы. (Положение об изменении порядка внесения поправок должно быть более строгим, чем сама процедура их внесения.) Нетрудно понять, что любая временная политическая коалиция на свой лад в одночасье может изменить конституцию; достаточно сослаться на опыт последних пяти лет. С 1989 по 1994 г. не менее 10% текста было изменено или дополнено, ни один год не проходил без внесения поправок (за исключением 1993 г.). Почти все поправки либо были вызваны введением того или иного закона, противоречащего конституции, либо служили чьим-то конкретным соображениям и удобству. Трудно найти метод, с помощью которого можно было бы более удачно воспрепятствовать формированию в обществе уважения к конституции, чем этот.

женщин.) В германский же Основной закон за сорок с лишним лет был внесен целый ряд значительных поправок, текст изменился, по крайней мере, в 120 пунктах. С австрийской Конституцией за семьдесят лет было связано принятие шестиста законов о внесении поправок в конституцию.

Юридическая трудность технического характера, обуславливающая внесение поправок, не представляет собой препятствия при наличии соглашения по основным вопросам, однако, вне всякого сомнения, большое число поправок в вышеуказанных примерах свидетельствует о том, что процедура внесения поправок может быть и достаточно легкой. Германская конституция в целом легко восприимчива к поправкам, за исключением не подлежащих изменению положений об основных правах граждан и правах земель. Для внесения поправок необходимо всего две трети голосов в обеих палатах; на первый взгляд едва больше, чем предписывает венгерская Конституция. В действительности же это означает необходимость согласия значительной части земель (правительств земель). Бельгийская же конституция следует голландско-норвежским правилам внесения изменений, что сильно связывает руки, поскольку в случае принятия предложения по внесению поправок в конституцию парламент должен быть распущен, и лишь новый парламент сможет принять поправку, а это превращает выборы в квазиреферендум. Очевидно, что политики и депутаты не рискуют мандатом в разгар парламентского цикла, даже ради симпатичного им антиконституционного закона.

На первый взгляд, более "демократичным", чем это голландское правило, является референдум, который на самом деле в большинстве случаев облегчает процесс изменения конституции. Практика всенародного голосования применяется в ряде американских штатов, в Швейцарии, Австралии, Франции и в остальных странах, для которых Пятая республика послужила моделью (например, в России по Конституции 1993 г.). Но даже французы чрезвычайно осторожны с референдумами. Согласно французскому праву, для того чтобы инициировать процесс внесения поправки в конституцию, необходимо единогласное решение обеих палат, и референдума можно избежать, если по предложению президента обе палаты действуют совместно как Конгресс.

49

В этом случае 3/5 голосов "Конгресса" достаточно для принятия поправки. Это делает французскую Конституцию, если Президентом будет кандидат, поддерживаемый парламентским большинством (как в 1995 г.), одной из самых легких для изменения в мире, хотя она будет иметь при этом сильную народную поддержку, поскольку Президент избирается прямым народным голосованием.

В Швейцарии инициатива относительно изменения конституции может исходить и от населения (за 18 месяцев для этого необходимо собрать не менее 100 тыс. подписей). От парламента инициатива по изменению конституции исходила в ста с лишним случаях с процентом успеха в семидесяти случаях. По сравнению с этим народные инициативы (т.е. попытки политического меньшинства) за сто лет увенчались успехом восемь раз, т.е. эта форма изменения конституции не слишком многообещающа.

В федеративных государствах иногда с помощью референдума необходимо утверждение поправок к конституции в определенном большинстве субъектов федерации. Предлагать поправки к американской федеральной Конституции может Конгресс (большинством голосов в две трети в обеих палатах) или же две трети штатов могут потребовать созыва Конвента для внесения таких предложений. Предложение необходимо одобрить голосами 3/4 штатов, либо в законодательных органах, либо в созданных специально для этой цели конвентах (здесь право штата является определяющим). Неудивительно, что поправки 1787—1788 гг., за исключением десяти практически заранее запланированных дополнений к

Декларации прав, вносились очень редко и, не считая поправок, принятых в период гражданской войны (когда противники аболиционизма не имели представительства), касались техники управления страной (если не считать безуспешного "морального" и алкогольного запретов).

Ужесточение правил корректировки венгерской Конституции можно оправдать теоретическими соображениями, международным опытом, техническими издержками, которые возникают из-за добавлений к тексту, а также потерей ее авторитета. Целесообразно не подвергать изменениям основные права, иначе говоря, не сужать их. Германский Основной закон провозглашает неприкосновенными защиту человеческого достоинства и право на сопротивление власти. Правила изменения конституции по голландской системе (предусматривающие роспуск парламента) обладают большей надежностью по сравнению с референдумом. Исключение в теоретическом и практическом отношениях могут представлять вопросы, касающиеся государственного и национального суверенитета; в частности, обоснованным может быть всенародное голосование по вопросу присоединения к военным блокам.

50

Применение упрощенных, облегченных процедур не только допустимо, но и желательно в случае принятия таких поправок, которые связаны с передачей суверенитета международным организациям в вопросах экономического законодательства и связанными с ними дальнейшими поправками, проистекающими из членства в этих организациях. Данное условие этого основано на предшествовавшем ему конституционном одобрении решения о присоединении к этой организации и на предварительном конституционном контроле каждого конкретного предложения. Такой механизм необходим для вхождения в Европейский Союз, ведь именно Конституция устанавливает форму ратификации присоединения к Союзу [41].

1.8.3. Обязывающий характер конституционных норм

Сам по себе характер основного закона — своеобразное верховенство — еще не решает вопроса о том, кого обязывает конституция. Относится ли это только к законодательству или ко всем государственным органам? И можно ли, учитывая обязательную силу конституции, ссылаться на нее перед любым судом? Насколько конституционные предписания имеют прямое действие?

Социалистическая концепция конституции как программного документа подавала мысль о том, что конституция непосредственно неприменима, она лишь программа для законодательства, указывающая его направление.

41 В случае принятия новой конституции на референдуме имело бы смысл предусмотреть в ней разрешение на присоединение к Европейскому Союзу. Принимая во внимание гражданские тяготы, связанные с присоединением, легитимация была бы мотивированной (независимо от того, появится ли новая конституция). Если конституция принимается не на референдуме, то необходимо установить возможность для граждан выразить свое мнение по поводу вступления в ЕС. В первую очередь практический характер имеет политический вопрос, согласно которому разработку конституции, начавшуюся в 1994 г., продолжат по действующим правилам или достаточно того, чтобы правила создания новой конституции были изменены в соответствии с действующими процедурами. Последнее может означать, что допускается возможность пренебречь референдумом, дав новому парламенту впоследствии утвердить конституцию. Однако это может означать также, что будет изменен порядок народного референдума. Этого, вероятнее всего, не избежать, поскольку требование для придания законной силы утверждаемому народному голосованию 50-процентного участия избирателей — необоснованно высокий запрос.

В смысле содержания (в общественном или политическом, только не в юридическом) конституция как основной закон государства (закон наивысшего ранга) носит обязывающий характер в силу особого способа ее принятия или ратификации. Люди, отвечающие за создание конституции или ее последующую ратификацию, делают ее

51

выражением народной воли, национальной юридической нормой самого высокого порядка. Но это народно-общественное признание, согласие принять конституцию или подчиниться ей не лишено проблем, так как всякую имеющую хоть какую-нибудь ценность конституцию учреждали за десятки лет до ее фактического применения. Для Джефферсона решение предыдущего поколения не имело обязательной силы. Согласно ходу его мыслей, не мы создавали конституцию, и независимо от того, согласен ли был в свое время с ее текстом народ, "тех, кто ее писал, давно нет в живых" [42]. Силу и актуальное значение придают конституции ее постоянное применение и судебная практика.

Правовые государства принимают положение о том, что конституция имеет обязательную силу, но придают этой нормативности различный смысл из-за множественности представлений, относящихся к структуре правовой системы и функций судов. Там, где судебный контроль принимают за правило, использование конституции, в первую очередь, означает, что компетентный в данном деле суд может проверить, соответствует ли применяемый закон предписаниям конституции. Другое дело, если суд не имеет такой компетенции, а также если предстоит решить, является ли предписание конституции, при отсутствии конкретизируемых, правовых предписаний, достаточным основанием для принятия решений в конкретных делах, т.е. применимо ли оно непосредственно [43]. Самая консервативная концепция заключается в том, что только отдельные, специально сформулированные конституционные предписания действуют непосредственно: "Конституция прежде всего — провозглашение принципов основополагающего закона. Ее постановления, как правило, являются лишь указаниями легислатуре принять закон для достижения целей, установленных разработчиками конституции, или некоторыми запретами легислатуры принимать определенные законы; в то же время только те, кто принимает конституцию, имеют возможность сделать какое-либо из ее положений непосредственно реализуемым" [44].

Возможно, это предположение справедливо, но значительная часть классических конституционных положений явно провозглашают право или устанавливают полномочие, и в этом случае они содержат вполне определенные обязательства. Сравнительно легко толкуются и конституционные запреты; действие запретов является прямым, т.е.

52

распоряжение, принятое вопреки предписаниям, нужно оставить без внимания при условии, что в данной конституционной системе существует судебный контроль. Иначе обстоит дело, если в конституции определены общие задачи государства. Касающиеся этого разделы конституции могут уподобиться пустым словам, поскольку согласно господствующим сегодня взглядам, если даже суд имеет контрольную функцию, он не может обязать государство, за исключением особых случаев, достигать государственных целей и выполнять

42 *Brest P.* The Misconceived Quest for the Original Understanding. *Boston University Law Review*. 1980. № 60. P. 204, 225.

43 Когда правовая норма применима непосредственно, то в англосаксонской правовой терминологии говорят о норме, исполняющей самое себя (self-executing). В Европейском Союзе этому соответствует прямое действие предписания Союза (direct effect).

44 *O'Neil v. White*. 22 A 2d 25 (Pa.1941).

задачи тем, а не иным образом. Эта на первый взгляд техническая проблема может подорвать авторитет конституции и/или судов.

Рассмотрим для примера статью конституции штата Пенсильвания [45], согласно которой народ имеет право на чистый воздух, чистую воду, неповрежденные исторические памятники и т.д., и государству, словно привратнику, необходимо охранять находящиеся в общественной собственности природные ресурсы и культурное наследие.

Какую силу имеет такая статья? Может ли суд применять ее непосредственно для принятия того или иного конкретного решения? Если нет закона об охране исторических памятников, может ли суд заявить, что по вине законодательного органа, располагавшего конституцией, произошло упущение? Может ли он обязать законодательный орган принять соответствующий закон? Только конституционные суды имеют такие полномочия, у простых судов их нет, и не везде они могут обратиться к конституционному суду. Что же может сделать конституционный суд, Верховный суд США или любой другой суд, наделенный правом судебного пересмотра? Он может найти упущение, но не может принять закон [46]. К тому же, если суды слишком часто будут пользоваться этой возможностью, не вынося эффективных приговоров, они потеряют авторитет.

На основе рассмотренной выше конституционной статьи один суд первой инстанции объявил действительным разрешение на строительство здания, так как, по мнению присяжных, оно не нарушает права граждан на государственную охрану исторических памятников. Суд высшей инстанции решил, что в силу отсутствия закона об охране исторических памятников применять в данном случае нечего. Суд высшей инстанции мог бы, конечно, заявить, что он, используя статью конституции, сам решает, портит ли запроектированное здание

53

ансамбль и облик исторического памятника. Однако эта возможность была отвергнута с той мотивировкой, что, если суд признает прямое действие конституции, это может привести к тому, что исполнительная власть будет выносить распоряжения по данному вопросу без всяких дальнейших указаний [47].

Итак, установление государственных задач создает специфически напряженную ситуацию, так как оно предписывает конституционные обязанности, к исполнению которых суды совершенно не способны принудить. Если суды принимают решения сами, то таким образом они вторгаются в компетенцию законодательства или исполнительной власти. Так поступил американский судья, который определил государственное финансирование одной школы со следующим предписанием: дети бедных, обучающиеся в ней, получают такое же по уровню образование и такие же учебные пособия, как и школьники, проживающие в богатых районах. Если же суды не решают вопрос по существу, но объявляют, что конституция должна исполняться законодательными органами, они тем самым осуждают законодательство за упущение, возможно, безрезультатно. При этом хотя и утверждается принципиальная позиция Конституции, заинтересованным лицам не обеспечивается такое

45 Раздел 27 Конституции штата Пенсильвания, о котором идет речь, был принят на референдуме.

46 Согласно швейцарскому Гражданскому кодексу, при отсутствии правовой нормы судья может выступать в качестве законодателя; французское право категорически запрещает судье избегать рассмотрения дела по существу, ссылаясь на отсутствие правовой нормы.

47 На федеральном уровне в Соединенных Штатах не принято выносить решения об обязанности федеральных властей принимать законы, так как на основании текста Конституции государство не имеет позитивных обязательств по содействию правотворчеству или по выполнению подобных задач (*Commonwealth v. National Gettysburg Battlefield Tower, Inc.*, 302 A. 2d 886 (Pa. Commw.); 311 A. 2d 588 (Pa. 1973).

положение, какое им обещает конституция. Это подрывает престиж всей правовой системы и суда [⁴⁸].

Ситуация становится однозначной, если в конституции прямо записано, что она нуждается в дальнейшем совершенствовании. Очевидно, что такая норма говорит больше, чем общая формулировка, согласно которой Венгерская Республика почитает институт семьи. Но именно в венгерской Конституции техника формулировок может привести к прямо противоположному результату. На первый взгляд, конституция, защищая различные основные права, в иных случаях для предотвращения делегирования законодательных полномочий, нередко пользуется оборотом "(данный вопрос) регулируется законом". Например, согласно абз. 5 § 57 "каждый может подать жалобу в соответствии с установленными законами..." Не будь такой ссылки на закон, статью

54

конституции можно было бы применять непосредственно, и только выбор компетентного органа требовал бы некоторого уточнения. А так, при отсутствии "регулирующего" закона, ничего не может произойти, нет жалоб, разве что Конституционный суд может вынести решение о недочетах Государственного собрания, которое может быть принято или не принято во внимание.

Парадокс ситуации заключается в том, что вышеназванный оборот служит чаще всего не для того, чтобы сделать право нереализуемым, позволяя законодателям обесценивать конституцию (наличие у них такого лукавого намерения трудно отрицать, например, в связи с провозглашением во многих конституциях права на убежище). Позволение законодателю регулировать права или основные институты посредством принятия законов служит для того, чтобы воспрепятствовать исполнительной власти непосредственно самой осуществлять такое регулирование. К тому же для надежности закон может быть принят большинством в две трети голосов. Однако там, где конституция предписала квалифицированное большинство по защите прав и основных институтов, при отсутствии соответствующего соглашения, навязчивая идея, связанная с ролью государства, активно способствующего осуществлению права, сама вынуждала государственные органы впасть в антиконституционное состояние. Если бы мы не думали, что без государства нет свободы, не нужно было бы слова конституции понимать так, что каждое право или свобода должны быть записаны в законе, будто без этого костыля свобода прихрамывала бы.

В Конституции Венгрии, например, говорится, что "для принятия закона об ограничении информационных монополий необходимы голоса двух третей присутствующих депутатов". Ставший жертвой вышеупомянутой навязчивой идеи, Конституционный суд сразу истолковал это следующим образом: такой закон надо принимать, иначе монополия никогда не устранилась, а в соответствии с логикой "непрямого действия" это дело не подлежит рассмотрению в обычном суде. Конечно, это логически вытекает из того, что правительство по своей воле ничего не сделало для ликвидации монополии. Теоретически информационная монополия могла бы прекратить свое существование и по решению правительства. Конечно, если исполнительную власть необходимо принудить к действиям, направленным на демонополизацию, то на это способен лишь закон. Так как по этой концепции все свободы ожидаются от государства, от его стимулирующих и защищающих действий, результатом, при отсутствии стимулов в виде соответствующих законодательных актов, будет укрепление антиконституционного состояния. Если правительство разрешило бы частную информационную деятельность в забронированной для себя сфере влияния и

48 Конкретное нарушение конституции в какой-то мере смягчается, если суд может принять решение о возмещении убытков, проистекающих из несовершенного законодательства, за счет государства. (Так обстоит дело в Соединенных Штатах; после дела *Francovich* (1991) — и в Европейском Союзе, если государство-член не включает союзную норму в свою правовую систему.)

исходя из конкретных решений, положение тотчас же улучшилось бы. Конечно, еще надежнее такой вариант решения проблемы, при котором Конституция просто-напросто запрещает информационную монополию. Если же в этом случае закон не нужен и, следовательно, каждый может вещать (как в Румынии) до тех пор, пока действующие лица не сподобятся договориться либо выступая единым фронтом, либо под давлением необходимости положить конец хаосу, законодатели за дело не возьмутся, несмотря на то, что у них есть конституционная обязанность сделать это. Политика руководит законодателем, а ограничения накладывает только конституция. Иначе говоря, конституционный мандат приобретает политическую окраску.

Глава 2

УКРОЩЕНИЕ ДЕМОКРАТИИ

2.1. Разбавленный народный суверенитет и слабая демократия. 2.2. Власть большинства. 2.3. Конституционное ограничение демократии. 2.4. Референдум и дестабилизация.

Тирания законодателей — вот сегодня самая большая опасность...

Томас Джефферсон

2.1. РАЗБАВЛЕННЫЙ НАРОДНЫЙ СУВЕРЕНИТЕТ И СЛАБАЯ ДЕМОКРАТИЯ

Конституция — это средство ограничения государственной власти, т.е. той власти, которая в процессе эволюции современного государства была определена именно как сила, которую нельзя ограничить и укротить. Правителя, по мнению Ж. Бодена, никто и ничто не связывает. Когда государство начали отделять от правителя, оно "унаследовало" неограниченную верховную власть этого правителя. Государственный суверенитет означает, что над обитателями данной территории довлеет лишь воля государства в границах этой территории. В судьбу подданных государства, в решения, касающиеся данной территории, не может вмешиваться посторонняя сила, другое государство.

В соответствии с принципами демократии управление возможно лишь с согласия управляемых. Наиболее совершенная форма такого согласия возникает, когда граждане управляют с помощью ими же созданных для себя законов. "Самоуправление" может принимать форму представительной или непосредственной демократии. Демократическое управление осуществляется ради народа и посредством народа, в законах воплощается воля народа.

Ж.Ж. Руссо пошел дальше: суверенитет правителя и государства он заменил суверенитетом народа. Эта идея прекрасна, если она означает, что никто не может властвовать над людьми и что управлять собой могут только сами люди.

Однако Руссо от этого народного суверенитета откусил слишком большой кусок; столь огромную власть необходимо разрезать на ломти, и все же Руссо, голова у которого вскружилась от полноты власти, и слышать не хотел о разделении властей.

До перехода к народному суверенитету власть государства и правителя люди возводили к их первоначальной власти над самими собой, однако с тем решающим ограничением, что право распоряжения они передали правителю, записав это в договоре. Дж. Локк считал, что этот договор не означает полного отказа народа от своих прав: за ним остается право, по крайней мере, вернуть себе отданные права, если власть не оправдывает оказанного ей доверия и нарушает первоначальный договор. Руссо сделал шаг дальше. По его мнению, народ не теряет своей свободы и после заключения общественного договора. Граждане продолжают пользоваться своими правами, даже если они организовались в государства.

Здесь аргументация Руссо делает странный поворот — отчасти потому, что непосредственное выражение воли народа на территории, большей, чем территория города-государства, наталкивается на непреодолимые технические трудности. В обществе, организованном как государство, первоначальная свобода, характеризующая естественное состояние, теряет свою важность, поскольку после установления политического общества получает свое полное развитие моральная сущность индивида. Следовательно, в обществе носителем всеобщей воли будет само общество. Нельзя даже сказать, что волю народа выражает воля большинства, хотя во многих конституциях указывается, что источником всякой власти является народ.

Руссо видел источник закона в некоем мистическом фантоме, именуемом "всеобщей волей", и связал народное представительство с законодательной функцией, заложив тем самым основу своего ошибочного учения о верховенстве законодательства, выражающего народную волю. Согласно учению Руссо, которое можно толковать по-разному и которое было истолковано по-разному, в законе должна выражаться всеобщая воля. Меньшинство просто не смогло признать всеобщую волю, и входящему в меньшинство гражданину нужно быть благодарным за то, что ему навязывают волю большинства и тем самым освобождают от его собственных ошибок.

То обстоятельство, что индивида для "исправления" ошибок могут лишить основных прав, Руссо не беспокоило. Бенжамин Констан, со своей стороны, полагал, что реализация целей французской революции — программы Просвещения — была доведена до полного краха идеей Руссо о народной воле. Он считал, что для Руссо было практически безразлично, как выражается эта всеобщая воля. Народу не обязательно осуществлять власть, так как народ не в состоянии постоянно определять и формировать суверенитет.

Поскольку народ и государство сливаются у Руссо воедино, он даже не считает необходимым провести грань между индивидами,

58

составляющими народ, и государством; более того, иногда он прямо выступает против такого разделения — во имя формирования единой воли. Суверенитет народа нельзя передать, представительство не имеет места. Но так как нет решения для выражения монолитной и абсолютной власти, в конечном счете, не имеет значения, как определяется народная воля: поскольку воля, выраженная путем любого представительства, искажается и поскольку Руссо болезненно относится к восстанию своего любимца — народа, поэтому дело народа лишь сигнализировать, что он думает, особенно если находит, что правитель нарушает конституцию.

Руссо поставил себя в неразрешимую ситуацию, ибо для того, чтобы люди могли принять закон, соответствующий всеобщей воле, они должны быть такими, какими они могут быть только следуя закону. В качестве выхода из тупиковой ситуации он предлагает самый неудачный сценический трюк: закон провозглашает посланный Провидением государственный муж. Осуществить народный суверенитет может кто угодно, даже одна-

единственная личность. Вполне естественно, что предсказание Руссо о посланном Провидением муже-законодателе было любимой идеей Наполеона. Естественным кажется и то, что идея народного суверенитета по сей день привлекает политиков; если политик выигрывает и если получает возможность представлять народный суверенитет, он приобретает тотальную власть [49].

Аббат Сьейес (1748—1836) на место "эмпирического" народа поставил нацию, придав лишь другую форму основной ошибке Руссо, вытекающей из его учения о народном суверенитете. Хотя эта замена и лишила народ непосредственного влияния, но вытеснившее понятие народ абстрактное понятие нации в период 1789—1815 гг. (и с тех пор) стало лозунгом националистов. Власть лиц, провозглашающих себя представителями нации, столь же деспотична, что и власть людей, никого, кроме самих себя, не представляющих.

В концепции народного суверенитета, а также заменившего его национального суверенитета государство и общество сливаются в единое целое. Или смешиваются друг с другом? Их однородность, *согласие* нарушают лишь введение антидемократического разделения властей отвратительными либералами, да конституционализм с его требованием ограничения власти. И хотя это возражение встречается и у Карла Шмитта, лишь устройство государственного социализма приближается к нерушимому единству государственной власти, которое служит единству рабочих и крестьян, милостиво допускающему иногда в елейный образ святой троицы интеллигенцию, предлагая иллюзию гармоничного общества.

59

Конституционализм встроил демократические элементы народного представительства в свою систему ограничения произвола лишь в результате долгого процесса развития. Либеральные мыслители воспринимали народный суверенитет Руссо как вредное учение. По мнению сторонников либерального конституционализма, безраздельный суверенитет ставит личность в полную зависимость от государства, так как он исключает разграничение власти, оберегающее личность, ради мнимого общественного единства. Учение либерального конституционализма разработали деятели, преследуемые тоталитаризмом французской революции, однако и сторонники позднего конституционного государства с кислой гримасой на лице отзываются о народной воле. Макс Вебер, например, считал народную волю фикцией, а демократическое самоуправление — нелепостью. "Это все равно что воля покупателя обуви, которому нужно решить, какими качествами должен отличаться обувщик. Покупатель обуви знает, где жмут ботинки, но не знает, как сшить их по мерке" [50].

Известное демократическое понимание народного суверенитета как происхождение всякой власти от народа и функционирования ее при посредничестве народа связало все же себя прочными узами с идеей конституционализма. Эта связь восходит к временам, предшествующим народным революциям. Французская Конституция 1791 г. одновременно провозглашает разделение властей и народную волю [51]. Другой вопрос — реальность это или воображаемый брак независимо от того, насколько в него верили. Ныне подобные идеи отстаивают Соединенные Штаты, причем американская концепция конституционализма исходит из того, что воля народа является формой самоуправления: "Мы, американцы,

49 См.: *Constant B. Political Writings*. Cambridge, 1988. P. 175.

50 Письмо Микелсу от 4 августа 1908 г. цит. по: *Mommsen*. Op. cit. P. 395. Оговорки Вебера в отношении демократии отражают очень важное и распространенное не только в Германии воззрение. По крайней мере, Лео Страус полагает, что уже Гегель в своей "Философии права" считал легитимной такую конституционную монархию, в которой бразды правления находятся в руках высокообразованных чиновников, назначаемых монархом, и в которой соблюдаются права человека. *Strauss L. Preface*. 1962. *Spinoza's Critique of Religion*. Schoecken Books. 1965.

51 Руссо в "Общественном договоре" (II.2) яростно напал на Монтескье, потому что тот считал суверенитет делимым.

уверены в своей политической свободе. Мы уверены, что осуществляем самоуправление. Если кто-то управляет людьми, мы говорим: управлять должны не кто-то со стороны, а сами люди. Поэтому, когда речь идет о наших собственных делах, мы не допускаем контроля со стороны чужаков... Мы уверены, что справедливость правительства проистекает из согласия людей иметь такое правительство" [⁵²].

60

Конституционализм относится к демократии с недоверием. Это не обязательно означает враждебность. Конституционализм, независимо от того, какого мнения придерживаются отдельные его представители о народовластии, в целом занимает в этом вопросе нейтральную позицию, пока демократизм не грозит деспотизмом. Большинство современных конституций краеугольным камнем политического строя решительно признают равное избирательное право как начало реализации политической власти. Американские отцы-основатели Конституции верили в народ (после того, как сузили круг людей, относящихся к нему). Конституционализм и конституции попросту не могли обойти стороной самую популярную легитимационную идеологию нашего времени. Но независимо от этого демократическое осуществление власти может быть и опасным для основных прав и свобод человека. Конституционализм, хотя и воспринял в современных условиях отдельные элементы демократического политического процесса, делает попытку укротить демократическое народовластие. Он предлагает такие конкретные институты осуществления власти, которые в определенных границах препятствуют также тираническим устремлениям демократии. От этого конституционализм еще не становится противником демократии, он лишь не восхваляет ее. "Мы не можем позволить себе лизать пятки демократии именно потому, что являемся ее друзьями и союзниками" (Л. Страус).

Конституционализм, в отличие от выражения доктрины народного суверенитета в законах, принятых большинством голосов, считает неприкосновенными отдельные основные права и ценности. В этом мировоззрении конституция вместо провозглашения народного суверенитета становится фактором ограничения суверенитета, стремясь предложить для этого соответствующие институциональные согласования.

Учение Руссо, несмотря на его недостатки, нашло многочисленных последователей, высказывавшихся в пользу демократии. Демократию ни в коем случае нельзя отождествлять с конституционализмом, напротив, связь между ними скорее можно охарактеризовать как напряженную, граничащую с враждебной. Однако идея демократизма оказалась настолько эффективной, что современная конституционная система не может существовать без демократической легитимации. Следовательно, идея современного конституционализма не отрицает народный суверенитет и включает в свою систему определенные приемы и принципы демократии.

"Необходимо радикально изменить перспективы, свойственные как либеральным теориям, так и демократическим воззрениям: источник

61

легитимации — не заведомо определенная воля людей, а, скорее, сам процесс выработки легитимного решения. Легитимное решение отнюдь не представляет волю каждого — оно является результатом того, что в его принятии участвовали все граждане. Легитимность результата происходит не из суммирования предварительно уже сформировавшейся воли всех, а из процесса формирования воли каждого. Принцип предварительного обсуждения является одновременно индивидуалистическим и демократическим... Мы решительно

утверждаем это даже ценой риска вступить в противоречие со старой традицией, согласно которой легитимное право представляет собой результат общего обсуждения, а не выражение всеобщей воли. Тем самым бремя доказательства перекладывается с морали граждан на их разум, на такие процессы формирования мнения и воли, которые должны обосновать предположение, что они позволяют добиться рациональных результатов" [⁵³].

Демократия в этом конституционном, т.е. ограничивающем власть, толковании означает: именно потому, что народ является суверенным, никто и никакой орган не может потребовать себе суверенную власть. Власти у него может быть лишь столько, сколько ему передал народ. С другой стороны, суверенитет народа не означает, что носитель суверенитета может суверенно распоряжаться поведением каждого человека.

"Руссо не принял во внимание эту истину, и этот недостаток "Общественного договора" сделал его лучшим сторонником всякого деспотизма.

Там, где начинается индивидуальное существование и независимость, кончается юрисдикция суверенитета... Одобрения большинства недостаточно, чтобы оправдать его действия" [⁵⁴].

62

2.2. ВЛАСТЬ БОЛЬШИНСТВА

Когда осуществляется воля большинства народа, всегда сохраняется опасность, что она будет подавлять меньшинство. Правила демократии отнюдь не дают гарантии того, что осуществляется действительно власть большинства — пусть даже в представительной форме. В парламентских представительных системах, действующих на основе принципа мажоритарности, для избрания представителя в парламент необходима по крайней мере половина голосов избирателей, затем для

62

принятия закона достаточна половина (как по бельгийской конституции) или четверть (как в Венгрии) представителей. Может случиться, следовательно, что даже в случае более строгих требований (как в Бельгии) для принятия закона окажется достаточной воля лиц, представляющих лишь четвертую часть избирателей; в других странах для того, чтобы в соответствии со всеми формальными условиями демократической легитимности был принят закон как выражение народного суверенитета и всеобщей воли, практически достаточно голосов представителей 5% населения [⁵⁵].

53 *Manin B.* On Legitimacy and Political Deliberation // *Political Theory*. 1987. № 15. P. 351.

54 *Constant B.* Op. cit. P. 177.

55 Действительность выборов или вовсе не зависит от минимума участвующих в выборах, или устанавливается минимальный (в размере 50%) предел участия. (Обязательное участие в выборах, которое могло бы быть условием воли большинства, существует лишь в немногих странах, в частности, в Бельгии.) Для получения парламентских мандатов в большинстве случаев достаточно и относительного большинства; предельные величины и другие коэффициенты избирательной техники ведут к дальнейшим искажениям. То обстоятельство, что Маргарет Тэтчер получила в 1987 г. 58% парламентских мест на основе 42% голосов избирателей, вовсе нельзя считать редкостью. Однако забавно то, что в 1979 г. ее партия на основе большего количества голосов получила меньше парламентских мест, и то, что в 1974 г. Вильсон с меньшим количеством голосов получил больше парламентских мандатов, чем консерваторы с большим количеством голосов. В 1994 г. Венгерская социалистическая партия на основе неполной трети голосов избирателей получила 53% мест в Парламенте. Примерно те же пропорции наблюдались в Польше после выборов 1993 г. Если добавить, что в выборах фактически принимают участие около 60% граждан, воля 20% избирателей через посредство воли большинства становится волей суверенного народа, и технически вполне

Большинство депутатов, представляющих большинство избирателей (так называемое большинство по двойному мажоритарному представительству), приемлемо в качестве источника законодательства для большинства конституций. Точнее говоря, конституции, как правило, обходят этот вопрос молчанием, поскольку с точки зрения конституционализма демократия определяет себя так, как ей хочется. Существует лишь условие: каждый должен иметь равные шансы для участия в формировании этого демократического решения. А это очень мягкое условие, особенно если учесть, что оно должно реализовываться в

63

течение продолжительного времени. Другими словами, существующее большинство может устанавливать, каким образом должно возникать это большинство, с тем условием, что созданное таким методом большинство снова определит способ возникновения следующего большинства^[56]. Конституция лишь фиксирует, кто может принимать участие в образовании большинства, а также в определении правил создания большинства.

2.3. КОНСТИТУЦИОННОЕ ОГРАНИЧЕНИЕ ДЕМОКРАТИИ

Говоря о представительной форме власти, о всеобщей воле и народном суверенитете, выраженными через выборы, мы принимаем, по сути дела, проявление воли большинства избирателей. К тому же это большинство почти в любой политической системе представляет собой власть "размноженного" меньшинства — мажоритарность осуществляется лишь постольку, поскольку все могут принимать участие в выборах на основе правил, искажающих результат. В принципе каждый имеет возможность создавать демократическую систему, в которой осуществима и власть большинства. Но, когда мы говорим, что у каждого есть возможность принять строй путем своего личного участия, мы одновременно принимаем к сведению, что гражданин как индивид обычно не имеет никакой возможности отвергнуть строй, при котором он родился. Правила игры демократической политики находятся за пределами доступности участия во всеобщих и равных выборах, и фактически остаются вне сферы решений граждан, даже если конституцию, фиксирующую устройство

достаточно проголосовать за предложение представителям пяти процентов избирателей (половина всех избранных представителей присутствует на сессии, и половина их голосует "за"). Это еще не означает, что такое решение антидемократично, поскольку оно обеспечивает возможность представительства, близкого к идее большинства и выражения воли народа. Однако ссылаться на всеобщую волю и народный суверенитет в таких условиях смешно. Аналогичная ситуация существует и в президентских республиках, где президент избирается прямым голосованием населения. Практика свидетельствует, что президентов нередко выбирают 32—35-процентным числом голосов. Системы с двумя турами выборов дают простор мажоритарному представительству в отношении отдельных избирательных округов, правда, ценой вынужденного сокращения возможности выбора.

56 В правовом государстве (и в этом состоит суть конституционного контроля) *после* выборов большинство никак не может изменить число мест, которые можно получить в созданном парламенте при данной пропорции голосов. Нельзя, например, задним числом изменить необходимый для признания выборов действительными предел участия, исключив часть избранных представителей и поделив освободившиеся мандаты. Такой прием широко использовался во время коммунистического переворота в Венгрии в 1947 г. Не далее как в 1994 г. имела место аналогичная попытка парламентского большинства в Словакии объявить после выборов неправовым участие в них одной из партий и поделить ее места, что могло обеспечить правящей коалиции большинство. Этот пример иллюстрирует политическую важность разделения властей: совершенно очевидна недопустимость того, чтобы сам парламент был уполномочен сделать эту небольшую "хирургическую операцию". Однако это весьма зыбкое правило, ибо если парламент не сам устанавливает свое создание и не сам удостоверяет мандаты, то его самостоятельность ставится под угрозу. Разделение ветвей власти должно быть связано с динамикой процесса. Вопрос законности или незаконности партийных кандидатур относится к компетенции суда, причем только в случае подачи иска до выборов и вынесения имеющего законную силу приговора.

основ государства, утверждает референдум. Это, конечно не типичный вопрос среди регулируемых

64

конституцией, хотя по политическому значению он достоин быть в этом ряду, будь призывом конституций урегулирование важных в политическом отношении вопросов. Избирательная система — это во все времена ревниво охраняемое политиками поле игры, в правила которой посторонним не позволяют вмешиваться.

Итак, на каком основании можно утверждать о выражении воли большинства на референдуме или при парламентском большинстве, выбранном частью народа, что они представляют всеобщую волю, которая именно поэтому обязательна для всех? [⁵⁷] Локк и Руссо объясняют это весьма практично: волю большинства нужно принимать потому, что абсолютное согласие невозможно [⁵⁸]. В пользу мажоритарности можно привести и тот аргумент, что он ставит членов общества в зависимость от власти в меньшей степени, чем другие принципы принятия решения. В конечном счете, Ленин требовал и осуществил диктатуру авангарда меньшинства. В "Майн кампф" Гитлер заменяет принцип мажоритарности решением "ответственных лиц". Эта идея, именуемая сегодня "ответственным решением специалистов", существует со времен Платона, только он размышлял о власти мудрецов (посредством влияния на правителя), а Гитлер жаждал господства единственного избранника высшей расы.

65

На первый взгляд, мажоритарность подтверждается соединением аргументов в пользу равенства и в пользу общественного договора. Представители (и все избиратели) равны, имеют равные избирательные права, согласились действовать по правилам функционирования, вытекающим из равенства, и принимать конечный результат. Выбор падает на правило большинства, потому что на его основе всегда есть решение. Условие

57 Требование Руссо не удалось бы выполнить и в том случае, если бы за законом стояли голоса не простого большинства, а всех, так как, по его мнению, всеобщая воля, делающая закон обязательным, это не только воля всех. В метафизическом учении Руссо важна, конечно, лишь изнанка тезиса, а именно то, что для всеобщей воли вовсе нет необходимости в воле всех. Принадлежащий к меньшинству, допустим, ошибся при голосовании, но в воле большинства (как всеобщей) он будет признавать и собственную волю. (В этом — из-за вынужденности подчиняться — есть доля истины разве что в психологическом смысле.) Бесспорно, многие люди по истечении некоторого времени воспринимают то, против чего они голосовали, как свое собственное волеизъявление. После выборов или после голосования по поводу конкретного законопроекта люди действительно могут склоняться к выраженной воле, воля большинства с учетом нормативной силы фактов становится более общей волей или обязательной для всех всеобщей волей, приобретающей нормативный характер.

58 См.: *Locke J. Two Treatises of Government. Cambridge, 1980. P. 140; Rousseau J. The Social Contract and Discourses. Everyman's Library, 1993.* Собственно говоря, поразительно, что такое основополагающее правило общественной организации может покоиться на столь слабой основе. По столь же практичному объяснению Ганса Кельзена (*Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen, 1929*) власть меньшинства неприемлема потому, что, в то время как относительно большинства можно установить на основании цифр, что именно оно является большинством, меньшинств бывает несколько (и даже много) одновременно, и такая неопределенность могла бы подорвать общественную интеграцию. Можно привести и познавательный аргумент: чем больше людей согласно в чем-либо, тем меньше возможность ошибки. (Однако это применимо, в крайнем случае, относительно фактов, но не ценностей.)

применения правила заключается в том, что всякое решение формулируется как ответ на двойную альтернативу, т.е. предложение либо принимается, либо отклоняется [⁵⁹].

Принцип большинства (и особенно господство права большинства) нельзя отождествлять с демократией (даже если свести демократию к принятию решений): в демократическом процессе принятия решений могут сложиться ситуации, не разрешимые на основе принципа большинства. До 1987 г. в Швейцарии, например, нужно было голосовать за народную инициативу по изменению конституции, за предложение, противоположное этому, или за первоначальный текст конституции; это означало, что меньшинство было способно сохранить прежний текст, даже если большинство хотело бы его изменить. Поскольку нельзя знать заранее, кто войдет в меньшинство, на основе равенства шанса это правило справедливо. Более того, любое другое правило принятия решений нарушает принцип равенства.

Для сравнения не мешает задуматься над тем, что избирательные системы, образующие парламентское большинство, либо довольствуются относительным большинством на один мандат, либо осуществляют принцип мажоритарности только в пределах в какой-то степени искусственных географических границ. При сводном подсчете по стране может получиться совсем иной результат. Возможно, что в случае борьбы между двумя партиями в 50% + 1 избирательных округов кандидаты партии А побеждают с незначительным большинством, в остальных округах решающее большинство голосов получают кандидаты партии Б; партия А располагает большинством мандатов, хотя большинство голосов получила партия Б.

В действительности принятие принципа мажоритарности следует из определенных предположений меньшинства, о чем предупреждает и Джефферсон:

66

"Хотя воля большинства должна соблюдаться во всех отношениях, для того, чтобы этот священный принцип был законным, он должен быть рациональным, то есть у меньшинства должны быть равные с большинством права, гарантируемые одними и теми же законами; нарушение этих законов — подавление меньшинства" [⁶⁰].

Власть большинства, будь то парламентская фракция или общественная группа, представляющая собой большинство населения, приемлема лишь в том случае, если у меньшинства на основе мажоритарности остается шанс войти в большинство, а также если существование меньшинства не ведет к подавлению меньшинства. Если у меньшинства в перспективе нет шанса на успех, строй неприемлем. Если состояние меньшинства невыносимо, то невзирая на общественное спокойствие последует восстание, поскольку терять меньшинству нечего. Конституция как гарант порядка, означающего предпосылку ее собственного существования, подразумевает, что состояние меньшинства является сносным и, в принципе, временно.

Если же мажоритарный принцип является исключительно вопросом договоренности и согласия (в соответствии с установившимися традициями), то, следуя этому принципу принятия решений, мы можем договориться и относительно дальнейших туров и правил принятия решений. Таким образом, конституция может учреждать любые отклонения от

59 Гораздо более сложная ситуация имеет место в случае необходимости выбора из нескольких вариантов, что является типичным для парламентских или муниципальных выборов. Стоит лишь задуматься, например, над тем, как трудно разработать разумную стратегию в том случае, когда при выборах в два тура у нашего кандидата, предположительно, нет шансов остановить особенно неприятного кандидата во втором туре.

60 First Inaugural Address / *Jefferson Th. Writings*, ed. *Merrill D. Petersen*. N. Y. Library of America, 1984. P. 492-493.

принципа мажоритарности до тех пор, пока это принимают по данным правилам при условии, чтобы, по крайней мере, первое решение соответствовало демократическим принципам. Возможно, что по правилам равенства следует еще и то, что участников нельзя исключать ни из одного тура принятия решений [61].

С распространением равенства конституционными стали те формы или проявления демократии, которые обеспечивают каждому одинаковый шанс участвовать в демократическом процессе принятия решений [62]. Но конституция умалчивает о том, при каких условиях, по каким

67

правилам происходит это демократическое участие граждан, а также дается оценка результатов участия. Вместо этого для реализации конституционализма она ограничивает содержание и круг решений, которые можно принимать при демократическом участии граждан. Конституционализм защищает меньшинство от большинства по мере необходимости в интересах государственности, но если мы задумаемся над тем, что называемое нами большинство в действительности может оказаться властью меньшинства, то еще более понятными станут ограничивающие мажоритарность конституционные правила, которые парадоксальным образом в известной степени защищают именно большинство и демократизм против легитимной власти меньшинства, возможной в условиях представительной демократии. В ходе одного из самых громких американских судебных процессов о свободе слова изъятие отдельных вопросов из круга принимаемых большинством решений прямо воспринималось как суть конституционализма:

"Подлинная цель Билля о правах (первых десяти поправок к американской Конституции) состояла в том, чтобы изъять определенные темы из замкнутого круга политических раздоров, чтобы вынести их из круга вопросов, доступных и большинству чиновников, и зафиксировать их в качестве таких правовых принципов, которые применяются в судах... Нельзя проводить голосование по вопросу основных прав и свобод, они не зависят от исхода каких бы то ни было выборов" [63].

Само по себе большинство не объясняет, насколько важно то или иное решение для какой-нибудь группы, а ведь в принципе, кроме простой численности, важна и интенсивность воли, выражающейся через голосование. Если 80-процентное большинство, не слишком заинтересованно проголосовавшее за какое-либо решение, дало бы по доллару за голос, вполне возможно, что за противоположное ему решение каждый из членов 20-процентного меньшинства готов был бы дать десять долларов. Курение не запрещают не только потому, что это нарушало бы основные права человека, но и потому, что страсть курящего меньшинства к табаку сильнее, чем потребность некурящих в чистом воздухе. Подобным же образом находящаяся в меньшинстве религиозная конфессия может открывать свои школы,

61 Эта аргументация также создает проблему, ибо что значит "приемлемость"? Означает ли это, что конституционным следует считать все то, что приняло большинство или меньшинство участвующих в разработке конституции, или лицо, выбранное по договоренности между большинством и меньшинством. См. раздел о ратификации конституций.

62 Демократический принцип распространяется почти на все государственные органы, принимающие решения. Под знаком равного участия конституции иногда определяют правило принятия решения в последней инстанции (в парламенте) в той или иной форме мажоритарности. Демократия пропитывает конституционализм и в том смысле, что конституции и охраняющие их органы выступают против антидемократических (действующих не по принципу один человек — один голос и не по принципу мажоритарности) организаций.

63 *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 U.S. 624, 638). (Justice Jackson. *Flag Salute Case* 1.)

потому что за догматы своей веры они готовы умереть, тогда как большинству все это безразлично.

Проблема принятия во внимание интенсивной воли меньшинства приводит к трагическим осложнениям тогда, когда между меньшинством и большинством идет игра с нулевым итогом, т.е. когда каждая из

68

сторон может реализовать себя только за счет другой. Это такая ситуация, когда, например, согласно вере большинства, допущение ими определенных элементов отправления культа религиозного меньшинства ведет к их проклятию. Вопрос национального языка, когда его назначают государственным языком, подобно игре с таким нулевым итогом принято разыгрывать на Балканах — предопределение игры является здесь уже роковой ошибкой. Только взаимные уступки могут означать выход из создавшейся ситуации.

О защите этих условий для блага меньшинства и должна позаботиться конституция. В известной степени эту защиту уже обеспечивают гарантии основных прав и свобод человека, к которым добавляются специфические групповые права и привилегии, относящиеся к защите меньшинства. Но любое злоупотребление со стороны власти большинства вряд ли можно полностью заранее исключить. Поэтому конституция предлагает также институциональные и процессуальные решения по защите меньшинства. Такую институциональную защиту может обеспечить конституционный суд, если этот суд, реализующий конституцию, дополняет законное решение оставшимися без внимания точками зрения меньшинства. Не случайно конституционные суды создают обычно в обход или в нарушение принципа мажоритарного представительства: членов американского Верховного суда назначает Президент с согласия Сената, в других странах ветви власти в определенных пропорциях посылают в конституционный суд приглянувшихся им или выбранных ими людей. Но еще важнее, пожалуй, процедурные гарантии.

"Авторы американской конституции... хотели предотвратить установление власти большинства. Лишь в немногих демократических странах имеется столько препятствий для осуществления власти избирательного и законодательного большинства в управлении государством" [64].

Среди конституционных способов ограничения власти большинства можно упомянуть само разделение властей, поскольку в различных ветвях власти осуществляется решение не одного и того же единственного большинства. И как часто ни применялась бы такая форма выражения диктата большинства, как законодательство, фактором

69

ограничения большинства может быть парламентаризм, в котором депутаты со своими свободными мандатами могут значительно отойти от воли большинства избирателей, делая ее умеренной. Это одна из самых щепетильных областей конституционного ограничения суверенитета, поскольку парламентское большинство, отделившееся от большинства избирателей, становится пригодным для осуществления тирании меньшинства. Однако существенной защитой от этого является то обстоятельство, что депутатские полномочия

64 *Dahl R. Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control. New Haven. Yale, 1982.* По мнению Дэла, эти ограничения противоречат демократии и служат, главным образом, для того, чтобы меньшинства могли сохранить свои привилегии. Для расширения американской демократии Дэл предлагал отмену и резидентского вето и однопалатный парламент. См.: *On Removing Certain Impediments to Democracy in the United States / Robert Dahl (ed.) Democracy, Liberty and Equality. Oslo, Norwegian University Press, 1986. P. 133.*

даются на определенное время (аргумент Мэдисона), что парламентскому большинству необходимо идти на соглашательство с другими представителями власти (например, со второй палатой) и что большинство граждан посредством народной инициативы может пересмотреть решение парламентского большинства, если оно навязывает обществу в каком-нибудь законе волю меньшинства. И иной расклад может сложиться относительно законодательства: например, референдум можно назначить только принятием соответствующего закона.

Диктат большинства, угрожающий социальным меньшинствам, а также господство меньшинства над большинством, осуществляемое через парламентское большинство, могут сдерживаться также различными механизмами совместного решения (вето) и системой пропорционального представительства. Например, в американский Сенат каждый штат делегирует по два человека. Это предоставило добавочные права и, таким образом, защиту малочисленным штатам. Аналогично регулирует вопрос германский Основной закон: правительства меньших германских земель получают непропорциональное представительство в Бундесрате, подобным же образом представлены малые государства в Совете министров Европейского Союза. Защите меньшинства служат и такие приемы, как использование квалифицированного большинства или президентское вето ^[65].

Когда мы говорим, что конституционализм — это ограничение власти, мы тем самым утверждаем, что он исключает политическое соперничество, в котором победителю принадлежит все. (В этом смысле конституционализму угрожает любое политическое устройство, побуждающее победителя к беспрепятственному грабежу, идет ли речь о раздаче должностей по политическим признакам или о финансировании партий — тут победитель может основательно пополнить свою партийную кассу посредством законных субвенций, поддерживающих его.)

Разделение власти по конституции ограничивает демократию, оказывающую поддержку превосходящим по численности победителям,

70

но и как раз способствует функционированию демократии. В отличие от вето американского Президента в Конгрессе квалифицированное большинство необходимо для того, чтобы предложение, отвергнутое Президентом, стало законом, иными словами, решение вынуждает приблизиться к "всеобщей воле". Если простое большинство Конгресса вызывает сопротивление то Президента, то Верховного суда, это может послужить для избирателей сигналом, что осуществление власти большинством имеет сомнительную ценность.

Когда парламентаризм является игрой с нулевым итогом, то победителю, за которым стоит большинство, принадлежит все независимо от соотношения сил, затраченных на достижение победы. Однако конституционализм обеспечивает такие ценности, которые могут увести в сторону от этой логики победителя. Если конституционализм и конституция учреждают прочное государственное устройство, может возникнуть заинтересованность в смягчении полного поражения побежденного, которое способно превратить во врагов политических и общественных деятелей, призванных к сотрудничеству или к сосуществованию.

Возможна и такая система принятия решений, в которой меньшинство или большинство меньшинств — вследствие политической мудрости или потому, что так диктует обычай — формально привлекают к процессу принятия решений или отводят им в этом процессе роль, непропорционально большую в сравнении с их численностью. (Лучшим примером этого

65 Американские президенты, начиная с Дж. Вашингтона, по сей день пользовались своим правом вето примерно 2,5 тыс. раз, причем безуспешно всего в 6% случаев.

служит правительство национального единства во время войны.) Если всеобщая воля логически не может совпадать с волей большинства, нужно попытаться найти решения, приемлемые и для меньшинства. Эта потребность вовлечения и поисков согласия ведет к консенсусной форме демократии, которую, однако, учредили в лучшем случае на уровне конституционной практики — зачастую, как в Нидерландах и Бельгии, при весьма раздробленном парламентском представительстве. В Швейцарии в правительство привлекают все партии, имеющие убедительное представительство в Национальном совете. Однако для функционирования этих систем необходимо, по крайней мере, два условия, помимо ищущего компромисс национального характера: ни одна группа не должна быть намного сильнее остальных и может быть лишь немногим сильнее следующей за ней группы; меньшинства также заинтересованы в соглашении.

2.4. РЕФЕРЕНДУМ И ДЕСТАБИЛИЗАЦИЯ

Итак, конституции укротили народный суверенитет (как и демократию), более того, органически срастили их с конституционализмом,

71

поскольку источником власти они сделали народ, тем самым исключили провозглашение себя кем бы то ни было депозитарием этого суверенитета. В некоторых конституциях этот тезис имеет место. Согласно германскому Основному закону, источником всякой государственной власти является народ, в противоположность венгерской Конституции, перелицовщики которой в 1989 г. полагали, что достаточно из фразы первоначального текста 1949 г. "вся власть в Венгерской Народной Республике принадлежит трудовому народу" убрать эпитеты "народной" и "трудовому". Немецкий текст определяет, что народ осуществляет государственную власть путем выборов и при посредстве определенных законодательных, исполнительных органов и органов правосудия. По сравнению с этим венгерский народ все еще осуществляет свой суверенитет через выбранных им депутатов, а также непосредственно (при проведении референдума).

Хотя конкретные институциональные решения смягчают опасность господства демоса, венгерская Конституция создает такое впечатление, будто суверенитет воплощает в себе состоящее из депутатов Государственное собрание (что усугубляет и высокомерная формулировка § 19: "Высшим органом государственной власти и народного представительства Венгерской Республики является Парламент"). Таким образом, нелегко создать равновесие между ветвями власти. Осуществлению народного суверенитета через представительные органы власти венгерская Конституция противопоставляет лишь референдум как иное выражение народного суверенитета без создания хотя бы его технических основ, не говоря уже о конституционных правах как ограничении суверенитета [66].

66 Можно предположить, что референдум как законотворческая основа является институтом, пользующимся повышенной защитой. (Возможно, однако, что повышенная защита вместе с референдумом относится к роли, которую созданный закон играет в иерархии правовых источников.) Из конституции становится очевидным лишь то, что Президент республики может выдвигать инициативу по проведению референдума без скрепления подписью. Государственное собрание "может назначить" референдум, оставляя в тени следующий вопрос: может ли созвать его другой орган на основании соответствующего закона и одновременно поручить Государственному собранию решить в рамках закона квалифицированным большинством в две трети голосов, на каких же условиях он выносит это постановление. Если все-таки референдум является непосредственным осуществлением народного суверенитета, закон не располагает нравом выдвигать условия. Вполне соответствует принципам конституционализма положение венгерского Закона XVII1989 г. о референдуме и народной инициативе о том, что на референдум нельзя выносить вопросы,

Итак, сделать кого-то эксклюзивным депозитарием народного суверенитета — дело весьма рискованное. В бывших советских республиках президенты, избираемые прямым голосованием как бы по французской модели, вступают в конфронтацию с собственными парламентами именно на том основании, что они, президенты, непосредственно выражают волю народа, олицетворяют народный суверенитет. Референдум также может быть дестабилизирующим фактором, если конституция не определяет его назначение, если, образно говоря, не "обеззараживает" его, лишая иллюзии, что в нем воплощается суверенная, беспелляционная по своей непосредственности воля народа. Не случайно американская и германская конституции не признают референдум, итальянская допускает лишь так называемый абrogативный референдум, что означает: можно апеллировать к народу с целью отменить закон, но нельзя таким образом принять новый закон.

Каким бы привлекательным ни казался референдум в зеркале демократических лозунгов, он мало пригоден для ограничения власти и, в меньшей степени, — для неманипулированного народного управления этим ограничением. В доказательство справедливости обратного принято упоминать Швейцарию [67]. Там референдум ввели французы (в 1798 г.), когда швейцарцам нужно было проголосовать за конституцию, продиктованную французскими оккупантами. Проголосовали так, как это принято в таких ситуациях (как проголосовали, скажем, за брежневскую конституцию). Правда, французам пришлось прибегнуть к маленькому трюку: воздержавшиеся считались проголосовавшими

73

"за". Когда приходится совсем туго, очевидно, и голоса находящихся в отъезде считают голосами "за".

С течением времени в Швейцарии было учреждено восемь форм референдума, хотя по некоторым вопросам население — путем того же референдума — решило, что не желает

затрагивающие государственный бюджет (хотя это сделано в нарушение Конституции). В то же время Конституция не гарантирует, подобно избирательному праву, право участия в референдуме, перечисляя гражданские права, умалчивает о народной инициативе, что, по существу, не является большим недостатком, учитывая характер дестабилизации. Но Закон учреждает и то, что является сомнительным с точки зрения конституционализма, ибо на какой основе закон учреждает новую законотворческую процедуру? Если можно предписать одну процедуру, то может предписать и другую. Далее, Закон о референдуме фиксирует систему инициатив, которую продумывает лишь тот, кто желает дестабилизации, но не хочет серьезно осуществлять какой-нибудь более серьезный контроль над вынесением законов. Закон учреждает легко осуществимую народную инициативу, которую к тому же всегда можно использовать при возникновении споров о признании законности, потом — после того, как произошел скандал — законность референдума связывается с 50-процентным участием граждан, чтобы неудача опорочила демократию. Хотя, если так угодно, есть повседневная логика в этих вопросах: то, за что проголосовали представители 20% населения (парламентское большинство), на референдуме нужно рассматривать, по крайней мере, как 25%. Согласно вышесказанному, наряду с обязательным назначением референдума инициативу по его проведению можно доверять лишь Президенту республики, только с целью признания устаревшего закона недействительным, чтобы референдум функционировал как конечная гарантия конституционализма. Результат голосования не может быть связан с дополнительными бюджетными расходами и не может ограничить основное конституционное право, не может аннулировать международный договор.

67 В рассмотрении вопроса о референдуме в Швейцарии я опираюсь на Дюамеля (см.: *Duhamel. Op. cit.*).

принимать по данным вопросам решение посредством референдума (например, факультативный референдум [68] по вопросу военных расходов).

Участие граждан в частых референдумах удовлетворительно (около 40%), хотя и наблюдается сокращение (перед Второй мировой войной оно еще составляло примерно 60%). Чуть больше половины текстов закона отвергается (но закон 1961 г. о часовщиках был принят). Возможность объявления референдума, пожалуй, еще важнее с точки зрения законодательства: поскольку законодатели вынуждены считаться с возможностью референдума, они пытаются идти на более широкое предварительное обсуждение законопроекта с заинтересованными кругами. Среди успехов, относящихся к референдумам, проведенным по народной инициативе, следует упомянуть запрещение абсента и убоя кошерного скота. В наши дни народную инициативу используют в первую очередь отдельные организации, представляющие групповые интересы в целях принятия мер для утверждения своих корпоративных диктатов, если не проявляется достаточного понимания в отношении групповых интересов со стороны людей, представляющих общественные интересы. Институт референдума является также спасительной крепостью для изолированных политических групп и движений: с его помощью они могут выдвигать на повестку дня священные для них проблемы, по сути дела, без надежды изменить положение непосредственно. Политики могут ввести в "простой" правотворческий механизм и часть провалившихся проектов, в частности, после провала расистских предложений — ограничение прав иностранных рабочих.

Что из всего этого следует?

"Референдумы в Швейцарии периода 1874—1939 гг. показали, что ее народ тревожится за свои либеральные политические права, строг по отношению к убийцам, недружелюбен ко всякой централизации, сторонник таможенных пошлин, подчас не чужд антисемитизма, противится вмешательству государства в управление промышленностью, стоит на страже житейских добродетелей (имеющих отношение к браку

74

и алкоголю), последовательно до ограничений экономен в оплате чиновников (в кантонах) и не посвящен в дела общественного здравоохранения. В целом... результат был, но, иными словами, представительские органы опережали народ... И народ точно так же находился под влиянием кампании политических партий, как в тех странах, где нет непосредственной демократии" [69].

Если добавим к этому опыту стремление американских штатов придать посредством референдума статус закона пристрастным мерам, нарушающим конституцию и направленным против меньшинств (например, против нелегальных иммигрантов, гомосексуалистов и т.д.), то можно понять жеманство конституционализма по отношению к референдуму, даже если не учитывать его возможного дестабилизирующего эффекта. Всенародное голосование — из-за подверженности масс влияниям — играет на руку противникам политической элиты (и диктуемых ею конституционных ценностей).

Нельзя отрицать, что в конституционализме присутствует известное *элитное сознание*, которое можно объяснить моральными или утилитарными соображениями, но вряд ли

68 На созыве факультативного референдума можно настаивать только в течение 90 дней со дня принятия закона и (если речь идет о федеральном законе) его необходимо провести на основании 50 тыс. подписей. Вопросы, касающиеся чрезвычайного положения, конституции и финансовых расходов, не могут рассматриваться на референдуме. (Факультативный референдум был известен и в Веймарской конституции, но без вышеуказанных ограничений.)

69 *Finer. Op. cit.* P. 562.

эмоциями народа. Если признать, что дух нации идентичен этому присущему референдумам консерватизму, раздутому демагогами, то конституционализм чреват диктатурой, даже если в референдуме выражается мнение некомпетентных лиц, а конституционализм, осторожный в отношениях с элитарностью, направлен против деспотизма. Проблем становится меньше, если дух нации складывается из того, что народ принимает из предложений элиты. Не видеть предела возможностей народа, бедного народа, божьего народа — может позволить себе поэт, который в крайнем случае провалится на выборах, но напишет по этому случаю поэму, полную разочарования. Но когда политик отрицает недальновидность и подверженность "народа", некомпетентного по всем вопросам, влиянию страстей, когда он не учитывает, что в противоположность законодательному процессу, строящемуся на рациональном обсуждении спорных вопросов и убеждении, референдум — это сфера эмоций, по всей вероятности, он рассчитывает именно на эти недостатки и готовится воспользоваться ими.

Признавая элитные ценности, относительно которых мы можем подтвердить, что они всем на пользу, мы не отрицаем достоинства отдельного человека. Разве что заметим, что в толпе не всякий человек обладает достоинством. В пользу конституционализма здесь можно сослаться даже на Руссо:

75

"Человек всегда желает собственного блага, только не всегда видит, в чем оно. Народ нельзя испортить, но его можно ввести в заблуждение; в таких случаях кажется, будто он хочет плохого" [70].

Нельзя не упомянуть и о том, что, поскольку выборы бывают нечасто и между ними большой временной промежуток, возможность обращения к народу в противовес им же избранному законодательному органу — часто коррумпированному и одностороннему — может быть средством ограничения власти. Следовательно, решение вопроса о том, можно ли применить референдум в конкретном политическом устройстве без разрушения конституционализма, зависит, прежде всего, от уровня демократической культуры граждан. То, что в Советском Союзе референдум в принципе был применим, хотя и только по инициативе Президиума Верховного Совета — контраргумент, который надо обдумать весьма основательно. Гитлер по инициативе правительства также трижды прибегал к референдуму, в том числе и по вопросу аншлюса (включения оккупированной Австрии в Германию). Все три инициативы были одобрены подавляющим большинством. Демократия действовала даже тогда, когда всенародное голосование было исключено.

С точки зрения конституционализма важно прежде всего то, для чего мы хотим использовать референдум. Он ни в коем случае не может являться обычным средством законотворчества, но может быть составной частью конституционного контроля, способом законодателя сдвинуть что-либо с мертвой точки (например: если две палаты парламента не в состоянии договориться, пусть решает "народ"). Вполне очевидно, что и в венгерской Конституции необходимо ограничить круг вопросов, выносимых на референдум, чтобы избежать превращения его в дестабилизирующий фактор.

76

Глава 3

"ОПАСНЫЕ СВЯЗИ": СИСТЕМА "СДЕРЖЕК И ПРОТИВОВЕСОВ" И РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ

70 *Rousseau J.J.* Op. cit. P. 203.

3.1. Система уравнивания. 3.2. Обособление и зависимость в начальной и конечной стадиях. 3.3. Разделение функций и совместные решения. 3.4. Другие противовесы. 3.5. Когда противовес превращается в перевес? 3.6. Какие уроки для конституционализма вытекают из вышесказанного?

Как же часть может познать целое?

Блез Паскаль

3.1. СИСТЕМА УРАВНОВЕШИВАНИЯ

Конституция предназначена для того, чтобы государство и живущие в нем люди ограничивали себя для взаимной пользы. Сама по себе она представляет собой пустые слова или привычку, которой можно пренебречь. Может ли конституция дать защиту, быть барьером, если в нее не верят, если сильнейший заинтересован в том, чтобы перешагнуть через него? Как бы ни была важна, даже необходима вера в конституцию, конституционализм как противоположность произволу нуждается в институциональных гарантиях. Это достигается такой организацией ветвей власти, в которой они ограничивают друг друга.

Согласно ст. 16 французской Декларации 1789 г. прав человека и гражданина, заимствованной многими конституциями, общество, в котором не обеспечено пользование правами и не проведено разделения властей, не имеет и конституции. Однако государства и их конституции значительно различаются между собой по способу этого разделения. Единственно правильного рецепта, раз и навсегда данного решения нет и по поводу этого вопроса.

В глазах сторонников девиза "сила в единстве" разделение чего-либо не представляет собой явления само собой разумеющегося, поэтому они нападают на принцип разделения властей и воспринимают его как осложнение, зытягивающее необходимые решения и разрушающее эффективность правительства. Эта идея восходит к Руссо, она провозглашалась авторами Конституции Пенсильвании 1776 г. и

77

французскими революционерами. Как и Робеспьер, маркиз Кондорсе [71] был сторонником системы сбалансированных, но разделенных властей, которая, по их мнению, необходима для обеспечения единства Франции.

Во всех случаях при возникновении диктатуры сразу создается единство власти, хотя — как показывает неэффективное функционирование гитлеровского государства — отдельные части не спешат слиться в первоначальном единстве власти. Подготовившие нацизм умы приветствовали диктаторскую власть имперского президента как завершение суверенитета немецкого народа — не отдельных личностей! — и как средство национального самосохранения. "Диктатура — истинное правление, в исконном смысле слова *Империя*, т.е. распоряжение всей властью государства" [72].

Таким же образом диктатура пролетариата провозглашала единую монолитную государственную власть. Привлекательное своей простотой решение. Веет силой и не

71 Plan de constitution, presenté à la Convention nationale / Oeuvres. Paris, 1804. Vol. XVIII. P. 185, 201.

72 Heckel. Archiv des off. Rechts, xxii. S. 257, 286. Цит. по: Rossiter Clinton. Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies. Princeton, 1948. P. 62.

требует слишком много серого вещества. Оно облегчает подчинение государства диктатуре партии, а в итоге, как это было в эпоху Сталина, диктатуре одной-единственной личности.

Бесспорно, бывают такие чрезвычайные ситуации, кризисы, когда необходимы немедленные и энергичные государственные решения, исполняемые непосредственно. Первой формой современного государства был обслуживавший властителя абсолютизм. Выступая против деспотизма и произвола, Монтескье и предлагал систему сдержек и противовесов.

Если мы хотим избежать диктатуры, власть мы можем уравновесить другой властью. Поэтому желательно разделение государственной власти. В этом смысле конституция, продиктованная конституционализмом, представляет *собой* нечто большее, чем перечень разграничения компетенций между государственными органами. Простого установления границ между властями недостаточно.

"Амбицию может укротить только амбиция" [⁷³]. Даже самая четко проведенная межа не может остановить отбившуюся от стада скотину, на это способна только собака, твякающая в соседнем поместье. Главам отдельных ветвей власти нужно помочь найти средства, необходимые

78

для предотвращения вмешательства в их компетенцию. Есть ли соблазн более сильный, чем обладание средствами влияния? Не слишком ли велико искушение для тех, кто хочет и действует, самому судить о своих желаниях и действиях? И разве каждый по причине пристрастности плохой судья в своем деле? Устоит ли перед соблазном тот, кто, устанавливая закон, распределяет тем самым шансы на обогащение и власть? Не поддастся ли он искушению оказать предпочтение и самому себе?

Эту последнюю опасность только частично уменьшает принцип конституционализма, согласно которому закон обязателен и для законодателя. Законодатель, в отличие от монарха, не стоит над законом, но может иметь привилегии под законом.

Власть ставит преграду воле, если волей и средствами для реализации этой воли располагает другое лицо. Стремящегося к власти ограничивает то, что он не имеет возможности действовать без всяких дальнейших раздумий и торможения и что не он сам распоряжается результатами действий. И поскольку он не сам действует, действующий также имеет возможность — в известных пределах — контролировать волю, ведь ему необходимо выполнять лишь то, что соответствует сложившимся предварительным условиям. В чьих бы руках ни оказались средства, с помощью которых можно переиначить жизненные условия в физическом смысле, пусть даже опираясь на принуждение, обладатель этих средств не может пользоваться ими без правомочий.

Современное разделение полномочий между классическими ветвями власти — законодательной, исполнительной и судебной — впервые сложилось в Англии. Однако в XVIII в. разделение властей считали скорее вопросом уравнивания социальных сил, составляющих государство, чем отношением между органами государственной власти, разделенными в зависимости от выполняемых ими функций. В верхней палате парламента была представлена аристократия, в нижней — класс налогоплательщиков. Однако решения

73 Federalist Papers. 51. (Madison). P. 322. Такого же мнения придерживался Монтескье: "Опыт показывает, что любой человек, облеченный властью, склонен к злоупотреблению ею. Он будет продолжать эти злоупотребления, если перед ним не поставит барьер... С целью предупредить злоупотребления властью необходимо таким образом организовать управление государством, чтобы одна власть противодействовала другой" (*Montesquieu Ch. Esprit des Lois*. Paris, 1894. Vol. XI. 4. P. 128).

официально принимал "король в парламенте", т.е. три общественные силы, они могли лишь совместно решать, принимать законы. Постепенно произошло и разграничение компетенций [74]. В то же время от парламента отделилась исполнительная власть, которая частично основывалась на личных привилегиях короля; ее осуществляли "слуги" короля.

79

Хотя отделение исполнительной власти привело к ее независимости, делающей возможным тираническое использование этой власти, Монтескье все же описывает английскую систему как такую, в которой свобода людей гарантирована [75] и в которой ветви власти — и составляющие ее чиновники — четко разделены и как следствие этого способны уравнивать друг друга, таким образом и обеспечивается свобода людей.

Это положение Монтескье использовали в качестве ориентира американские революционеры, противопоставлявшие себя английской системе.

Если наладить функционирование основных систем государственных органов так, чтобы они могли усиливаться только одна за счет другой, то они будут ревниво следить друг за другом — надеялся Мэдисон. Противоположные интересы чиновников учреждений пропитывают эти учреждения духом соперничества. Так как чиновник зависим от своей организации и его возможности связаны с объемом власти организации, ему небезразлично, какова действительность его ветви власти. Условие системы состоит в том, чтобы чиновник находился в сильной зависимости от своей властной ветви — отсюда значимость права назначения и важность индивидуальной несовместимости для конституционализма.

Как создатели американской Конституции, так и учредители французской Конституции 1789 г. с патетической твердостью говорили о

80

разделении ветвей властей. Французская Конституция 1791 г. также называет этот принцип гарантией прав. Ветви власти принуждают друг друга к исправлению возможных нарушений права или к недопущению таких нарушений, делая шаги навстречу друг другу.

74 Судопроизводство в то время не считали особой властью, хотя английское общее право как право традиции, созданное судьями, существовало независимо от законодательства, и в соответствии с прежними правовыми понятиями право связывало также и властителя.

75 Хотя Монтескье, наряду с Локком, по вопросам конституционализма в XVIII столетии был величайшим авторитетом, все же его учение на сегодня устарело и не отвечает требованиям современного конституционализма. Монтескье хотя и связывает свободу с разделением властей, его понятие свободы довольно противоречиво. То оно означает, что законам соответственна всего-навсего жизнь (следовательно, нет власти деспотизма, есть в формальном смысле слова правовая государственность), то означает, что людям нет необходимости опасаться друг друга, то — возможность каждого человека управлять собой. По этой последней причине необходимо обладать властью. Но Монтескье — сторонник представительного мандата, связанного в общих вопросах, а также множественного представительства аристократии для уравнивания народа. Исполнительная власть распространяется главным образом на иностранные дела и оборону, эти вопросы законодательная власть может контролировать лишь задним числом, в то время как исполнительная — может вмешиваться в законодательство и "по ходу дела". Наконец, судебная власть без разделения является властью деспотической, но как ветвь власти почти ничего собой не представляет, и пределы разделения устанавливаются сословным положением. Эти подробности стоит воспроизвести, так как они показывают, что о равновесии на основании одной симметрии никогда не шло речи; с другой стороны, можно увидеть, что встраивание демократических элементов в конституционную систему ведет к значительным расхождениям. Но так как Монтескье обозначает в качестве цели государства свободу вообще, а не свободу правителя, государства или подданного, в этом смысле его следует считать борцом за конституционализм.

Можно представить много вариантов решений по разделению и структуре организаций ветвей власти, и все они применимы, если способны исключить или предупредить ограничение свободы. По сравнению с этим демократизм функционирования с точки зрения конституционализма является вторичным (под демократизмом здесь понимается реализация точек зрения не учреждений, а самого населения). В определенных пределах вторичной является и эффективность управления, хотя бессилие государства, вызываемое конфликтами между его органами, в конечном счете угрожает безопасности, а через это — свободе, и может стать определяющим фактором. Но, например, американская Конституция отнюдь не стремилась исключить столкновения между государственными органами:

"Доктрину разделения властей Конвент 1787 г. принял не для того, чтобы способствовать эффективности, а с целью исключения произвола власти. Цель состояла не в обходе столкновений, а в том, чтобы ценой неизбежных столкновений, сопровождающих распределение правительственной власти между тремя ветвями, спасти народ от автократии" [76].

Несомненно, что допущение трений и столкновений [77] плохо воспринимается сторонниками консолидационных систем, ратующих за сотрудничество. Но даже там, где согласование социально значимых процессов представляется жизненно важным, доконституционные решения, которые устанавливают потребность в согласованных решениях и их сферу, обусловлены общим признанием того, что страна не в состоянии вынести и пережить определенные конфликты.

Вышеупомянутое разделение можно описать на двух основных моделях. Одна из них основывается на разделении ветвей власти, другая — на распределении компетенции между различными органами.

81

Первая модель характеризуется полным, по крайней мере теоретически, разграничением ветвей власти. Ветви власти здесь независимы друг от друга, хотя и не самостоятельны, поскольку не могут функционировать одна без другой.

Сильная президентская система обычно ассоциируется с американской системой разделения властей. При этом политологическом подходе основное внимание уделяется такому распределению власти, которое лучше всего (наиболее эффективно и надежно) служит бескризисному функционированию политической системы или осуществлению политического курса, "продиктованного" избирателями, а также выполнению какой-либо коллективной программы [78].

76 Myers v. United States, 0 272 U.S. 52.293 (1926) Justice Brandeis, dissenting.

77 Допущение-столкновений не означает принятия решений, находящихся на "мертвой точке". Конституция, которая их оставляет, в техническом отношении несовершенна, потому что приводит к дестабилизации. Известная проблема венгерской Конституции — квалифицированное большинство, которое в целом ряде случаев не дает решений (результат — нерешение, которое не обязательно идентично отрицательному решению). Где для ограничения основного права необходимо большинство в две трети голосов, там ист проблем, решение просто-напросто негативное: основное право нельзя ограничить, все остается по-старому, да здравствует свобода! (Ситуация осложняется, если закон был бы призван содействовать основному праву — но в этом содействии есть, по крайней мере, крупица ограничений, так что—тоже не беда! Но там, где надо создать орган или выбрать какое-нибудь лицо, ошибка решений, находящихся на "мертвой точке", легко проявляется.

78 Говорить в отношении Соединенных Штатов как о сильной президентской системе—в равной мере ошибка и лукавство. Разумеется, система разделения власти возможна и при монархе, и при коллективном главе государства. Второе заблуждение состоит в том, что "сильным" американского президента считает лишь тот, кто не знаком с латиноамериканскими конституциями. Нетрудно

Впрочем, и сам термин "полное разделение" властей вводит в заблуждение, так как на этой основе вряд ли могла бы функционировать хоть одна политическая система. Более того, если в определенной области разрешить какому-либо органу действовать бесконтрольно, он превратится в источник деспотизма. Даже власть судов вынести трудно, при том, что она менее подвержена противовесам других ветвей власти или демократическому контролю. Власть судьи терпима разве только из-за возможности апелляции.

В случае полного разделения ветвей власти одна ветвь не играла бы никакой роли в выборе, руководстве, контроле, привлечении к ответственности людей, относящихся к другой ветви власти. В системах, существующих в реальной действительности, даже в этом случае можно управлять исполнительной властью путем издания законов и угрожая поправками к бюджету. Однако бесспорно, что в случае раздела между ветвями власти персональное размежевание менее выражено. Между ветвями власти (основными сферами государственной деятельности) есть, правда, известная дифференциация по основным функциям, и в выполнении данной основной задачи первенство принадлежит той, которая назначена для этого, однако, ограничение осуществляется в

82

первую очередь так, чтобы ни одна из ветвей власти не могла функционировать по существу без содействия другой.

В системах, где имеется разграничение компетенции между органами власти, также существует значительное число "сдержек и противовесов" [79]. В действительности в американской Конституции оба принципа смешиваются. Результат — "такое правление, в котором обособленные (разделенные) учреждения делят между собой ветви власти" [80].

Здесь мы должны сделать примечание относительно равновесия, которое, естественно, представляет собой динамическое равновесие и не может быть полным ни в какое время. Динамическое равновесие означает, что дисбаланс ветвей власти находится в пределах,

понять, что американский президент не облечен важными правами: он не имеет права законодательной инициативы (поэтому в законодательной процедуре отсутствуют привилегии срочности и молчаливого согласия, его право назначения должностных Лиц зависит от согласия Сената; он не располагает временным законодательным правом, Не может объявить чрезвычайное положение). Иначе регулировались эти полномочия в перуанской Конституции до путча президента Фухимори против самого себя (ср.: *McClintock Cynthia. Presidents, Messiahs and Constitutional Breakdowns in Peru / Linz and Valenzuela (eds.). The Failure of Presidential Democracy. John Hopkins, 1994).*

79 Дж. Мэдисон был вынужден согласиться с необходимостью тесного взаимодействия двух принципов — принципа распределения компетенции между органами власти и принципа "сдержек и противовесов". В результате такого дуализма Конституция США интерпретируется двояко: в самом тексте Конституции и в решениях Верховного суда. Подобная практика существует и в некоторых других странах. В соответствии с буквальным толкованием текста Конституции, в ней ясно, на ком лежит эта обязанность. На такой же исходной позиции стоит и венгерский Конституционный суд. Однако в венгерской системе есть один недостаток: в Конституции Венгрии, подобно тому, как это имеет место в конституциях других стран, не всегда ясно прописано, кто должен ее интерпретировать. Даже, казалось бы, ясные формулировки можно истолковать в совершенно различных значениях. Например, в Конституции Венгрии говорится, что Президент республики является главнокомандующим Вооруженными силами. Командующий в рамках своего подразделения имеет право назначать на должности. По мнению Конституционного суда, это относится и к Президенту. Конституционный суд полагает, что назначения, осуществленные Президентом, должны интерпретироваться "функционально"... По мнению "функционалистов", нельзя трактовать функции как реализацию "несущественных" положений конституции (устаревших в современном государстве). Критерием эффективности функций должна служить возможность их разделения.

80 *Neustadt R. Presidential Power, the Politics of Leadership. N.Y., 1960. P. 33.*

определенных конституцией. Воображаемый или принятый в конституции порядок может быть изменен результатами выборов или иначе истолкован судами.

Ниже речь пойдет прежде всего об отношениях между законодательной и исполнительной властями. Выбранная "более непосредственным образом" ветвь власти в силу своей демократической легитимации считает, что у нее есть мандат на определение общей политики; парламент, собственно, тоже хочет диктовать политику, непосредственно избранный народом президент желает, чтобы парламент принимал одобренную народом — через избрание президента — политику. В этом балансировании двух действующих лиц на качелях в виде доски разговор о равновесии можно вести не только тогда, когда доска горизонтальна. Она может неподвижно застыть и в наклонном положении, если на одном из ее концов окажется больший вес: более тяжелый из качающихся тянет свою сторону вниз. Беда приходит тогда, когда

83

находящийся наверху падает, а тот, кто внизу, ударяется о землю, придавив путающуюся под ногами свободу. Ситуацию усложняет лавирующий посредине гномик-балансер — конституционный суд.

Не пытаясь стереть разницу между парламентарной системой (специфически разделяющей ветви власти) и системой, разграничивающей власть (президентские системы или конституционные монархии), следует заметить, что вынужденность принятия совместных решений парадоксальным образом сложилась не только на основе американского варианта разделения властей, но и в обратном плане тоже получился парадоксальный результат — британский парламентаризм и германская канцлерская демократия обеспечили бОльший централизм, на бумаге же сделав исполнительную власть зависимой от парламента.

Действительные отношения можно оценить лишь путем оценки обоих факторов: 1) *организационной зависимости* (в том числе в кадровых вопросах); 2) *независимости в принятии решений*. Одна из ветвей власти в момент своего появления может быть независима от другой и тем не менее будет зависеть от нее, если не может исполнять свои функции в одиночку или если (случай довольно частый) "окончательное решение" хотя и остается за ней, зависит от стольких связанных с другой ветвью условий, что в действительности ограничительного равновесия не получается.

Обзор данной темы затрудняется тем, что, хотя разделение властей и подсказывает, что за каждой функцией закрепляют отдельную систему организаций, в действительности функции и организации также можно разделить. Например, та или иная организационная структура или функция законодательства может быть отнесена к исполнительной власти [⁸¹], или право вершить правосудие над отдельными частями исполнительной власти получит законодательный орган, иначе он сам создаст собственные исполнительные органы, не относящиеся к исполнительной власти.

3.2. ОБОСОБЛЕНИЕ И ЗАВИСИМОСТЬ В НАЧАЛЬНОЙ И КОНЕЧНОЙ СТАДИЯХ

3.2.1. Создание

Структура (ветвь власти) в различные периоды своего существования может находиться в неодинаковых отношениях с другими ветвями. В Англии и вообще в ранних

81 В соответствии с французской Конституцией 1958 г. исполнительная власть осуществляет определенные законодательные функции.

конституционных монархиях появление исполнительной власти было независимо от законодательства, но не

84

наоборот. Исполнительная власть (король) не только отделилась от законодательного органа, но и держалась особняком во все периоды своего существования, поскольку личность короля была неприкосновенной, и наследственность королевской власти обычно (но не обязательно) предотвращала вмешательство парламента в случае вакансий в органах исполнительной власти [82]. Король мог назначать и держать министров (как это теоретически могло бы быть и сегодня). В континентальной Европе только спустя десятилетия после революций 1848 г. установилась практика, согласно которой монарх учитывает настроение парламента и в соответствии с доверием или недоверием парламента назначает или отстраняет министров или кабинет.

Короля Англии (как главу исполнительной власти) нельзя было отстранить, король же, по крайней мере, согласно доктрине XVIII в., мог в любой момент распустить Парламент с единственным условием: не позже чем в течение трех лет он должен был созвать новый Парламент. Однако поскольку депутаты предусмотрительно утверждали налоги только на один год, Парламент созывался чаще.

В Соединенных Штатах, в отличие от английской системы, каждая из ветвей власти в своем возникновении в принципе независима одна от другой, включая сюда и большинство судей, которых (за исключением федеральных) [83] выбирают, как и присяжных заседателей. В американской системе как законодательную, так и — по сути дела — исполнительную власть (президента) выбирает непосредственно народ. В отличие от английской концепции XVIII в. там было столько институтов, возникших независимо друг от друга, сколько ветвей власти. Президент не может распустить Конгресс, Конгресс не может сместить Президента, Конгресс не может распустить сам себя, президентов можно застрелить, но сами они полномочия не слагают. Единственным организационным полномочием Президента в отношении Конгресса является то, что он может созвать его в случае чрезвычайного положения. Исполнительная власть не принимает непосредственного участия в законодательной деятельности. Однако Конгресс в исключительных случаях — если выборы не дали результата — может избрать

85

президента, поможет и отстранить его с помощью импичмента [84]. Имеются прецеденты, зафиксированные, по крайней мере, письменно, когда в парламентской системе действует система разграничения компетенции в соответствии с принципом доверия. В Израиле главу исполнительной власти, премьер-министра, по закону, вступившему в силу в 1996 г.,

82 "Славная революция" создала политические условия для возникновения современного парламентаризма, состоявшие в том, что монарх восходил на трон не по праву наследования, а по приглашению парламента, который ставил при этом определенные условия. ("Славная революция" — принятое в исторической литературе название государственного переворота в Англии 1688—1689 гг., когда был смещен с престола Яков II Стюарт и воцарился Вильгельм III Оранский. — *Прим. ред.*)

83 Результат, к которому пришли в 1787 г., из-за его непоследовательности подвергся нападкам сторонников более аморфной государственной структуры, в частности, из-за того, что федеральные судьи назначались главой исполнительной власти. О несовершенном разделении судей см. главу о правосудии.

84 Импичмент — процесс привлечения к ответственности выборных должностных лиц, который обычно происходит по решению парламента, в результате чего обвиняемый может быть отрешен от должности.

избирают прямым голосованием избирателей [⁸⁵]. Однако правительству как ответственному органу и в дальнейшем будет необходимо доверие парламента. Удалось сформировать классическую, зафиксированную в конституции, патовую ситуацию. Что случится, если правительство сложит свои полномочия, но премьер-министр, получивший ведь свой мандат от народа, не сможет подать в отставку?

В рассмотренных случаях исполнительная и законодательная власти в начальной стадии независимы одна от другой, т.е. они изначально действуют параллельно. Однако право монарха распустить Парламент делают английские властные отношения XVIII в. асимметричными. Это своеобразное полуразграничение компетенции создавало структурную напряженность (скорее, по социально-политическим причинам, чем просто из-за неуравновешенности правления). Подчиненное положение Парламента стало неприемлемым. "Решение" пришло в результате революционного, а отчасти медленного органического развития благодаря новому структурному неравновесию, исходной точкой которого послужило верховенство законодательной власти. В Англии XVIII в. эта концепция опиралась на то, что в парламенте объединялись политика и власть, здесь же принимались решения по налогам. На этом основании парламент считался всемогущим и верховным органом. Во Франции вслед за учениями Руссо парламенту как выразителю всеобщей воли народа приписывалась ведущая роль.

Верховенство законодательства служило тому, чтобы обеспечить надзор за исполнительной властью и ее зависимость, полную или хотя бы частичную (которая, апеллируя к правам короны, также требовала себе верховенства). В Англии этот процесс парадоксальным образом восходит к королевской инициативе. Приглашенный парламентом на

86

английский трон Вильгельм Оранский в связи с одним международным конфликтом счел особенно важной поддержку парламента, утверждающего также и налоги, вследствие чего он пригласил в свой так называемый кабинет, состоящий из его личных советников, четырех господ, которые, как он предполагал, благодаря своему влиянию в парламенте в состоянии убедить нижнюю палату принять точку зрения короля. По истечении продолжительного времени положение изменилось: в силу привычки в кабинет, уже располагавший действительной исполнительной властью, можно было приглашать лишь тех, кто фактически пользовался поддержкой парламента. В конце концов, особенно в тех республиках, где отстранили короля, парламент полностью стал решать вопрос о назначении премьер-министра или даже голосовать за состав всего правительства. В Третьей и Четвертой французских республиках каждое вновь созданное правительство представляло законодательному органу на голосование свою программу [⁸⁶]. В результате большинство

85 Принять этот необычный закон Кнессет побудило всеобщее возмущение после того, как очередное правительство ушло в отставку в связи с тем, что два представителя последовали примеру своего экстремистски настроенного раввина, неожиданно отвернувшегося от правительства. Общественность сочла неприемлемым такое положение, когда правительство может уйти в отставку по воле священнослужителя, отличающегося, по мнению большинства, крайними взглядами. Идея не нова. Предложение относительно ответственного перед парламентом, но выбираемого непосредственно народом коллективного правительства было включено в проект французской Конституции 1792 г., причем не кем-нибудь, а маркизом Кондорсе.

86 Этому "классическому" подходу следует венгерская Конституция. Народная Республика позволила себе также и соблюдение примитивной демократии. Государственное собрание выбирало правительство, но, чтобы не было беды, только по предложению Президиума Республики.

французских правительств сразу же после формирования было вынуждено подавать в отставку [⁸⁷].

Такая возможность решения вопроса может привести к прекращению полномочий правительства. В парламентаризме, принимая во внимание стадию существования, этот перевес власти (на бумаге) является решающим.

Только у исполнительной власти, по крайней мере относительно прекращения полномочий, могут быть существенные противовесы. Так, в случае выражения парламентом недоверия правительству, последнее, даже находясь в стадии "умирания", все еще может распустить парламент. В других странах и в другие эпохи такой возможности у правительства не было, но если в течение продолжительного времени не удастся сформировать новое правительство, в силу автоматически вступает тот или иной механизм, который ведет к роспуску парламента и объявлению новых выборов.

Эти логические возможности в континентальных парламентских системах являются одновременно ступенями развития. Картина

87

усложняется тем, что образованное парламентом правительство становится рядом с королем, т.е. исполнительная власть в известном смысле удваивается [⁸⁸].

В начале XIX в. конституционная проблема заключалась в следующем: каким образом подвергнуть контролю короля как главу исполнительной власти, личность которого не могла быть субъектом ответственности? Этому служила система министерства, ответственного перед парламентом, которую настоятельно требовали также и герои-оппозиционеры эпохи венгерских реформ [⁸⁹]. В большинстве королевств Европы король оставался главой исполнительной власти почти до конца Второй мировой войны, но он не мог даже по французской Конституции 1791 г. действовать без контрассигнации министра, пользующегося доверием парламента.

С точки зрения конституционного требования изначального разделения властей особенно поучителен пример Нидерландов и Бельгии, следовавшей ей. В Нидерландах, характеризующихся республиканскими традициями, в 1813 г. после французской оккупации было создано королевство. Согласно Конституции 1814 г., король принимал законы вместе с парламентом, однако кроме этого у него была и собственная законодательная власть. Министры служили в качестве советников короля. Из-за религиозных разногласий и споров об использовании языка бельгийцы в 1830 г. выделились в самостоятельное государство. Бельгийская конституция 1831 г. была образцом для либералов, хотя предписывала лишь то, что для любого акта короля необходима министерская контрассигнация. Несмотря на то что в ее тексте фигурировал принцип министерской ответственности, он означал, что, если

87 Первые три правительства Пятой республики еще продолжали эту практику в тех пределах, что премьер-министр оглашал в парламенте программу своего правительства, но голосования по ней не проводилось, так как формально правительство зависело в первую очередь от Президента. Однако в начале 80-х гг. социалистическое правительство вернулось к прежней практике регистрационного голосования для повышения ответственности правительства. В период с 1958 по 1993 г. из двадцати пяти правительств всего девять просили такого голосования.

88 В английском конституционном праве по сей день живы привилегии короны, применительно к которым не действует парламентский контроль, т.е. формально нельзя выразить недоверие правительственному решению, связанному с этими привилегиями.

89 "Если хотите полного доверия между нацией и правительством, дайте венграм конституционную, т.е. ответственную, исполнительную власть..." (*EÖtvös J. Reform Es hazafis Á g. Budapest, 1978. S. 524*).

подпись министра, выполняющего приказ короля, противоречила закону, его, министра, можно было привлечь к уголовной ответственности, и король не мог его помиловать [90].

Что касается современной политической ответственности правительства, то от нее не осталось и следа. Более того: не осталось и правительства, а только отдельные министры, несущие личную уголовную ответственность. Назначение и отстранение министров осталось за

88

королем, а вопрос об избрании или "отзыве" правительства парламентским большинством даже и не поднимается. Нет никаких предписаний об уходе в отставку правительства, если его предложение в ходе голосования не будет принято. Король в любое время может распустить парламент [91].

В Конституции Нидерландов до 1848 г. вообще не было статьи об ответственности министров. Хотя под влиянием революционных событий была учреждена вторая палата, избираемая прямым голосованием, правительство все же могло распустить парламент. (Нельзя забывать, что такое решение стало результатом жесткой конфронтации между королем и парламентом.) В 1866 г. король по желанию кабинета отстранил одного из министров от должности. Вторая (нижняя) палата решительно протестовала. Исполнительная власть сочла это антиконституционным, революционным поступком и распустила нижнюю палату. Новый парламент, помня об этом роспуске, молчал. Однако через год позиция правительства по вопросу принадлежности Великого герцогства Люксембургского заставило парламент принять постановление, в котором правительство подверглось критике, в результате правительство подало в отставку [92].

Парламентская власть перевесила исполнительную только в республиках, по крайней мере вначале и в условиях революционной ситуации [93]. Во многих случаях именно законодательная власть наделяла президента республики его мандатом [94].

90 За истекшие с тех пор более 160 лет не нашлось времени принять закон об ответственности министра в соответствии с разд. 90 Конституции. Более подробно об этом читайте в разд. "Миф об ответственности" гл. 5.

91 Нынешнее положение, по сути, представляет собой право обычая. Формально король может назначить кого угодно при условии контрассигнации министра (всегда найдется официально функционирующее министерство). Практически он назначает кандидата сложившейся партийной коалиции. Если парламент выносит вотум недоверия правительству, то оно подает в отставку или назначает новые выборы. См.: *Allen Andre. Belgium. International Encyclopaedia of Laws. Constitutional Law. Kluwer, 1992.*

92 Понадобился приговор Верховного суда (Meerenbcrg) (1879) и новая поправка к конституции (1887) для того, чтобы лишить исполнительную власть законодательных функций, не основанных на законе.

93 Согласно франкфуртской имперской конституции, одной из революционных конституций 1848 г., никогда не имевшей законной силы, но имевшей большое значение, право избирать членов правительства принадлежало нижней палате, избираемой всеми мужчинами, достигшими совершеннолетия. По Веймарской, т.е. первой республиканской конституции Германии, Канцлера (премьер-министра) назначает Президент республики, но министры должны уходить в отставку, если Парламент выносит им вотум недоверия в решении по этому поводу.

94 По швейцарской Конституции 1848 г. Федеральный совет, осуществляющий федеральную исполнительную власть, избирается Национальным советом (являющимся непосредственно избираемой палатой) сроком на три года (раздел LXXXIV). Президента Третьей Французской республики избирают обе палаты совместно (простым большинством голосов); согласно нынешнему германскому Основному закону Президента выбирают обе палаты сроком на пять лет; венгерская

Итак, парламентская система с точки зрения установления ветвей власти асимметрична: исполнительная власть создается парламентом. Однако в конечной стадии эта зависимость уменьшается в результате различных решений. Парламент посредством вотума недоверия может добиться отставки правительства, но правительство часто имеет возможность реванша — распустить парламент.

В европейских парламентских системах исполнительная власть находится в более сильной личной зависимости. Правительство или его глава избираются парламентом, но оно не может функционировать без поддержки парламента даже в том случае, если назначается президентом республики. Когда парламент выносит вотум недоверия, правительство должно подать в отставку.

Исполнительная власть должна, ролучить доверие парламента, следовательно, зависит от него. Но что тогда следует считать вотумом доверия? В двухпалатных системах, например в Третьей Французской республике, случалось, что обе палаты — независимо одна от другой — выражали недоверие правительству, которое тем не менее оставалось на месте. Тот факт, что предложение правительства не принимается парламентом, как правило, не воспринималось как выражение недоверия, хотя в Англии с конца XIX в. считали именно так [95]. Сегодня положение изменилось, т.е. непринятие предложения правительства не ведет; к обязательной его отставке или к новым выборам. Представители правительственной партии осознают, что не могут идти на риск новых выборов, а также знают, что для правительства, опирающегося на незначительное большинство, важен каждый голос. Внутри правительственной партии роль небольших групп зачастую переоценивается [96].

Согласно положению итальянской Конституции, само по себе непринятие законопроекта правительства не означает недоверия. Для вынесения вотума недоверия необходимо специальное голосование. В Конституции Пятой Французской республики, а также в германском

90

Основном законе говорится, что вопрос о недоверии решается в соответствии с особыми усложненными правилами [97].

Конституционное устройство, в основу которого положена связь между исполнительной и законодательной властями, в качестве фактора, ограничивающего власть, несколько устарело

Конституция гласит, что президента большинством голосов избирает однопалатный парламент сроком на пять лет.

95 Еще в начале 60-х гг. считалось, что правительство должно уйти в отставку, если не будет принято какое-либо из его предложений. Исходя из этого, относящиеся к большинству правящей партии парламентарии чрезвычайно дисциплинированно следовали партийному курсу. Однако после того, как однажды предложение лейбористского правительства, имевшего небольшое преимущество, не получило большинства голосов; а правительство все-таки осталось на месте, партийная дисциплина ослабла.

96 В 1994 г. "евроскептические" представители консервативной партии энергично протестовали против того, чтобы Великобритания вносила свою долю в бюджет Европейского Союза автоматически, на основе общего правила. Чтобы призвать к верности бунтовщиков, премьер-министр Дж. Мэйджер заявил, что правительство уйдет в отставку, если останется в меньшинстве при голосовании по этому вопросу. Бунтовщики подчеркнули, что речь идет о принципиальной точке зрения — за свою верность они заставили принять дальнейшие условия

97 Об ограничении правил голосования по вопросу о доверии и приобретенной в результате этого дополнительной самостоятельности исполнительной власти см. сказанное в гл. 4 о конструктивном вотуме недоверия в связи с привилегиями исполнительной власти.

и ныне имеет скорее всего чисто теоретический характер. В типично континентальной парламентской системе сегодня противостоят друг другу уже не исполнительная и законодательная власти, а партии. Создавшуюся на партийно-политической основе систему взаимосвязей, которую породил парламентаризм, было бы чрезвычайно трудно успешно уравнивать только посредством конституционного разделения властей. Таким образом, "дух" парламентаризма скорее всего "мертв" и ничем не уравновешен [⁹⁸].

Теоретически ответом является такое разделение, в основе которого ветви власти создаются независимо одна от другой, иначе говоря, возможности переплетения позиций партий уменьшаются, но их существование и функционирование связаны. Эта модель уравнивает одинаково сильные ветви власти и с этой целью возводит их к независимым непосредственным демократическим источникам, аргументируя это тем, что часть когда-то бывшей королевской власти переходит к избранному на длительное время президенту [⁹⁹].

Еще одно дополнение смягчает нестабильность, связанную с демократизмом подхода: правительство исполняет роль паромы между непосредственно избираемым главой исполнительной власти и косвенно избираемым парламентом. И снова правительство стоит либо на одной, либо на другой стороне, т.е. может зависеть либо от президента, либо от парламента. В других случаях правительство назначается президентом, но отстранено может быть парламентом. В соответствии с представлениями Макса Вебера кабинет должен избираться парламентом,

91

в обязанности которого входит наблюдение за действиями кабинета, в то время как всенародно избранный президент, опираясь на референдумы, может осуществлять исполнительные полномочия в некоторой мере независимо от парламента. Обращение и сегодня к опыту Вебера объясняется политической потребностью в харизматическом лидере, который проводит программу, "одобренную" народом, и в парламенте, который помогает реализовать правление партий [¹⁰⁰].

Взаимоограничивающее равновесие ветвей власти может возникнуть не только там, где есть разделение властей. Баланс может быть установлен при таком "уравнивании" и делении,

98 *Redslob R.* Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihre unechten Form. Tübingen, 1918. S. 179. Цит. по: *Mommsen.* Op. cit. S. 350.

99 Макс Вебер, один из авторов такого подхода, даже и не скрывал, что избранного пародом на семь лет президента республики он прочит в преемники германскому императору (а заодно и Бисмарку). Возможность президента стать правопреемником короля особенно ясно видна в том случае, когда президента избирают пожизненно. Наполеон стал императором после избрания его пожизненным консулом; Симон Боливар написал несколько конституций, на основании которых он мог бы стать пожизненным президентом целого ряда южноамериканских республик (через два-три года после этого он вынужден был бежать из этих республик).

100 Парламент при этом подходе необходим по той причине, что власть бюрократии должна быть под контролем. Вебер отверг американскую президентскую систему именно потому, что не находил в ней лиц, которые контролировали бы бюрократию. Вебер умер в 1920 г., с тех пор идея и практика профессиональной администрации в американской системе усилилась, опасность системы "spoil" (т.е. захват административных должностей победителями на выборах) уменьшилась, непосредственный демократический контроль над административными процедурами (слушания) становится умеренным, а способность судов контролировать администрацию значительно возросла. Все это означает тенденцию к упразднению контролирующей роли парламента. Таким образом, приобретенный после смерти Вебера опыт общения с единоличными харизматическими лидерами показывает, что их время прошло. Эта модель в постсоветских системах привлекательна именно вследствие возможности проявления цезаризма и захвата добычи. Что же касается власти партий в парламенте, то лидер партии, имеющей здесь большинство, осуществляет свою власть, не имея никаких харизматических способностей и без всякого демократического уполномочивания.

результатом которого ветви власти будут иметь в противовес друг другу, симметричные права в части назначения и роспуска. В принципе это должно означать, что исполнительная и законодательная власти находятся в равном положении. Если правительство избирается парламентом, это "парламентский абсолютизм". По мнению немецкого ученого Редслоба [¹⁰¹], оказавшего наибольшее влияние на авторов Веймарской конституции, настоящая парламентская система существует лишь там, где имеется механическое равновесие властей. Американская система "сдержек и противовесов" не обеспечивает возможности; балансирования, так как между ветвями власти нет тесной связи. "Реальное" (хрестоматийное) равновесие устанавливается тогда, когда парламент может отозвать правительство, а правительство может распустить парламент. Ответственность министра (возможность его отставки) уравнивается тем, что парламент в любой момент может быть распущен кабинетом. Каждой из двух ветвей власти необходимо располагать собственным источником равновесия. Глава исполнительной власти, как и парламент, выбирается народом или, как в конституционной монархии, легитимирован "божьей милостью". Когда народ избирает представителей обеих

92

ветвей власти, у него есть возможность навязать свою волю одной из них, обратившись к другой. Если это не обеспечено, парламент будет являться единственной верховной властью, так как у народа после его выборов не будет никакого способа выразить противоположное мнение вплоть до следующих выборов. Выбранный народом президент, который назначает органы и должностных лиц исполнительной власти, помогает властным противовесам миновать мертвые точки. К этой системе близка конституция Ш. де Голля в том виде, в каком генерал учредил ее в 1971 г. с помощью референдума, нарушившего конституцию. Согласно ей, Президент республики избирается прямым голосованием, он назначает правительство, которое парламент может провалить, но Президент в любое время может распустить Национальное собрание [¹⁰²].

93

3.2.2. Персональная зависимость

Назначение, контроль, привлечение к ответственности лиц, составляющих отдельные ветви власти, относятся к сфере организационных связей, но в силу персонального характера власти эта зависимость составляла одну из главных забот на заре развития конституционализма в континентальных странах Европы. Возможно, отсюда происходит и переоценка различий систем раздела и разграничения власти. Конституции, в которых проводится четкое разграничение компетенции между ветвями власти, подчеркивают, что одно и то же лицо не может служить в двух ветвях власти, тогда как в парламентских системах этому не придается большого значения.

Персональная несовместимость между органами исполнительной и законодательной власти фигурирует почти в каждой конституции. В системах с разделением властей существует правило, что лица, образующие одну из ветвей власти, не могут быть "составляющими частями" другой ветви власти. Американская конституция (ст. I, разд. 6, абз. 2), кроме того, запрещает сенаторам и представителям занимать любую платную государственную должность. Французская конституция 1791 г. (разд. II, гл. II, ст. IV.2) так же, как

101 *Redslob R. Op.cit.*

102 Подобная смешанная система существовала в Германии в период Веймарской конституции (1919—1933). Французский подход 1958 г. был недалек от веймарских традиций, где Президент также избирался прямым голосованием сроком на семь лет и имел законодательные полномочия совместно с назначенным им правительством. По сути дела, этой же модели следует Россия в ельцинской Конституции 1993 г.

американская, уделяла серьезное внимание разделению властей, в том числе и на персональном уровне. (Действующая конституция Нидерландов с 1815 г. следует французской концепции 1791 г.)

94

Это правило было бы полезным и в парламентских системах, поскольку отсутствие правил, регулирующих "конфликты интересов", позволяет администрации "покупать" народных представителей и интересы административного аппарата начинают превалировать. В Австро-Венгерской монархии депутаты государственного собрания теоретически не имели права занимать платную должность, на которую назначали корона, ее служащие или правительство (закон XXIV 1901 г.). Исключение из этого правила составляли министры.

Персональная несовместимость может заходить так далеко, что представитель исполнительной власти не должен появляться или высказываться на "территории" другой ветви власти. Американский президент и короли в зените своей былой славы появлялись в парламенте только по торжественным случаям, в другое время им "отказывалось в посещении" из опасения их вмешательства в дела законодательного органа. Но в парламентских системах, как того требует принцип сотрудничества, министрам всегда предоставлялась возможность находиться и выступать в зале заседаний [¹⁰³]. Иногда это было мотивировано тем, что министры считались привилегированными доверенными лицами парламента, но чаще — тем, что когда-то эта почетная привилегия полагалась королю. В отдельных парламентских культурах (в первую очередь, под влиянием Англии) считается делом первостепенной важности, чтобы члены исполнительной власти были выходцами из парламентской среды, так как в этом случае министры всегда бывают в зоне досягаемости, а возможность контроля над ними и влияния на них возрастает. Такая установка, несомненно, противоречит догматическим принципам разделения властей. Но парламентская практика служит примером обоих подходов: в одних парламентских странах (Норвегия, Нидерланды) член правительства не может быть депутатом, в других, например в Великобритании, такое совместительство практически обязательно [¹⁰⁴]. Бельгийская Конституция 1831 г. сделала возможным для министров быть депутатами парламента. Согласно болгарской Конституции, действие депутатских мандатов министров прекращается, тогда как большинство континентальных конституций не занимает никакой позиции по этому вопросу.

95

Из принципа разделения властей должно следовать, что организация имеет право сама определять структуру, органы, назначение отдельных должностных лиц данной ветви власти. В противоположность этому один весьма двусмысленный абзац Конституции США, например, содержит сведения о том, что назначение должностных лиц исполнительной власти не является прерогативой Президента. Высших должностных лиц Президент может назначать "по совету и с согласия" Сената, в то время как в отношении должностных лиц среднего уровня Конгресс может передать это право посредством издания закона Президенту, судам или главам департаментов (ст. II, разд. 2, абз. 2). Американская Конституция умалчивает о том, как можно отстранить от должности назначенных тем или иным способом должностных лиц. Верховный Суд полагает, что только Президент имеет

103 В государствах с парламентской формой правления, где важнейшей функцией парламента является контроль исполнительной власти, проблема состоит, скорее, в том что министры отсутствуют на заседаниях парламента. Иногда приходится с помощью специальных постановлений обязывать их появляться в парламенте ("час вопросов и ответов").

104 Поскольку министр является депутатом, а депутат, как правило, нигде не может быть членом второй законодательной палаты, то лорду Хьюму, чтобы стать премьер-министром, пришлось отказаться от своего титула.

право отрешать от должности лиц, работающих исключительно в сфере исполнительной власти, независимо от законов, в рамках Конституции [105]. Такого права у него нет в отношении созданных и заполненных законодательной властью вакансий в органах управления, где осуществляется квазизаконодательная или квазисудебная деятельность [106].

Принцип, следовательно, заключается в том, что выполняющее данную задачу должностное лицо относится к ветви власти, которая может отстранить его от должности по основаниям, относящимся к сфере его компетенции (т.е. выходящей за круг совершения уголовных преступлений). Действительно, с точки зрения принятия конкретных решений право назначения не играет никакой роли. По сравнению с этим выполненная функция вторична, хотя в результате различий одна из ветвей власти, возможно, вторгнется в сферу компетенции другой. Такое положение типично для случаев, когда законодатель поручает исполнение какого-либо закона должностному лицу, отстранение которого от должности является правом законодательной власти. Результатом является парадокс. В парламентских системах назначение правительства зависит от парламента, но в принципе правительство назначает в государственную администрацию кого ему угодно (если это соответствует условиям, определенным законодателем). В американской же системе, подчеркивающей разделение властей, Президент даже в своей ветви власти не может осуществлять назначения без согласия другой ветви власти. Назначения, требующие согласования между ветвями власти, конституционны до тех пор, пока

нет риска, что опасность угрожает выполнению задачи, которая конституцией возложена на ту или иную ветвь власти.

3.3. РАЗДЕЛЕНИЕ ФУНКЦИЙ И СОВМЕСТНЫЕ РЕШЕНИЯ

Как бы ни было важно определение органов и лиц, составляющих ветвь власти, само по себе оно не является решающим в отношениях между ветвями власти. Действительные ограничения или перевесы проистекают из обоюдного влияния автономии существования и автономии решений. Какой бы разграниченной и независимой ни была законодательная власть, это не имеет значения, если она не способна осуществлять свою волю посредством законов, если исполнительная власть имеет конституционную возможность навязать ей свою собственную волю или просто имеет конституционное право законодательствовать в определенных вопросах.

В соответствии с принципом разделения властей предназначение отдельных ветвей власти — функционирование лишь в определенной сфере. Орган, составляющий данную ветвь власти, полностью выполняет порученную ему задачу и выполняет только ее. Управление исполнительной властью мыслимо только посредством законов, и исполнительная власть отвечает только за нарушение законов (не считая "случая политической ответственности", реализуемого путем выборов), причем не перед каким-либо из органов исполнительной власти, а перед судом.

В действительности и американская (президентская) система не является "непроницаемой". Президент (как это предлагал еще Монтескье) посредством вето может негативно вмешиваться в законодательный процесс, поскольку он по любой причине может отказаться подписать закон. Президентское вето можно аннулировать в Конгрессе только большинством в две трети голосов. Однако неопределенны также и границы власти Конгресса. В законах, предоставляющих полномочия, он, как правило, отказывается от фактической законодательной работы, хотя, согласно строгому толкованию Конституции, никто, кроме Конгресса, не может это обеспечить. Комитеты же Конгресса, судебные

105 *Myens v. United States*, 272 U.S. 52(1926).

106 *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

следователи и административные органы, созданные законодательными органами (такие, как Федеральный резервный совет), по мнению многих, осуществляют функции правосудия и исполнительной власти. Но наибольшая сложность разделения властей проистекает не из зыбких контактов, а из самого разделения: время от времени законодательную и исполнительную власти разделяет непреодолимая пропасть, что может вызвать паралич принятия решений. Лишь при чрезвычайном положении (гражданская война, мировая война,

96

экономический кризис) и только временно управление однозначно переходит в руки исполнительной власти, да и в этих тяжелых ситуациях, скорее, в том смысле, что законодательный орган практически без возражения дает добро начинаниям исполнительной власти. Например, легислатура принимает такие бланкетные законы, на основании которых исполнительная власть, по существу, сама устанавливает их содержание в форме постановлений. Но и в этом случае может установиться своеобразное равновесие, появиться возможность ограничения перевеса исполнительной власти (и стоящей за ней партии), так как судебные органы, сохраняющие свою самостоятельность — в определенных пределах, — могут вмешаться [¹⁰⁷], если власть концентрируется в какой-либо ветви власти в размерах, угрожающих свободе или меньшинству.

Разделение ветвей власти в различных странах и в разные эпохи происходит в многообразных пропорциях и сочетаниях.

На основе правил формирования может возникнуть видимость того, что законодательный орган действительно играет решающую роль в парламентских системах, разграничивающих ветви государственной власти. В систему законодательных органов включаются и определенные правительственные структуры, либо имеющие законодательные (квазизаконодательные) полномочия, либо активно влияющие на законодательный процесс. Правительство не только создается парламентом, но и постоянно зависит от него в течение всего времени своего существования. С помощью вотума недоверия законодатель навязывает правительству свою политическую волю, не выражающуюся в виде закона. Однако вотум недоверия является слишком сильным средством, бомбой, которая может разнести на куски и своего создателя (в форме объявления о новых выборах). Поэтому наряду с ним были учреждены и другие формы контроля, носящие политический характер и использующие силу гласности, которые в некоторых случаях были зафиксированы в конституции. Например, правительству делают запрос, после которого голосуют "за" или "против" ответа правительства — без последствий вотума недоверия. Парламентские комиссии расследуют конкретную деятельность исполнительной власти, что может вызвать скандал с привлечением виновных к юридической или политической ответственности.

97

Сказанное выше требует уточнения, если только слово "уточнение" уместно для описания того действительного положения, в котором исходная позиция исчезает. В системах, основанных на использовании "сдержек и противовесов" (парламентских системах), исполнительная власть обрела значительную функциональную самостоятельность, стала определяющим фактором без парламентского управления. Она способна влиять и на законодательную деятельность, и на деятельность парламента по управлению правительством, иначе говоря, через парламент она сама управляет собой. Все это не только

107 Консервативный Верховный суд признал недействительными два закона, составлявших основу экономической политики Президента Ф. Рузвельта под названием "Новый курс". Правда, это случилось через два года после введения этих законов, когда экономические цели, стоявшие перед ними, были, в основном, достигнуты. В определенный момент Верховный суд, оказавшись под слишком большим политическим давлением, отказался от борьбы.

уравновешивает формальные права законодательной власти, но иногда выворачивает их наизнанку [108]. Исполнительной власти принадлежит исключительная роль в представлении законопроектов, в формировании бюджета; Согласно французской Конституции, по предложению правительства можно принимать законы вообще без голосования в Национальном собрании. Исполнительная власть без всякого особого уполномочивания выступает в роли истинного правотворца. Французская Конституция доходит до того, что учитывает все случаи, когда законы принимает парламент; все остальное может регулировать только исполнительная власть, а "органу народного представительства" это категорически запрещено [109].

Контроль над исполнительной властью в американской системе разделения властей, на первый взгляд, более ограничен, а создание исполнительной власти решительно находится вне компетенции Конгресса. Типичным можно считать положение, когда законодатель принимает законодательные инициативы как исполнительной власти, так и сильных президентских структур [110]. Исключение составляют Соединенные Штаты Америки. Здесь нет непосредственной инициативы, партийные сторонники президента также могут выступить против

98

президента без особого для себя ущерба (например, исключение из партии). Однако в "настоящих" президентских системах законодательный орган, несмотря на разделение властей, не становится более самостоятельным, и лишь в редких случаях способен уравновешивать власть президента. В принципе, американский Конгресс не может предопределять конкретные решения органа или лица, которым поручено исполнение, так как это означало бы, что он сам выносит конкретные исполнительные решения [111]. "Конституция не приняла во внимание возможность активной роли Конгресса в контроле над должностными лицами, которым поручено исполнение принятых им законов... Если бы исполнение закона было поручено такому должностному лицу, которое подотчетно только Конгрессу, то это практически обеспечило бы Конгрессу контроль над исполнением

108 Так можно "использовать" и парламентский вопрос. В парламенте Великобритании, например, принято, что если министр хочет изложить свою позицию перед общественностью, то он отвечает на вопрос, заданный депутатом от правящей партии.

109 Парадоксальным образом свою оставшуюся незначительную правотворческую власть французский парламент бережет больше, чем прежде, когда он располагал неограниченным и "официально" неделируемым законодательным правом. Правительство же слабо настаивает на делегировании ему законодательства, чем так часто пользовалась Пятая республика в начальный период своего существования.

110 Olson D. The Legislative Process: A Comparative Perspective. N.Y., Harper and Row, 1980. На примере Перу можно рассмотреть "настоящую" президентскую систему, где в течение двух президентских циклов за период с 1980 по 1990 г. 70—50% законопроектов исходило от исполнительной власти, из которых 65—75% было принято парламентом (McClintock. Ibid. P. 383). В Соединенных Штатах 30% законов инициировал, по сути дела, Президент, другие 20% — исполнительная власть совместно с частью Конгресса.

111 Конституция США запрещает *bill of attainder* (закон, определяющий последствия приговора к смертной казни или объявления вне закона). Однако время от времени Конгресс (а также законодательные органы штатов) могут принимать конкретные решения. В Великобритании частные законы, составляющие бó льшую часть законодательных актов общего права, все еще играют значительную роль для обеспечения специальных прав местных органов власти. В Австро-Венгерской монархии подобные законодательные акты использовались при организации строительства железных дорог.

законов" [112]. Контрольные функции Конгресса заканчиваются назначением должностного лица (с согласия Сената) и не могут превратиться в постоянный элемент управления.

Приводимая ниже таблица демонстрирует несколько возможных вариантов согласований на основе исследованных точек зрения. Возможные комбинации пяти принятых во внимание аспектов дают в результате 25 вариантов. Однако среди фактических отношений никогда не бывает чистых систем разделения и подчинения.

99

Модели возможных связей между исполнительной (президентской) и законодательной властями.

Модели Решение	1	2	3	4	5	6	7	8
Глава исполнительной власти избран прямым голосованием	+	+	+	+	+	-	-	-
Назначение правительства независимо от парламента	+	-	+	-	-	-	-	-
Правительство не ответственно перед парламентом (нет вотума доверия)	+	+	-	-	-	-	-	-
Исполнительная власть может распустить парламент когда угодно	+	-	+	+	-	+	-	-
Исполнительная власть может инициировать закон	+	-	+	+	+	+	+	-

1. Абсолютная президентская республика
2. США
3. Пятая Французская республика
4. Веймарская республика
5. Болгария (1991)
6. Великобритания
7. Третья Французская республика

112 Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714, 726-727, 732 (1986). Закон Грэма-Радмена-Холлингса должен был уполномочить Генерального контролера (в случае возникновения бюджетного дефицита для осуществления сбалансирования бюджета) внести предложение Президенту по сокращению отдельных расходов, которое Президент должен принять и выполнить. Генерального контролера назначает Президент с согласия Сената, Конгресс может уволить его в случае неэффективной деятельности в соответствии с законом. Однако если увольнение должностного лица зависит от Конгресса, то это лицо должно быть подведомственно Конгрессу и не может получить полномочия на выполнение задачи, относящейся к сфере исполнительной власти. Суд и на этот раз не подверг сомнению тот факт, что у Конгресса не могут быть зависящие от него органы. Закон заведомо был рассчитан на то, что окончательное решение принадлежит Конгрессу. Приказ Президента относительно сокращения расходов вступил бы в силу спустя определенное время, в течение которого Конгресс смог пересмотреть установленное сокращение расходов. Иначе говоря, исполнительная власть предприняла лишь промежуточные шаги, а глава счетной палаты сам не был в состоянии принять решение.

8. Абсолютная парламентская система

100

3.4. ДРУГИЕ ПРОТИВОВЕСЫ

3.4.1. Роль судебных органов в балансе властей

Анализируя систему "сдержек и противовесов", мы видим, что судебные органы также образуют самостоятельную структуру. Решения о назначении судей и создании отдельных органов правосудия часто принимает какая-либо другая ветвь власти, однако эта другая ветвь не имеет права увольнять судебных должностных лиц, вмешиваться в конкретные дела или контролировать судебные органы.

Членов высших судебных органов часто избирает парламент, других судей, как правило, назначает исполнительная власть [¹¹³], которая может в отдельных случаях влиять и на их карьеру.

101

Логически всего этого можно избежать: известна такая система (например, Высший совет магистратуры в Италии), в которой решение по этим вопросам принимает орган самоуправления судей. Президенту США при назначении членов Верховного суда приходится сотрудничать с Сенатом.

В своей деятельности судебные органы в целом не зависят от других ветвей власти (кроме того, что условия его функционирования зависят через бюджет от другой властной ветви). Хотя судебные органы осуществляют свою деятельность по правилам, определяемым другими ветвями власти [¹¹⁴], их решения сказываются на деятельности этих других ветвей власти. Приговоры в традиционной парламентской системе не касаются законодательной, но могут оказывать влияние на деятельность исполнительной власти. Согласно новой тенденции, проявившейся главным образом после Второй мировой войны, суды уже не довольствуются своей традиционной ролью, применением законов. Судьи конституционных судов, порвав со взглядами Монтескье, который называл судей устами закона и считал их уровень ниже уровня законодательных органов, ныне уже не просто занимаются правотворчеством (что, кстати, они по-прежнему отрицают), но и оказывают существенное влияние на направление законодательства и эффективность конституции.

3.4.2. Федеральное (вертикальное или горизонтальное) разделение властей

Ограничение власти в некоторых случаях происходит еще на одном уровне — вертикальном, независимо от того, что происходит на уровне горизонтальном, т.е. независимо от того, существует ли разделение властей или система сдержек и противовесов для ветвей власти одного уровня. Государство расчленяется и по оси "центр — периферия", по которой власть также может ограничиваться. Это обеспечивает разграничение компетенции, вытекающее из принципа федерализма. Представительные органы отдельных территорий (субъектов федерации) могут иметь приоритетные правомочия по сравнению с центральными

113 Это та причина, по которой судьи могут перемещаться (и даже повышаться в должности) только с их персонального согласия. Это также иллюстрирует конституционную значимость стабильности их должности и дохода.

114 Исключения составляют правила ведения дел, при рассмотрении которых суды сами устанавливают процессуальные нормы.

государственными органами, и это ограничивает центральные ветви власти. Центральные (федеральные) законодательные органы могут принимать законы только по вопросам, определенным в конституции; в других сферах это является привилегией земли, региона, штата. Конкретные решения и здесь весьма разнообразны.

102

Конституция США (ст. I, разд. 8, абз. 18) признает за Конгрессом право издавать законы только по указанным в Конституции вопросам и только в тех случаях, когда это "необходимо и уместно". За двести лет скупой перечень 1787 г. удалось преобразовать в обширный список, пусть даже под предлогом торговли между штатами. (С таким же успехом можно, например, централизованно регулировать трудовые отношения.)

По отдельным вопросам, перечисленным в германском Основном законе, федеральный законодатель обладает исключительными правами. В других делах, фигурирующих в этом перечне, речь идет о "конкурирующих" правах (если федерация закон не принимала, то земли были уполномочены на это). Федерация может принять закон по этим конкурирующим предметам только тогда, когда вопрос на федеральном уровне можно решить лучше. (Вероятно, излишне говорить о том, что все вопросы до сих пор представлялись лучше решаемыми централизованно.) Наконец, вопросы, которые не упоминаются в федеральной конституции, не подлежат компетенции федерального законодателя.

Россия пытается ввести систему, согласно которой в определенных случаях центр может принять закон лишь с согласия субъектов федерации. В соответствии с Конституцией по вопросам, которые не отнесены к исключительной компетенции центра, приоритет принадлежит законодательству субъектов Федерации.

Члены федераций как административные единицы, располагающие действительной властью и собственными ресурсами (свои налоговые поступления, управленческий аппарат), способны в известных пределах защитить свои права от центральной законодательной и исполнительной власти. Иногда в пределах исполнительной власти происходит разграничение: в решении отдельных задач в федеральных округах исполнительная власть главенствует над центральной, которая не может давать указаний местной исполнительной власти. Согласно германскому Основному закону, например, для того чтобы сильная власть правительства не стала безграничной, центральные органы исполнительной власти не имеют исполнительного аппарата, большинство министерств не имеет ни одного подчиненного ему органа. Если центр желает осуществлять политику одной из своих ветвей власти, он должен просить для этого поддержки земель — за некоторыми важными исключениями. Чиновники, исполняющие указания центра, трудятся на местах, они являются сотрудниками министерств земельного правительства.

Значение провинций и штатов как противовесов центру изменяется в зависимости от эпохи и системы. Первые тридцать лет существования

103

Соединенных Штатов прошли под знаком непрерывных усилий отдельных штатов доказать, что федеральный Конгресс не может принять касающийся их закон без их же согласия. В конце концов Президент Эндрю Джэксон по поводу так называемого "таможенного

кризиса" [¹¹⁵] в тоне, не терпящем возражений, заявил, что ради сохранения Союза федерация готова вступить в борьбу и с собственными гражданами. Утверждают, что он поручил одному из представителей склонной к мятежу Южной Каролины в Конгрессе передать своим землякам следующее: "...Пусть спокойно изливают свою душу в многочисленных решениях, пусть распространяют угрозы в печати. Но если прольется хоть капля крови в нарушение законов Соединенных Штатов, я прикажу повесить первого, кто попадется мне в руки, на первом дереве, которое встретится мне на дороге" [¹¹⁶]. Во всяком случае это как-то обозначает границы федерального разделения властей.

По мере того как усиливалась социальная роль государства, расширялись и международные связи, во многих странах возрастала роль центра. Те, кто представлял себе Германию подлинной федерацией в 1948 г., вряд ли узнали бы возведенное по их проектам сооружение. Процесс этот не всегда происходит однозначно: Бельгия в последние два десятилетия успешно трансформировала единую ранее централизованную власть в федерацию или даже в конфедерацию, в первую очередь создав тем самым мирное пространство для национальных устремлений к самостоятельности.

3.5. КОГДА ПРОТИВОВЕС ПРЕВРАЩАЕТСЯ В ПЕРЕВЕС?

На Европейском континенте после прекращения конфронтации между исполнительной властью и парламентом первая, несмотря на то, что ее существование однозначно зависит от второй, приобретала все более значительную власть, хотя это и не всегда отражалось в конституции, подобно тому, как это не нашло отражения в тексте французской Конституции 1958 г. Причина укрепления исполнительной власти отчасти связана с изменением избирательных систем в направлении усиления партийной власти, а отчасти с переориентацией деятельности и влияния партий (на что, в свою очередь, воздействие оказывает роль средств массовой информации в изменении систем выборов). Чем слабее поддержка исполнительной власти со стороны партий, т.е. чем менее

104

стабильно правительственное большинство, тем труднее реализовать намерения исполнительной власти, но это уже выходит за пределы темы конституционализма.

Каково, с учетом этого, соотношение сил между ветвями власти [¹¹⁷] — зависит от многих факторов, например, от партийной системы, от избирательной системы, от веса государственной администрации. Что касается соотношения сил в системе "сдержек и противовесов", то достаточно сказать, что взаимопереплетение в любом случае ограничивает каждую из фигурирующих в этом переплетении ветвей власти.

115 Отдельные американские штаты отказались исполнять федеральные решения. В 1832 г. несколько южных штатов, требуя предоставления таможенных прав, вступили в конфронтацию с федерацией и заняли сепаратистскую позицию.

116 *Rossiter*. Op. cit. P. 221.

117 Олсон и Мези сформулировали и другие гипотезы о формировании отношений между ветвями власти. В условиях централизованной исполнительной власти у депутатов парламента меньше шансов на то, чтобы их самостоятельная законодательная инициатива была успешной. Если инициатива исполнительной власти исходит от органа сравнительно низкого уровня, парламент может противостоять успешнее. Против предложений отдельных министров, при отсутствии возможности выбора, голосуют даже представители правящей партии, отчасти потому, что это не влечет за собой непосредственных жизненно важных последствий. Там же, где все предложения формально вносит правительство, шансы на успех в противостоянии невелики: любая попытка в этом направлении ведет к конфронтации с правительством. См.: *Olson David M., Mesey Michael*. (cds.). *Legislatures in the Policy Process: The Dilemmas of Economic Policy*. Cambridge — N.Y., 1991.

В отношениях между ветвями власти современные партии, используя избирательные системы, могут играть исключительную роль. Избирательная система, по существу, определяет, сколько партий будет представлено в парламенте. Рост числа таких партий ведет к повышению независимости парламента, однако это наносит ущерб управляемости. Согласно классическому тезису М. Дюверже, выборы в один тур под лозунгом "представительство принадлежит победителю" благоприятствуют двухпартийной системе, тогда как пропорциональная избирательная система — многопартийности. Однако конституции в большинстве случаев обходят избирательную систему молчанием, причем настолько, что вопрос формирования власти, определяющий фактическое ее разграничение, остается вне конституции.

Если исходить из тезиса дисциплинированности партий, любое разделение власти может оказаться бесплодной попыткой для создания конституционализма. Разделению властей благоприятствует, когда депутаты не зависят от партии, например в отношении финансирования кампании и выдвижения кандидатур, но постоянно зависят от избирателей, вплоть до возможности отзыва (это, однако, трудно увязать с принципом неделимого представительства единого народа, стабильностью и другими конституционными требованиями).

Если современной партии путем выборов удастся подчинить своему влиянию как законодательную, так и исполнительную власть, она через партийное руководство может "объединить" ветви власти и создать единый центр по принятию решений. Конституционное разделение ветвей власти может лишь уменьшить это настолько, насколько исполнительной власти понадобится время для приобретения, в соответствии с конституционными предписаниями, законных полномочий, которые потребуются для осуществления партийной политики. В таких условиях особую важность приобретают элементы конституционного устройства, которые обеспечивают права политического меньшинства, так как создают препятствие для полного подчинения парламента одной партии. Роль такого противовеса партии в парламентах может сыграть избранная в другое время и по другим избирательным принципам вторая палата, в федерациях — вес субъектов федерации, а также сохраняющий прежнее политическое соотношение сил (ранее назначенный) конституционный суд. Под знаком стремления к восстановлению конституционного равновесия парламентские меньшинства, обладающие правом предъявления иска, могут усложнить процесс усиления исполнительной власти.

3.6. КАКИЕ УРОКИ ДЛЯ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА ВЫТЕКАЮТ ИЗ ВЫШЕСКАЗАННОГО?

Об отношениях ветвей власти наиболее верно можно судить по тому, сохраняется ли свобода. Насколько опыт позволяет сделать нормативные выводы, оказывается, что конституционализм как требование ограничения произвола может осуществиться и тогда, когда в определении персонального состава и выполнении задачи какой-либо ветви власти играет определенную роль другая ветвь. Из этой практики уравнивания ветвей власти вовсе не следует, что необходимо принимать совместные решения. Обязанность принимать совместные решения в данном случае ведет к неспособности вообще принимать решения. Разделение властей приводит к умеренному равновесию сил тогда, когда влияние различных ветвей власти распространяется на различные стадии процесса принятия и выполнения решений.

Значение основополагающего разделения власти видно из того, что квазизаконодательная деятельность исполнительной власти может привести к ограничению свободы. В 1861 г., в начале гражданской войны в Америке, президент А. Линкольн как главнокомандующий армией дал секретное указание своему генералу арестовать подозрительных лиц без

соблюдения правила "хабеас корпус". Генерал делегировал эти полномочия на более низкий уровень и в результате тысячи

105

людей были заключены в лагеря. Поскольку это решение, принятое в обход Конгресса, стало обыденным, против этого нарушения конституции не могло возникнуть какое бы то ни было сопротивление. Распоряжение, предназначенное первоначально для района, где шли сражения, вскоре распространилось на всю территорию военных действий и даже за ее пределы. Последовали массовые депортации в Миссури [118]. Источником антиконституционности в данном случае было отсутствие четкого распределения компетенции.

Конечно же, множество подобных примеров можно привести помимо Соединенных Штатов и в отношении других стран. Но факт и то, что даже ультрапарламентарная Великобритания не нарушает основные права.

В других парламентских континентальных странах строгое разделение (в нормальных условиях) также не ведет к ограничению гражданских прав. В большинстве случаев ограничение или регулирование прав и свобод является исключительно прерогативой парламента. Свободы гарантированы независимо от того, каким является соотношение между законодательной и исполнительной властью. С другой стороны, именно парламентское большинство приобретает роль, влияние партий может поставить под угрозу права и свободы. Свободам угрожает партийный диктат и, косвенно, воля большинства. Опасность современного деспотизма связана не только с единовластием какой-либо одной ветви власти. Подлинная опасность состоит в решающем влиянии какой-либо партии или партийной группы, оказываемом на ветви власти.

106

При определенных обстоятельствах разделение властей все же имеет значение. Чем последовательнее осуществляется это разделение, а тем самым и контроль над исполнительной властью, тем больше это значение. Там, где свободу может ограничить только закон, и для принятия такого закона нужно какое-либо квалифицированное большинство, диктата правительства и стоящей за ним партии в большинстве случаев недостаточно, нужно заручиться и поддержкой парламентского меньшинства, в частности, и оппозиции.

118 *Neety M.E. Jr.: The Fate of Liberty: Abraham Lincoln and Civil Liberties. Oxford University Press, 1991. P. 9.* Эта история повторилась во время Второй мировой войны в других правовых условиях в связи с депортацией американских граждан японской национальности. Все же было бы несправедливо считать американскую систему "сдержек и противовесов" менее приспособленной для защиты свободы по сравнению с классическим Парламентаризмом. Как будет показано ниже, положение прямо противоположное. Выбор американского примера показывает, что законодательного распределения компетенции не всегда достаточно, особенно если его можно обойти на основании правомочий главнокомандующего армией. Этот случай указывает еще на одну особенность американской Конституции, которую в чрезвычайных ситуациях можно назвать и недостатком: она не признает, что следует применять специальные правила. Правда, речь в ней идет о мятеже и нападении на страну, в результате чего можно приостановить действие принципа "хабеас корпус", однако право на это (и, следовательно, на объявление самого чрезвычайного положения) имеет только Конгресс. Конституции континентальных стран Европы Нового времени склонны к определению того, кто и при каких условиях может объявить чрезвычайное положение, при котором большую часть полномочий парламента берет, на себя исполнительная власть; она же определяет, в какой мере можно ограничивать в таких случаях основные права человека.

Разделение ветвей власти более пригодно для сдерживания партийного господства, чем система сдержек и противовесов [119]. В этом отношении американский опыт более позитивен, хотя, согласно одному из распространенных мнений, решающая причина столь своеобразной слабости партийного влияния на принятие политических решений состоит не в разделении властей. В Соединенных Штатах разделение властей оказывает влияние совместно с демократической избирательной системой. Избираемый в середине президентского цикла Конгресс и постоянно обновляющийся Сенат фиксируют партийно-политическое преимущество состояния, отличающегося от состояния в момент выборов Президента. Это обеспечивает еще одну возможность того, что равновесие институтов служит взаимоограничению влияния партий. Однако Соединенные Штаты можно считать исключением. Опыт системы южноамериканских стран, гораздо более президентской и "разграниченной", свидетельствует о том, что разделение властей не имеет силы именно потому, что недостаточно сильны партии.

Какими бы ни казались устаревшими, почти незначительными жонглирование системой противовесов и особенно принцип разделения властей, они, по мнению многих, продолжают сохранять свою основополагающую важность с точки зрения осуществления принципов конституционализма не только потому, что без них, т.е. в условиях однородной власти, эта последняя легко становится сначала пристрастной, а затем самовластной, но и, например, потому, что за последние сорок лет органы юстиции и ставшее самостоятельным конституционное судопроизводство превратились в новый действенный ограничивающий барьер. А это следует из разделения ветвей власти. Решения конституционного суда могут заставить законодательную и исполнительную власть по настоящему выступать друг против друга — в защиту свободы.

Современные конституции пользуются целым рядом дополнительных технических приемов, которые могут усилить ожидаемый от разделения властей эффект ограничения произвола. К ним относятся

107

институты, служащие разделению и деполитизации (независимости от партий) исполнительной власти, а также частичный контроль со стороны конституционного суда за решениями исполнительной власти и имеющий отношение к конкретным делам демократический контроль за деятельностью определенных органов исполнительной власти (участие в процессе принятия ими решений).

108

Глава 4

ПАРЛАМЕНТАРИЗМ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

4. 1. Метаморфозы парламента. 4.2. Структура и функционирование парламента. 4.3. Одна или две палаты. 4.4. Законодательный процесс.

...Как выдержит человек разума пребывание в Парламенте?

Уильям Питт Младший

119 Однако эта точка зрения сама по себе не опровергает упомянутые нами возражения против президентской формы правления.

4.1. МЕТАМОРФОЗЫ ПАРЛАМЕНТА

4. 1. 1. Эволюция парламентаризма и превращение его в систему представительного правления

Предшественником современного парламента во времена позднего средневековья был прежде всего английский парламент, который первоначально представлял собой орган, созывавшийся от случая к случаю, состоявший из представителей дворянства и лордов — крупных феодалов. Парламент был совещательным органом при монархе, но имел правомочия в области административной юстиции и право введения специальных налогов. Члены парламента представляли отчасти самих себя (свой род в палате лордов), отчасти же города и территории, причем не обязательно в качестве выборных лиц, а выполняя поручение руководства того или иного города. При этом даже выборные представители попадали в парламент благодаря голосам ничтожной части населения.

Фактическая власть английского парламента опиралась на военную, экономическую мощь и титул его членов. Признание же монарха придавало институту уверенность в себе, еще задолго до того, как представительная система с ее демократической легитимацией приобрела широкую популярность. Уже в XVI в. большой успех имело утверждение, согласно которому "власть и компетенция парламента столь абсолютны, что не могут ограничиваться ни лицами, ни делами" [120].

Во время гражданской войны английский Парламент функционировал в качестве исключительной власти, взяв на себя также и

109

исполнительные функции. Это был так называемый Долгий Парламент, который оставил после себя столь плохую память, что, когда англичане во время "Славной Революции" (1689), почти два поколения спустя, изгнали Стюартов, казалось немислимым вновь дать Парламенту исключительную верховную власть. Нужно было срочно найти короля, тем более что, согласно запоздалому подтверждению, "не может быть общественной свободы там, где законодательство и исполнение законов находится в руках одного и того же органа" [121].

В середине XVIII в. Блэкстоун [122] приписывает законодательству центральное место в конституции, а парламент называет суверенной властью, действующей бесконтрольно. "Конституция нашего королевства доверяет ему ту абсолютную деспотическую власть, которая должна присутствовать где-то в любом правительстве... Парламент может все, что возможно в природе, вследствие чего некоторые не совестились говорить даже о... всемогуществе парламента" [123].

Тезис о всемогуществе Парламента, в который вскоре после его провозглашения Блэкстоуном уверовал и сам парламент, спустя недолгое время оказался неприемлемым, по крайней мере, в глазах американских колонистов, у которых появились разногласия со своей родиной, в частности, из-за упорного нежелания Парламента пойти на самоограничение. Произвол английского Парламента (вкуже с королевским деспотизмом) нанес глубокую рану

120 *Coke E.* 4 Inst. 36.id. Blackstone: Commentaries on the Laws of England. Chicago, 1979. P. 156. (Факсимильное издание 1765—1769.)

121 *Blackstone.* Op. cit. P. 142.

122 В то же время Блэкстоун — отчасти под влиянием идей Монтескье — считает основой английской конституции сбалансированность правления. Эта сбалансированность, однако, представляет собой смесь различных форм правления (демократия, аристократия, монархия).

123 *Blackstone.* Op. cit. P. 156.

американским учредителям Конституции. Одним из основных стимулов в процессе разработки Конституции стало стремление ограничить это всемогущество.

По Блэкстоуну, Парламент сострит из Его Величества, Палаты лордов и выборной Палаты общин. Таким образом ветви власти, т.е. народ, лорды и исполнительная власть (король), имея потребность в согласии, могут в какой-то степени уравнивать и ограничивать друг друга. В этом же направлении действует право обеих палат на расследование дел и предъявление обвинения в отношении королевских советников. К деятельности Парламента как института относится также и то, что его членов нельзя привлечь к ответственности за сделанные ими заявления внутри стен Парламента, и в этом отношении личность их неприкосновенна. Привилегией Палаты общин является внесение законопроектов по налогам и делам финансового характера, которые лорды, в крайнем случае, могут отвергнуть. Эта привилегия основана на том, что

110

народ будто бы готов сам взвалить на себя тяготы. Наконец, представители Палаты общин являются выборными лицами, "что можно отнести к демократическим чертам Конституции", ибо выборы — это "проявление воли народа". Народ реализует свой суверенитет путем выбора представителей. В целях предупреждения злоупотребления этой выборной властью голосовать могут лишь те, кто не находится под влиянием других; именно поэтому избирательное право основано на имущественном цензе.

Нынешний Парламент почти во всем представляет собой полную противоположность сказанному или же выходит за пределы этих подходов даже в Соединенном Королевстве.

В современной конституционной системе исполнительная власть не является частью законодательной, хотя функция президентского контроля над парламентом сохранилась во многих парламентских системах или обрела новую роль, связанную с инициированиями судебного пересмотра законов.

Вторая палата парламента — там, где она существует, — представляет не какую-то определенную общественную группу или сословие. В федеральных системах это форум самостоятельных территорий, провинций, кантонов, штатов — или просто, будучи избираемый по системе, отличающейся от нижней палаты, он представляет граждан иначе и как таковой, в первую очередь, играет роль контролирующего и уравнивающего фактора в парламентском процессе или может являться равноценной частью легислатуры [124].

Правда, неприкосновенность депутатов имеет место, а на исполнительную власть продолжают оказывать влияние парламентские запросы и импичмент. Но во времена Блэкстоуна еще не был известен самый главный инструмент парламентской демократии, с помощью которого можно управлять исполнительной властью. Парламент XVIII в. еще не признал в качестве принципа, что исполнительная власть не может функционировать без доверия парламента и в конечном счете исполнительная власть работает в качестве поверенного органа законодательной власти. Но не существовало и противоположного положения, согласно которому исполнительная власть не могла выступать с законодательной инициативой и не имела привилегий, относящихся к финансовым законопроектам. Сегодняшний парламент перестал быть форумом для сбора и рассмотрения жалоб, связанных с проступками его членов.

124 В Соединенном Королевстве Палата лордов хотя и сохранилась, но играет ограниченную роль в законодательстве и формировании политики, особенно после реформы 1911 г., исключившей возможность препятствовать дольше одного месяца осуществлению намерений Палаты общин в связи с законопроектами финансового характера.

Основываясь на своей народно-представительной легитимности, он стремится определять политику.

Наконец, и это, пожалуй, самое главное в теоретическом плане, членство в современном парламенте основано на выборах (пожизненное членство в Палате лордов или пожизненное сенаторство бывших президентов Италии — исключение, которым с этой точки зрения можно пренебречь). Парламенты в подавляющем большинстве случаев создаются путем непосредственных выборов по избирательной системе, которая предоставляет право голоса каждому совершеннолетнему гражданину. (Однако в федеральных системах федеральные советы состоят зачастую из членов правительств земель, как в Германии, или избирались легислатурами штатов в США до принятия XVII поправки к Конституции (1913).)

Предположив, что разделенные законодательная и исполнительная власти способны к эффективному взаимному ограничению, с точки зрения требований конституционализма почти не имеет значения, каковы их взаимоотношения или их внутренняя структура. Наши обычные минимальные условия выполнены, мы можем спать спокойно, ибо ни одна из властей не может завладеть верховной властью. Тем не менее нам не безразлично, в какой политической системе мы живем, так как для того, чтобы хоть в какой-то мере чувствовать государство своим, нужно хоть немного отождествляться с ним, а для этого необходимо иметь шанс контроля над государством и влияния на него. В этом смысле потребность в представительном-парламентском правлении и либеральный конституционализм имеют общие корни, переплетаются друг с другом. Все это отнюдь не делает излишней осторожность, по отношению к государству, которая советует ограничить его власть путем разделения ее ветвей.

Парламент является органом (общего народного) представительства, отсюда особая легитимированность законодательного органа, отсюда и теоретическое верховенство парламента по отношению к исполнительной власти в отдельных парламентских системах. Несомненно, если народ выбирает также и главу исполнительной власти, то парламент утрачивает свою дополнительную представительскую легитимность, и отношения между двумя ветвями власти определяется лишь логикой разделения труда и случайностями текста конституции.

В случае конституционного разделения властей почти само собой разумеется, что закон принимается парламентом как выборным органом, представляющим избирателей, а в современной демократии — весь народ. Точнее, парламент В, большинстве случаев представлял народ, только вот нация или народ, располагающий политическими правами, не всегда означают совокупность всех граждан. Например, в

Венгрии перед 1848 г. дворянская "нация" была намного малочисленнее, чем население в целом.

Народу нужен некий законодательный или управляющий орган, им избираемый, если он не хочет отдать свое право и позволить кому-то еще стать единственным блюстителем конституционного порядка. "Народный" выбор законодательной власти сам собою следует из демократических идей, тогда как необходимость выбора исполнительной власти, а также и ее главы народом уже не столь однозначна. Демократическому осуществлению власти соответствует такая ситуация, когда исполнители, по крайней мере частично, функционируют в качестве "исполнительных комитетов" парламента.

4.1.2. Роль народного суверенитета в условиях парламентаризма: свободный мандат

Принято говорить, что парламент выполняет законодательные функции в силу своего народно-представительного выборного характера. Первостепенную важность он приобрел благодаря своей народно-демократической легитимации и функции, определяющей исполнительную власть. В этом утверждении, касающемся народного представительства, которое в сжатом виде представляет собой догмат современной парламентской демократии, не найдется, пожалуй, ни одного элемента, который не имел бы слабых мест или не нуждался в уточнении. Как ни странно, сам парламент как институт конституционализма отчасти представляет собой институт ограничения народной воли, народного участия (см. сказанное выше о референдуме), а отчасти — сам нуждается в ограничении.

Согласно демократической организации власти, каждый человек равноправен и независим, следовательно, только сами люди могут принимать решения в отношении собственной судьбы.

Народный суверенитет и демократия требуют, чтобы воля граждан зримо отражалась в их делах и руководила государством непосредственно. Этот постулат держится поразительно твердо и упорно, хотя нет никакой уверенности в том, что люди непременно желают своего постоянного участия в управлении государством. Технические возможности ставят препоны на пути формирования всеобщей воли, трансформация всеобщей воли в волю большинства "размывает" содержание народной воли. С другой стороны, конституционализм буквально сотрясается от непосредственного проявления народного суверенитета, его магматического извержения.

В этом месте на сцену выходит — и в союзе с конституционализмом — парламентская система, которая выставляет посредников между

113

народом и выражением его воли [¹²⁵]. Поскольку государство действует на основе законов, достаточно управлять им с помощью законов. (На основе демократических принципов можно обосновать выбор гражданами и других органов, но для осуществления народного суверенитета в этом нет никакой необходимости.) Для осуществления всеобщей воли достаточно взять в свои руки законодательство.

Английский парламент, идеал пророков конституционализма XVIII в., показал себя как всемогущий или во всяком случае привилегированный орган власти. Дж. Локк, подытоживая опыт английской революции, на несколько поколений опережая общее признание догмата о всесии народной воли, утверждал, что государственная власть происходит от народа. Народ уступает власть государству через посредство договора, в котором передает власть также и указанным в договоре органам. Однако, по Локку [¹²⁶], "в руках, людей все еще остается верховная власть, чтобы устранить или изменить законодательный орган, если они считают, что этот последний не оправдал их доверия".

125 Отчасти исторической "случайностью" является то обстоятельство, что выражение народно-представительного суверенитета оказалось в компетенции парламента. Ведь большинство (если уж воля большинства является всеобщей волей) могло бы, в принципе, уполномочить и одного-единственного человека, но единоличная власть легче приводит к тирании. Народ мог бы выбрать диктатора или президента, который даровал бы ему законы всеобщей воли. Но к тому времени, когда возникла потребность в демократическом выражении народного суверенитета, уже существовал монарх как единоличный выразитель воли, которого менее всего можно было сделать выборным выразителем воли, потому что все движение было направлено против него.

126 *Locke J. Second Treatise of Government. Cambridge, 1980. P. 77.* По легалистскому суждению Блэкстоуна, статутное право отвергает эту идею.

Законодательный орган XVIII в., который уходил своими корнями в средние века и формировался из лиц, в него "делегируемых", был в состоянии приспособиться к требованиям демократии и демократической избирательной системы. Такое "приспособление" позволяло политической системе избежать опасности прямого народного волеизъявления и народного правления. Для достижения конституционных целей была произведена и другая хирургическая операция. Ранее народ, в принципе, уступал по договору свою власть государству, однако в рамках парламентского представительства он осуществляет ее (пусть косвенно) сам. Если учредитель конституции не хочет, чтобы народ, будь он даже источником всякой власти, возвысился Над всем и вся и именем конституции осуществлял тиранию масс, страшнейшую из всех видов тирании, то легислатура не может оставаться "верховным" органом. Этот принцип как само собой разумеющийся следовал уже из разделения ветвей власти, но в тени народовластия успокоительным решением представлялось лишь разделение равноправных ветвей власти.

114

Парламент с его избранными членами может представлять все многообразие общества; между представителями этого общества происходят дискуссии и обмен мнениями, в результате чего может сложиться общая воля в виде не какой-то готовой суммы слагаемых, а некоего решения, формирующегося, приемлемого для всех. В соответствии с этим парламент первоначально считался виртуальным воплощением общества.

Итак, парламент как законодательный орган в состоянии ограничить демократическую власть большинства, желаемую конституционно, по той причине, что он воплощает представительное правление, представительную, т.е. не непосредственную, демократию. Как подчеркивал Мэдисон, законодатель стоит между большинством избирателей и законом как самостоятельное действующее лицо. Однако для того чтобы парламент мог дистанцироваться от большинства граждан, он должен перестать быть виртуальным представителем избирателей. Это обеспечивается свободным депутатским мандатом.

Связанный (императивный) мандат считался типично феодальным, средневековым явлением. И когда французские сословные депутаты, располагавшие связанными мандатами, полные амбиций, в 1789 г. превратили сословный парламент в учредительное Национальное собрание, они первым делом освободились от наказов делегировавших их провинций. Возможно, поэтому идеи суверенитета нации имели столь большой успех: тот, кто представляет всю нацию, независим от отдельного избирателя.

Мимо вашего внимания, вероятно, не прошло тонкое замечание аббата Сьейеса, приведенное в гл. 2. Депутат служит не народному суверенитету, потому что тогда народ и все избиратели или большинство избирателей снова возникнут со своей эмпирической, приземленной волей, да еще призовут депутата к ответу: "Что ты делаешь с моей волей от моего имени и по моему поручению?" или же "На каком основании ты ставишь свое вместо моего?"

В отличие от частного представительства и поручительства по частному праву депутат парламента не связан волей своих избирателей, подобным же образом и заявления, а также голосования депутата не связывают его избирателей.

"Парламент — это не конгресс защитников различных и враждебных интересов, где каждый защитник в качестве уполномоченного обязан соблюдать свой собственный интерес и отстаивать его первенство перед всеми остальными уполномоченными и покровителями, напротив, парламент является собранием нации, принимающим решения путем переговоров и соблюдающим один-единственный интерес, интерес целого, руководствуясь не местными целями или местными

предрассудками, а исключительно соображениями общего блага, проистекающего из общего разума этого целого" [¹²⁷].

Нельзя забывать, что XIX в. еще не знал партийных списков, были лишь избиратели и их представители, отождествляемые с избирательными округами, т.е. теоретически наказ, полученный от избирателей округа, вполне мог быть правильно истолкован. Хотя депутат и избирается своими избирателями, но его мандат не имеет императивного характера, поскольку он представляет весь *народ, или нацию*. И в таком качестве, в интересах каких толстосумов выступает он после выборов — этот вопрос уже не очень занимал авторов конституций. Несовместимость, не нарушающая равновесия ветвей власти, представляет собой "личное дело" сообщества депутатов [¹²⁸].

С 1789 г. этот логический скачок никого не смущал, поскольку уже в 1789 г. было очевидно, что императивный мандат парализовал бы политическую систему. В тексте Декларации прав человека и гражданина 1789 г. еще чувствуется некоторая неуверенность, однако изобретение аббата Сьейеса, гениальное и одновременно жуткое по своим последствиям, делает субъектом суверенитета народ: "Источник суверенитета зиждется, по существу, в нации" (ст. 3) [¹²⁹]. Декларация преподносит еще в качестве совершенно равноценных непосредственное и представительное законодательство (ст. 6), но уже французская Конституция 1791 г. почти исключает непосредственную демократию: "Народ, который является единственным источником всякой власти, может осуществлять эту власть только путем представительства, а депутаты Национального собрания как представители всего народа не могут получать инструкции" [¹³⁰].

127 *Burke E.* The Writings and Speeches of Edmund Burke. Clarendon Press. Oxford, 1996. Vol. III. 1774—1780. P. 63. В Англии XVIII в. проще было отказаться от императивного мандата, чем позднее, во времена французского учредительного Национального собрания, проникнутого духом народного суверенитета.

128 Нетрудно понять, что здесь не улавливается необходимость подхода к современным политическим взаимосвязям с точки зрения "конституционализации". Но конституции разрабатываются или депутатами, или партийными идеологами, учитывающими общезначимые частные интересы депутатов, так что шансы принятия строгих "моральных" правил несовместимости по понятным причинам ничтожны.

129 Конституции государств Европейского Союза. М.: Инфра-М-Норма, 1997. С. 685.

130 Запрет на императивный мандат является обычным атрибутом многих либеральных конституций. Он присутствует, например, в испанской Конституции 1812 г., в соответствии с которой региональным представителям, избранным по системе косвенного голосования, необходимо трудиться на ниве благополучия всей испанской нации (§ 100). Это имеет место и во франкфуртской Конституции 1848 г. (§ 96). Свободный мандат, разумеется, не везде по либеральным принципиальным причинам включается в конституцию. В 1814 г. Конституция Нидерландов приняла этот принцип по той причине, что депутаты Генеральных штатов были действительно представителями парламентов провинций. В результате собрание было парализовано, так как депутаты вынуждены были, как на плохо организованной дипломатической конференции, спешить за инструкциями на телеге. (После изменений 1983 г. этот обычай был отражен в абз. 3 § 67.) Запрет на императивный мандат является одним из самых часто встречающихся положений современных конституций. Это положение нельзя не включить и в венгерскую Конституцию! Необходимо заменить сомнительный абз. 2 § 20; ведь что означает фраза "депутаты осуществляют свою деятельность в интересах общества"? Предлог освободиться от налогов? Иногда, говоря о партийно-парламентских отношениях, конституции лицемерно подчеркивают, что член парламента представляет весь народ и должен следовать лишь велению собственной совести (Основной закон Германии 1949 г., абз. 1 ст. 38; Веймарская конституция; Конституция Франции 1958 г., ст. 27; конституции Третьей и Четвертой Французской республики). По сравнению с этим распространилось явление, когда избранный по партийному списку депутат дает своей партии подписанное (без даты) заявление о выходе из нес; в случае неподчинения проставляется дата того дня, когда он вышел из

4.1.3. Парламент — шикарный клуб для джентльменов

"Изначально", т.е. в ранних либеральных конституциях конца XVIII столетия, когда народное представительство еще не было приручено, а низшие сословия не считались приемлемой силой в процессе принятия политических решений, парламенты представительных демократий даже теоретически не стремились представлять народ. Что же придавало парламентским решениям легитимность в глазах либеральных сторонников конституционализма? Как было возможно оправдать эту систему по сравнению с демократическим "республиканизмом", согласно которому конституционные структуры, не признающие института отзыва депутатов, представляют собой всего лишь заблуждение? Например, по Конституции Пенсильвании 1776 г. (ст. 11) представителя в любой момент можно было отозвать — к тому же без всякого обоснования.

Теория парламентского представительного правления строилась на избирательной системе начала XIX столетия. Теория предполагала, что избиратели, оттого что их не слишком много, имеют возможность лучше познакомиться со своими кандидатами. Наказов кандидатам давать нельзя, зато известны их принципы и программы. На этой основе уже можно выбирать кандидатов, и поскольку с расширением гласности становится легче узнавать, кто и что свершил в парламенте, то на следующих выборах, с учетом выполненных депутатом старых и данных новых обещаний, облегчается принятие трезвых решений.

Основой оценки являются интеллектуальные достижения конкретных депутатов, признанные коллегами по парламенту, а также общественным мнением, избирателями.

117

В отличие от народно-представительной легитимации, радикального "республиканизма" [131], и без того приобретшего сомнительную славу из-за опасности безграничного народного суверенитета, либеральные мыслители XIX в. видели преимущество парламентской системы в парламентском процессе принятия решений, а не в том, что таким образом в решениях могут принимать участие лица, которых касаются эти решения, пусть даже путем представительства. В конечном счете уже со времен Великой французской революции отрицали, что парламентское представительство является представительством избирателей в духе частного права.

Для обоснования парламентаризма и вообще существования всякого парламента, не легитимированного народной волей, их критики — Гизо, Токвиль и либеральные интерпретаторы (Милль) придумали для парламентаризма новую роль,

повиновения. Суд, как правило, не спешит признать подлинность такого рода документов (первое такое дело было передано в суд в Веймарской республике, когда взбунтовался депутат-коммунист).

131 Этот энтузиазм был довольно парадоксальным, так как большинство населения нигде не имело избирательного права; сегодня разговоры о народном представительстве там, где не было всеобщего избирательного права, кажутся, по меньшей мере, странными. В Соединенных Штатах отдельные группы населения (рабы, индейцы) были исключены из понятия "народ", так как не считались полноценными (достаточно умственно развитыми) людьми. Это воспринималось как весьма сомнительный трюк, в то же время цензовые ограничения избирательного права (связанные с имуществом или уплатой налогов) было чем-то само собой разумеющимся с точки зрения конституционализма XIX столетия. Лицемерные, приукрашенные страхи XVIII в. оказались живучими: кто не располагал известным имуществом и находился в жизненно важном зависимом положении, тот не располагал свободой решения и, следовательно, не мог принимать участия в выборах. Из электората были исключены женщины, по различным и в течение длительного времени повсеместно признанным основаниям.

антидемократическую или, по крайней мере, нейтральную с точки зрения демократии. Парламент — орган не воли (народной), а разума. Это дискуссионный форум [¹³²], на нем осуществляется необходимое для принятия разумного решения общественное познание посредством парламентских дебатов, в результате которых депутаты оказываются ближе к истине. (Для этого необходимо и одно внешнее условие: свободная печать.)

Для парламентской представительской системы характерно: 1) всегдашние властители вынуждены сообща искать истину; 2) благодаря гласности эти поиски они должны осуществлять на глазах у

118

граждан; 3) благодаря свободе печати граждане и сами принимают участие в поисках истины и могут довести результаты своих поисков до сведения власти имущих.

Гизо, еще до бытности его министром полагал, что "под представительной системой следует понимать парламентское представительство только разумных людей". Законодательный процесс — дело не слепой воли, а разума, поэтому либеральный парламентаризм должен быть антидемократичным [¹³³].

Джон Стюарт Милль также считает парламент форумом, пригодным для политического обмена мнениями. Однако представительное правление, в отличие от антидемократичного Гизо, он расценивает как часть широкой общественной программы. Эта форма правления вписывается в общий духовный прогресс и оправдывает себя как лучшее средство этого прогресса. (Гегель, отрицавший представительную систему, также высоко ценил воспитательную роль совещательного сословного собрания.) Люди могут развиваться тогда, когда они, находясь на разнообразных постах, и сами принимают участие в управлении. Посредством представительного собрания осуществляется личное и национальное самоопределение.

Однако само по себе представительное правление, без конституционного сдерживания, опасно. Поскольку парламентаризм, в соответствии с демократическими принципами, означает тиранию большинства, то от него нужно защищаться. Дело в том, что господство большинства может привести к полному подчинению ему меньшинства и личности.

Милль видит в представительном правлении и другие изъяны. Представительный парламент не может функционировать без постоянных услуг профессиональной администрации. Отсюда следует, что имеет место и угроза безграничной власти бюрократического государства. Бюрократия в конечном счете уничтожает личность, препятствуя раскрытию индивидуальных способностей, преследуя всякое отклонение от общепринятого. В этих условиях представительное правление может быть успешным лишь в том случае, если его осуществляют соответствующим образом подготовленные, развитые личности. (Из этих соображений Милль был против предоставления избирательного права женщинам, хотя и был сторонником политического равноправия женщин.)

132 К этому выводу пришли и сторонники умеренной народной воли. Большинство членов французского Учредительного собрания под влиянием Сьейеса склонялось к тому, что хотя воля большинства является всеобщей волей, но отношению к которой нет места сопротивлению или спору, для ее формирования нужны общественные и парламентские дискуссии. Хотя парламент XVIII в. подобно нынешнему английскому Парламенту кажется машиной для голосования с партийным управлением, за десятилетия после реформы избирательного права 1832 г. в английском Парламенте возросла роль личности, публичной дискуссии, убеждения. См.: *Beer S.H. Modern British Politics. N.Y.—London, 1982. P. 39.*

133 См.: *Guizot. Histoire des origines du gouvernement representatif en France. Paris. Diclier, 1850. Vol. 2. P. 14.* Гизо читал лекции с 1820 г.

Парламент — место познания через дискуссии, а иногда и место гражданских торгов, которые также не могут обойтись без

119

рационализма [134]. В парламенте фракции сдерживают друг друга, мнение меньшинства оказывает влияние на большинство, помогая преодолевать препятствия к познанию, порождаемые односторонностью, и уменьшать ошибки в решениях, проистекающие из этого. Разнообразие мнений благоприятно сказывается на парламентских решениях, даже если из-за этого порой не удается или удается лишь с опозданием найти правильное решение. Следовательно, почетное место за парламентом закрепляется благодаря возможности свободных дискуссий.

4.1.4. Критика классического парламентаризма. Партийное господство и корпоративные собрания

Авторитет парламентаризма постепенно падал из-за нестабильности многопартийной системы правления и постоянных кризисов правительства. Парламент выглядел дискуссионным клубом, неспособным к решениям.

К началу XX в. парламентаризм, казалось, выдохся. Болезнь, которая заключалась в том, что раньше в парламенте представительством располагала лишь небольшая часть граждан, еще можно было вылечить, но курс лечения, если и не был тяжелее самой болезни, то во всяком случае привел в конечном счете к новой делегитимации.

Рационалистическое обоснование для восприятия Парламента как дискуссионного клуба, а также теорию демократического представительства стало все труднее увязывать с фактическим функционированием парламентов. Разница между парламентом как дискуссионным клубом и фактической парламентской деятельностью стала очевидной после того, как было признано всеобщее избирательное право и тем самым народное представительство. Однако всеобщее избирательное право [135] привело одновременно к формированию партийной системы.

120

Это, параллельно с появлением пропорциональных выборов (в Бельгии в 1899 г., в Швеции в 1907 г.), преобразовало парламент в строгом соответствии с партийными принципами.

134 Аналогичных (однако, более практических) взглядов придерживался А. Гамильтон (The Federalist Papers (Hamilton), P. 70).

135 Во Франции после Парижской Коммуны 1870 г. буржуазные группировки, принадлежавшие к сторонникам республиканской партии, дали рабочим избирательное право, ибо таким образом можно было создать противовес голосований роялистски настроенной провинции. Бисмарк в Германии сделал то же самое для уравновешивания парламентского представительства юнкеров. Однако расширение избирательного права было связано с весьма практическими соображениями осуществления народного суверенитета. Уже во время Великой французской революции (10 августа 1791 г.) из-за войны, "в целях обороны", была стерта разница между активным и пассивным избирательным правом. Каждый мужчина (исключая слуг), достигший возраста 21 года и принесший присягу верности, получил избирательное право. Те же принципы действовали во время и после Первой мировой войны. Тем, кто обязан защищать государство, трудно отказать в нраве решать судьбу государства и в мирное время. К концу Первой мировой войны избирательное право было распространено, по крайней мере, на мужское население почти во всех сколько-нибудь конституционных системах. Вооруженному пушечному мясу нужно было чем-то возместить сто страдания.

Партии в той или иной степени превратились в машины голосования. В зависимости от количества партий в парламенте партийная дисциплина могла действовать в направлении как дестабилизации, так и стабилизации. Там, где современная партийная система привела к прочному парламентскому большинству, сложилось демократически контролируемое партийное господство. Демократия заключается в том, что правительство, имеющее почти диктаторские полномочия, можно менять каждые четыре-пять лет: Шансы демократической партийной диктатуры особенно возрастают, когда не реализуется конституционный принцип разделения и ограничения власти, т.е. во всех системах вестминстерского типа. "Реальное изучение английской Конституции начинается с партий и после детального рассмотрения партий... ими же заканчивается" [136]. В известных пределах для Англии и по сей день характерен партийный Парламент, с той разницей, что несколько ослабили рамки переходящей от отца к сыну партийной лояльности, относящейся к уплате членских взносов и посещению собраний; по прихоти телевидения определяющим стало интеллектуальное манипулирование нового типа. Партии оказывают влияние не путем клубных или членских собраний, а посредством рекламы, они уже не прибегают к массовой организации, а стараются осуществлять манипуляцию вне организационных рамок, непосредственно [137].

Парламентская система утратила свой само собой разумеющийся конституционализм, который, как полагали, является ее интегральной частью.

Торги между представительными группами, следующими в фарватере партийной политики, не соответствовали не только принципу

121

дискуссионного форума, но и требованию эффективности в условиях традиционных положений регламента. В условиях партийной системы и пропорциональной представительной системы партийных списков вряд ли можно сохранить древний миф о парламентском суверенитете народа, т.е. принципиальный тезис о том, что депутаты представляют нацию или народ. Наступил полный отрыв депутатов от тех, кого они представляли, по крайней мере, в традиционном смысле этого понятия. Не действовал уже и миф о представительстве неделимой нации, поскольку представитель, располагающий свободным мандатом, вынужден был послушно следовать воле своей партии, если хотел снова быть избранным. Есть в этом, конечно, и смягчающие обстоятельства. Значительность роли центрального партийного списка кандидатур зависит также и от избирательной системы. Если сохраняются индивидуальные избирательные округа и/или выдвижение кандидатов является делом местных партийных организаций, зависимость от партийного центра уменьшается. Парламентские группы представителей также не всегда зависят от партийного центра.

Какой смысл говорить о представительстве народа там, где депутат представляет партийный курс, где не дают заговорить даже его совести, в которой "нация" хоть как-то могла бы проявиться?

136 *Jennings I. The British Constitution. Cambridge University Press, 1962. P. 29.*

137 Партийно-демократические системы оправдали наихудшие опасения сторонников либерального парламентаризма: они слишком приблизились к цезаристской власти демократического лидера. Макс Вебер хотя и был сторонником либерального конституционализма, классический парламентаризм считал неприемлемым и в 1917 г., еще будучи сторонником цезаризма, подчеркивал: демократия в отличие от парламента означает непосредственные выборы верховных правителей, где все заканчивается цезаристической аккламацией. Парламентарную систему он хотел заменить демократией референдумов, даже если она приведет к единоличной тирании. Когда парламент оказывается в тупике, нужно обращаться к народу. Кризисы в парламенте, неизбежные при наличии четырех-пяти партий, неразрешимы без президента. *Weber Max. Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Duncker und Humbolt. 1918. S. 114.*

В совершенно пропорциональной избирательной системе по партийным спискам весь парламент вместе со своими депутатами может показаться пустой формальностью, ведь было бы достаточно, если бы голосовал лишь один депутат от каждой парламентской партии и его голос оценивался в соответствии со сложившимися в результате выборов соотношениями.

Если бы кто-нибудь вскоре после введения всеобщего избирательного права, скажем, в начале XX в., разобрался бы в том, что происходит в парламенте того или иного конституционного государства, обсуждавшиеся до сих пор ценности парламентаризма могли бы показаться ему малозначительными. Парламентские дискуссии утратили свое значение, публичное убеждение перенесено за пределы парламента. Те, кто выступает сегодня в парламенте, стараются убедить не депутатов, присутствующих на заседании. Парламентские залы заседаний, не считая часов голосования, звенят пустотой. Политическое убеждение сменило желание заручиться поддержкой голосующей толпы. "Так как сейчас согласно закону уже может выступать каждый, поэтому, естественно, никто из этих выступающих не может говорить так, как руководитель партаппарата. Это загубило первоначальный смысл парламента, разрушило его первоначальную технику и превратило его в комедию" [¹³⁸]. Если

122

в парламенте еще ведутся дебаты по существу, они происходят не публично, а в комиссиях, куда перемещается фактическая работа.

Депутатов нельзя убедить ни в чем, поскольку депутат лишь дисциплинированный слуга партийного аппарата, необходимый для выборов и перевыборов. Исчезла зависимость от избирателей. В пропорциональной избирательной системе формально это подтверждается, потому что в этой системе в большинстве случаев нет индивидуальных избирательных округов, собственных избирателей ни у кого нет, они есть только у партийного списка.

Парламент как дискуссионный форум в эпоху массовой демократии казался абсурдом. Чего стоит в глазах избирателей-привратников парламентское аргументирование, "government by discussion"? [¹³⁹] Но и опирающаяся на партии демократия не оказалась привлекательной. "Хочу монархию, — писал в 1917 г. Томас Манн, — предельно независимое правительство, потому что оно только одно и способно обеспечить защиту в духовной и экономической сфере. Не хочу этих партийных политических сделок, удручающих всю нацию. Не хочу политики. Хочу профессионализма, порядка и порядочности" [¹⁴⁰].

Недоволен был и человек улицы, хотя и считался уже голосующим и определяющим политику гражданином. С начала XX столетия он все более склонялся к мысли, что в парламенте не решается ни одной его реальной проблемы. Все эти дебаты — показное представление. Бездеятельность вошла в привычку, нет сильного правительства, не готовятся необходимые законы. Отсутствует сила. От этих антипарламентарных настроений еще больше разгорался огонь марксистских и других радикальных социалистических и анархических движений среди сочувствующих им рабочих, *мелкой буржуазии* и интеллигенции. Парламентаризм расценивался как игра, спектакль господствующего класса. Правда, время от времени на поверхности появлялась идея захвата власти пролетариатом путем захвата парламентской власти. Но Ленин, действительно авторитет в этом отношении, при первом же удобном случае не только разогнал революционное Учредительное собрание,

138 *Schumpeter J.* Sozialistische Möglichkeiten von Heute. 48 Archiv f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1922. S. 329-330.

139 *Laski H.* The Foundations of Sovereignty. N.Y.: Harcourt Brace, 1921.

140 *Mann T.* Betrachtungeneines Unpolitischen // Aufsätze-Reden- Essays. Band 2. Berlin: Aufbau-Verlag, 1983.

в котором большевики не получили должного (абсолютного) большинства, но и учредил такую "представительную" систему, из которой полностью исключил парламентаризм.

"Выход из парламентаризма, конечно, не в уничтожении представительных учреждений и выборности, а в превращении представительных учреждений из говорилен в "работающие" учреждения. "Коммуна

123

должна быть не парламентским учреждением, а работающим, и одно и то же время законодательствующим и исполняющим законы" [¹⁴¹].

Против парламентаризма, подверженного партийным влияниям и неспособного принимать решения из-за отсутствия необходимого большинства, выступали и другие тоталитарные силы. Среди них заслуживает упоминания так называемый децизионизм Карла Шмитта, подготовивший фашизм, по той причине, что он и сегодня привлекает всех тех, кто недоволен строем из-за мелочности, алчности и бездеятельности парламентов и депутатов. Согласно Шмитту, необходим активный, способный к решениям диктатор, так как на либеральном дискуссионном форуме парламентской системы ничего нельзя решить [¹⁴²]. "На вопрос "Иисуса или Варавву?" депутаты отвечают предложением отложить рассмотрение вопроса или создать для этой дели специальную комиссию" [¹⁴³].

Недовольство парламентом, главным образом в духе Шмитта, при-вело в нацистской Германии к упразднению парламента, а в фашистской Италии ему противопоставили корпоративную альтернативу. В корпоративной системе продолжает существовать законодательный орган, но сформирован он не по принципу народного представительства, а состоит из делегатов профессиональных групп, сословий. Профессиональные объединения большей частью сами диктуют законы. За этим решением, актуальным и по сей день, стрит та пугающая глупость, согласно которой тот, кто что-то делает, в этом деле и разбирается, более того, разбирается в нем лучше всех, а уж Коль скоро он лучший знаток этого дела, ему и надо разрабатывать соответствующие законы. Законодательство сведущих в своем деле основано на такой же логике, что и принцип "доверь козлу капусту". В саморегулировании будет осуществляться не отвлеченный профессионализм, а самые жесткие

124

групповые интересы, замаскированные под пресловутую профессиональную "справедливость".

В качестве ответной реакции на антипарламентские авантюры диктатур правовые государства после 1945 г. повсюду стали возвращаться к идее парламента как

141 Ленин В.И. Государство и революция / Избранные произведения. Т. II. Партиздат ЦК ВКП(б), 1936. С. 111.

142 Разумеется, есть необычные, экстремальные, чрезвычайные ситуации, требующие немедленных, иногда экстрапарламентских решений. Однако это можно контролировать конституционно (например, когда складывается такая ситуация и до каких пор она продолжается). В отличие от диктатуры шмиттовского толка цель конституционного чрезвычайного положения состоит в том, чтобы поставить кризис под контроль и вернуть ход дел в конституционное русло. Трагедия Веймарской республики состояла не в том, что Президент в чрезвычайной ситуации мог принимать квазизаконь без министерской контраcсигнации, ведь это средство способствовало стабилизации после Первой мировой войны. Трагедия состояла в том, что так и не был разработай закон, детально регулирующий компетенцию Рейхспрезидента, чего требовала Веймарская конституция (ст. 48, абз. 5).

143 Schmitt C. *Politikal theology*. Cambridge (Mass), 1988. P. 36; *The Problem of Sovereignty*. P. 16.

законодательного органа, основанного на общем представительстве, однако таким образом, что стремились уменьшить прежнюю разрозненность и бессилие парламента, рационализировать его. Ниже мы детально рассматриваем этот рационализированный парламент, действующий в интересах народа.

125

4.2. СТРУКТУРА И ФУНКЦИОНИРОВАНИЕ ПАРЛАМЕНТА

4.2.1. Парламент как институт

а) Непрерывность

Парламент представляет собой основной институт конституционного государственного устройства не только по той причине, что он состоит из выборных представителей. Безусловно, важно, что законодательный орган, как бы он ни был легитимирован, является институтом, существующим самостоятельно, независимо от всякой посторонней воли, от других государственных институтов. Из конституции следует, что он должен функционировать в данном месте, в течение определенного не слишком короткого времени. Если почему-либо он не функционирует, его необходимо создать, так как его задачи (налогообложение, утверждение бюджета, законодательство и определенные чрезвычайные государственные функции) никто не может выполнить вместо него, а если кто-нибудь и выполнил бы, это считалось бы недействительным. Самостоятельное существование парламента обеспечивают статьи конституции. Там, где таких статей нет, о парламентарном конституционализме не приходится и говорить.

Непрерывность существования впервые была освящена английскими парламентскими обычаями. Обычай требовал, чтобы король, если это было необходимо, раз в году созывал парламент для предъявления претензий и срочного разрешения дел. Однако созывать каждый год новый парламент было не по правилам. Если же король считал, что необходимости в созыве парламента нет, он мог и не созывать его. Даже "Славная революция" добилась лишь того, что, по крайней мере, раз в три года нужно было созывать новый парламент, если за это время он не заседал.

В отличие от этого современный парламент представляет собой постоянно действующий институт, который время от времени полностью или частично обновляется, заседает в течение определенного времени,

125

иными словами, входящие в него депутаты должны почти ежедневно встречаться в определенном месте и быть готовыми и способными принимать решения. Если парламент распускается или его распускают, в течение определяемого конституцией времени необходимо создать новый. Институт не может прекратить свое существование. В конституциях, как правило, заложен порядок, согласно которому парламент должен неукоснительно собираться и заседать. Конституция Нидерландов с 1983 г. предписывает перманентные заседания парламента во время его полномочий. По более давним традициям других стран парламент должен собраться через несколько недель после выборов, его

очередные годовые сессии открываются в назначенный день и длятся до определенного времени, как это предписывает и действующая Конституция Венгрии [144].

Созыв сессий современного конституционного парламента и их продолжительность не зависят от исполнительной власти. Конституции и законы, дополняющие их, устанавливают иногда порядок автоматического созыва. Если монарх, президент или другое высокое должностное лицо, уполномоченное созывать парламент, не делает этого, парламент может собраться и по своей инициативе.

По вопросу возможности роспуска парламента принимались различные решения. Современный конституционализм лишь требует в этом отношении, чтобы после роспуска или самороспуска всюду автоматически и в короткое время были проведены новые выборы и собрался парламент следующего созыва. Если день для этого может назначить глава государства, то возможность его выбора сравнительно жестко ограничена во времени.

Важность непрерывного и автономного существования парламента как института можно понять в полной мере, если представить, что может случиться без этих правил. Если парламент созывает и распускает монарх по своему усмотрению, да если еще от него зависят и сроки сессий, то фактические полномочия парламента не имеют почти никакого значения. У него просто не будет никакого способа их реализовать. Конституция антипарламентарной пролетарской диктатуры обеспечивала венгерскому парламенту минимальное число дней на проведение "сессии" с неопределенной продолжительностью заседаний и была категорически против непрерывно заседающего парламента, дабы его члены не отрывались от трудового народа, для представительства

126

которого они были выбраны, для игры в нескольких спектаклях в год, для участия, по крайней мере, в четырех сессиях, согласно утвержденной в начале 1989 г. краткосрочной практике венгерской социалистической правовой государственности. В среднем социалистический парламент заседал каких-нибудь восемь дней в году, что было вполне достаточно для озвучивания панегириков. Еще оставалось время и на поднятие рук или нажатие кнопок для принятия законов, внесенных для прославления законности [145].

b) Срок полномочий

Существование парламента как института власти обеспечивается непрерывностью его функционирования и постоянным обновлением. Обновление, периодические перевыборы взаимосвязаны с демократической легитимацией парламента таким же образом, как они взаимосвязаны с идеей прагматического разграничения власти и ее ограничения.

144 Согласно венгерской Конституции, в течение трех месяцев с момента окончания полномочий, роспуска или самороспуска парламента необходимо провести новые выборы, после которых в течение тридцати дней Президент созывает Государственное собрание на учредительное заседание.

145 Задачи венгерского Государственного собрания до 1989 г. сводились лишь к делегированию законодательных прав нескольким надежным партийным функционерам — Президиуму Народной Республики. Нельзя сказать, чтобы законы были бы слишком важны для народной демократии. Хотя социалистические стремления к правовому государству привели в 1987 г. к принятию списка вопросов, которые можно было регулировать исключительно законами, однако вышеупомянутый элитарный орган постановлениями, имеющими законную силу, продолжал и далее утолять не слишком мучительную жажду социалистической законности в отношении иерархии правоисточников. Царская Россия и Советский Союз были не в состоянии создать иерархию норм, и постсоветская Россия унаследовала и это вместе с царскими посольскими приказами. Социалистический пример злоупотребления созывом заседаний дает почувствовать конституционную важность технических правил функционирования парламента (сколько дней, с какого по какое время и т.д.).

Периодические новые выборы могут понадобиться, потому что таким образом может быть выражена воля большинства в данный момент, хотя неясно, почему полномочия должны быть рассчитаны на два, три, четыре, пять или шесть лет. Эти цифры содержатся в предписаниях американской Конституции 1787 г., швейцарской Конституции 1848 г., венгерской Конституции до октября 1989 г., английского Акта о парламенте 1911 г. и американской Конституции 1787 г. (относительно Сената). До принятия Акта о парламенте 1911 г. в Англии не было необходимости проводить выборы в течение семи лет, хотя в XIX столетии один-единственный парламент продержался семь лет в бытность премьер-министром Гладстона (1867—1873).

Необходимость систематического обновления парламента диктуется следующим. Если члены парламента избирались бы пожизненно, если нельзя осуществлять никакого контроля граждан над депутатами, они стали бы совершенно независимыми, власть их приблизилась бы к абсолютной: предоставленный самому себе автоматизм превратился

127

бы в одержимость собственными интересами. Обязательное обновление представляет собой внутренний барьер власти, и чем энергичнее процесс демократической оценки со стороны избирателей, чем больше нужно считаться с избирателями, тем активнее применяют парламента "внутренние" ограничения. В этом плане парламентские выборы служат не только и не столько для выражения воли народа, сколько для контроля и поддержания общественных связей, для того, чтобы общественная гласность соединилась с парламентской гласностью.

Продолжительность парламентских полномочий на основе конституционных представлений, т.е. представлений о самоограничении, можно определить, исходя из того, насколько какая-либо другая власть способна уравновесить парламента в данной системе разделения властей. Чем больше власть парламента и чем меньше она уравновешена, тем больше оснований сократить срок его полномочий. Палата общин английского Парламента со сроком полномочий сначала семь; затем пять лет следует другой логике; зафиксированная в обычаях демократическая чувствительность навязывает необходимость по возможности постоянно реагировать на изменения общественного мнения [¹⁴⁶]. По крайней мере, до начала XX столетия английский премьер-министр скорее обращался к народу, чем осуществлял кардинальный политический поворот, противоречащий избирательной программе или действовал, не имея полномочий со стороны избирателей. Когда в 1910 г. возникла необходимость реформы Палаты лордов, премьер-министр Ллойд Джордж распорядился назначить выборы, несмотря на то, что за ним стоял новоизбранный парламента и сплоченное большинство Палаты общин. Следовательно, он мог бы незамедлительно осуществить конституционную реформу. Из-за соображений демократизма (народной воли) в Филадельфии в 1787 г. чуть было не приняли решение о ежегодном обновлении парламента. Популярная в то время поговорка гласила: "Когда прекратятся ежегодные выборы, начнется тирания" [¹⁴⁷]. (В отдельных штатах, например в Пенсильвании, выборы проходили ежегодно.)

В конце концов практические соображения и страх филадельфийских делегатов перед народовластием привели к двухлетним полномочиям. Аргументировалось это тем, что депутатам необходимо дать время, чтобы они ознакомились со своими задачами; одного года

146 Всякое хорошо функционирующее английское правительство, затаив дыхание, следит за результатами промежуточных выборов и соответственно этому корректирует свою политику, поскольку в таких случаях поражение правящей партии, особенно в ее традиционных избирательных округах, вызывает критику правительственной политики со стороны всего общества.

147 The Federalist Papers. (Madison). P. 330.

недостаточно для того, чтобы сформировать и обсудить законодательные предложения.

Континентальноевропейская традиция предпочитает четырехлетний срок полномочий [¹⁴⁸]. Повторяем, этот срок вряд ли можно применить там, где он является единственным способом проявления воли граждан и где у парламента нет должного противовеса. Четыре года, особенно если партийным элитам не хватает традиционного чутья в улавливании настроения общественности, могут оказаться слишком долгим сроком в динамично изменяющемся мире. Парламент может не почувствовать настроения страны, потерять свою демократическую легитимацию. Более частые выборы не производят дестабилизирующего действия, напротив, именно большой разрыв во времени между обычными обновлениями парламента может усилить потребность в непосредственных демократических решениях, в народной инициативе и сборе подписей. "Ответственные деятели правительства" считают, что для осуществления той или иной экономической политики нужно время. Далее: правительство имеет "право" успех своей политики перенести на новые выборы, ведь за два-три года успех проявиться не может. Однако это типично правительственная забота, а не конституционный аргумент. Не слишком убедителен и тот довод, что частые выборы ведут к повышенным расходам, так как вполне можно найти и более дешевые способы проведения выборов (включая конституционные указания о возможности ограничения расходов по выборам). Такая формально не имеющая противовесов власть, как власть венгерского Государственного собрания, созрела для двухгодичных (на американский манер) выборов. Если вторая палата и президент, располагающий сильной властью, хотя и не обязательно избираемый непосредственно, уменьшают власть парламента (и правительства), возможен и трехгодичный срок. Конечно, в Венгрии надежды на это мало, так как разработкой конституции занимаются, в основном, профессиональные политики, не жаждущие частых перевыборов. Но как система ограничения власти, так и демократическая легитимация желает сокращения срока полномочий Государственного собрания.

с) Роспуск

Парламент каждого данного созыва прекращает свое существование не только по истечении срока полномочий. При наличии соответствующих условий он может прекратить существование и раньше,

прибегнув к самороспуску или в результате роспуска. Относящиеся к этому конституционные решения чрезвычайно разнообразны. Общим для парламентских систем можно считать принцип, на основании которого парламент, если он не выразил правительству доверия при наличии определенных условий, можно распустить. Часто это происходит по традиции, и решение, если вообще имеет место роспуск парламента, может оставаться за исполнительной властью. Правительство располагает возможностью просить о сформировании нового правительства или обратиться к стране, т.е. предлагает обладающему соответствующей компетенцией главе государства распустить парламент формально и объявить новые выборы. Как пользуются этими возможностями, если вообще есть выбор, это опять вопрос политической культуры. В нидерландской государственной политике, строящейся на политическом согласовании и широких поисках договоренностей, с 1815 г. король всего в 11 случаях распускал нижнюю и в 3 случаях — верхнюю палаты Генеральных штатов (парламента). Условия роспуска оговаривает традиция или Конституция, возможно,

¹⁴⁸Ссылаться в этом отношении на Европу было бы не вполне правомерно, так как для многих европейских стран характерна федеральная структура, и на уровне регионов промежуток между выборами может быть менее четырех лет; по ряду вопросов действительным является законодательство этих регионов..

имеющие отношение и к суверенитету народа: нельзя дважды распустить парламент по одной и той же причине. (В Нидерландах эта традиция существует с 1868 г., а Веймарская конституция ее, несомненно, содержала (ст. 25).)

Поскольку в функционировании парламента заинтересовано государство и поскольку охвативший партийных политиков государственный резон требует как можно более широкого поля деятельности, т.е. возможности лавирования и торгов (большей, чем это обосновывается правовой сущностью государства), правила роспуска парламента довольно гибкие.

Конституционная практика не исключает случаев, когда выборный орган только сам принимает решение о своем роспуске или когда другой институт (в том числе исполнительная власть) распускает парламент, а также когда парламент не может быть распущен. В XVIII столетии английский король мог в любое время распустить парламент, американский подход представляет собой противоположный вариант, т.е. Конгресс, избираемый на определенный срок, не может распустить себя сам и никто другой не может распустить его.

Современный английский парламентаризм теоретически строится на принципе, согласно которому исполнительная и законодательная власти в равной мере могут выступить друг против друга, каждая из них "может распустить" другую. Как роспуск, так и вотум недоверия угрожают позиции лиц, относящихся к другой ветви власти, что обеспечивает полноту "системы сдержек и противовесов". В американском варианте разделения властей ветви власти не могут затрагивать существование друг друга. Германский Основной закон считает роспуск

130

исключительным решением, к которому можно прибегать только в *случае* неспособности парламента функционировать, если складываются строго определенные условия. Бундестаг не может распустить себя сам, но в 1982 г. нечто подобное самороспуску все-таки произошло по сговору почти всех парламентариев [¹⁴⁹].

В тексте конституции Нидерландов содержится прямо противоположное предписание: король (т.е. правительство) мог бы без всяких ограничений распустить парламент, но с 1958 г. нидерландская общественность придерживается мнения, что правительство (как инициатор) не имеет на это прав. Если бы правительство Нидерландов могло распустить Генеральные штаты, это практически означало бы, что право на это имела бы партия, принимающая участие в правительстве и располагающая относительным большинством в так называемой второй палате. Вместо этого необходимо согласие парламентских партий, т.е. стоящего за партиями парламентского большинства, чтобы сделать шаг в правильном направлении.

149 После того как Бундестаг в соответствии с соглашением партий не выдвинул на место отстраненного ими канцлера новую кандидатуру, Президент Карстенс назначил выборы, которые Конституционный суд счел конституционным решением (62 BVerfGE, 1984), потому что, хотя антиконституционно добиваться выборов, по всем правилам, разыграв партию конструктивного недоверия, согласие ветвей власти, призванных уравновешивать одна другую, по столь исключительному политическому вопросу устраняет возможность пересмотра дела Конституционным судом. И текст конституции не всемогущ, особенно если вся политическая элита проявляет полное единодушие в каком-нибудь антиконституционном его толковании.

В 1989 г. венгерская Конституция учредила право Государственного собрания на самороспуск [150], наряду с тем, что сделала возможным его роспуск в случае неспособности правительства продолжать работу. Президент республики может распустить Государственное собрание, если предложения правительства в течение 12 месяцев четыре раза не будут приняты или если в течение 40 дней не удастся сформировать правительство (утвердить правительство и его программу) [151]. Это

131

существенное право самоопределения парламента можно считать обратной реакцией на положение, когда исполнительная власть, руководимая непосредственно коммунистической партией, ограничивала и само существование марионеточного парламента.

Вестминстерская традиция возможности самороспуска влечет за собой, однако, новую опасность вестминстерской диктатуры кабинета: правительственное большинство может назначить выборы в наиболее благоприятный для него момент [152]. А любая процедура, которая в начале демократического развития ведет к риску политической смены систем с иной ориентацией, представляет собой сомнительную ценность.

Чрезмерное завышение роли парламента на начальном этапе из-за слишком непопулярных задач и их внутренних слабостей в ряде восточноевропейских стран очень скоро превратилась в свою противоположность. В парламентах государств — наследников бывшей советской империи царит разгул раздоров и некомпетентности, словно они хотят проиллюстрировать собой тезис о бездеятельности буржуазных парламента, высмеянной в марксистско-ленинских памфлетах. Накопившееся недовольство достигло своей кульминации в расстреле московского Белого дома. Под влиянием недовольства парламентами их компетенция в ряде конституций была ограничена. Например, президенты добились почти неограниченного права роспуска парламента. Обоснование вот уже несколько десятков лет известно во всем мире: недопустимо, чтобы распри и упрямство парализовали жизнь страны, особенно в "в такие тяжкие времена". Если депутаты не отработывают выплачиваемое им вознаграждение, их надо распустить. Кстати, яркий пример по части права роспуска парламента представляет собой Пятая Французская республика, Президент которой после консультаций может (мог бы) в любое время назначить новые выборы. Рассматривая компетенцию исполнительной власти, мы обнаружим, что такого рода власть, дающая право роспуска парламента, может принудить депутатов если не к лучшей работе, то, во всяком случае, к более дисциплинированному голосованию.

150 Это типичная реакция для переходного к демократии периода в развитии государства. Парламент утверждает, что его претензии на полновластие, на независимость есть реакция на коммунистические методы управления, которое осуществлялось преимущественно органами исполнительной власти.

151 Президент, после того, как его решение определенное число раз было отвергнуто парламентом, оказываясь перед неизбежностью перевыборов, волен распустить тот состав Государственного собрания, от которого он не может ждать положительных решений. Следует заметить, что Конституция умалчивает о том, в течение какого времени от начала последнего голосования-недоверия Президент может пользоваться правом роспуска. Ни теоретически, ни практически соединение немецкой и английской систем не является удачным: если речь идет об английской системе, то, по крайней мере, надо сделать зависимым от усмотрения правительства или парламента положение, по которому в случае недоверия он может дать себе еще один шанс или обратиться к народу. Далее непонятно, на какой основе Президент, избранный парламентом, должен ограничивать срок деятельности парламента, от которого зависят его, Президента, перевыборы.

152 В случае непринятия предложений правительства четыре раза, конечно же, можно создать и такую ситуацию, если Президент станет в этом деле партнером. Примечательно, что из текста Конституции не совсем ясно, за предложения одного и того же правительства или разных правительств не следует голосовать.

Как уже отмечалось, все эти варианты роспуска парламента соответствуют конституционализму до тех пор, пока в ограниченно короткий срок не будет создан новый парламент и пока не ведут к перевесу какой-либо ветви власти (к чему приближается французский вариант,

132

однако на практике после Ш. де Голля этой властью не пользовались в ущерб парламентскому большинству). К тому же всякая конституция должна учитывать соображения эффективности, чтобы страна оставалась управляемой. Эффективность в данном случае обосновывает применение санкций вплоть до роспуска парламента, хотя до сих пор ни один расколотый и отлынивающий от своих обязанностей парламент не удалось стимулировать к работе посредством каких бы то ни было санкций.

Несомненно, возможность роспуска парламента может быть опасной для конституционализма. В Веймарской республике в 1932 г. Рейхспрезидент Гинденбург снова и снова распускал парламент и управлял страной с помощью указов в созданном таким образом вакууме власти. Роспуск парламента был частью процесса, приведшего к правлению Гитлера. Следовательно, с точки зрения правового государства конституционный роспуск парламента мотивируется связью с определенными условиями. Из принципов правовой государственности следует господство прогнозируемых законов, иными словами: нужно определить, по возможности, конкретно, в каких случаях парламент подлежит роспуску. Если тем самым ограничивается самороспуск, это ущемляет суверенитет парламента; положение парламента улучшается, если право роспуска его другой ветвью власти увязывается с определенными условиями.

133

4.2.2. Свободная дискуссия и условия принятия решения

а) Конь Калигулы: личные права и привилегии депутатов

Основные правила парламентаризма касаются отчасти личности представителей, отчасти функционирования парламента. Петиция о правах 1629 г. обеспечила английским парламентариям свободу слова в Парламенте. Свобода слова, говорится в Петиции, означает, что депутатов нельзя задним числом привлечь к ответственности за сказанное в зале заседаний [¹⁵³]. Это принято считать первым проявлением свободы слова. В некоторых странах (например, Франции) иммунитет парламентария распространяется на любые его высказывания, связанные с его депутатской деятельностью, независимо от места, где они были произнесены.

133

Согласно утвердившейся к XVIII в. в Англии практике, члена парламента можно было арестовать только в исключительных случаях, как правило, при захвате с поличным на месте преступления. Уголовное дело против него можно было возбудить только с разрешения Парламента (право неприкосновенности) [¹⁵⁴]. Не будь этого иммунитета, исполнительная

153 Согласно Биллю о правах 1689 г., высказывания и дискуссии в стенах Парламента не могут служить основанием привлечения к судебной ответственности вне Парламента. Свобода слова, в соответствии с текстом конституции, ограничивается стенами парламента, в частности, в Дании, Ирландии, Японии, Нидерландах.

154 В некоторых странах парламент может не согласиться с привлечением депутата к судебной ответственности даже в том случае, если он сам просит об этом, например в надежде на то, что судебный приговор снимет с него предъявленные обвинения.

власть могла бы попросту "убрать" всех своих противников, поэтому понятно основополагающее значение неприкосновенности в такие времена, когда парламент или какая-либо группа его представителей систематически оказывались в конфликте с королем... Опыт такого рода вынуждал парламент ревностно следить за тем, чтобы суд над его членами мог вершить только он сам.

Вопрос о праве неприкосновенности, или о том, можно ли предъявить депутату уголовное обвинение (или арестовать его), во многих странах решает сам парламент, иначе говоря, это является правом парламента по отношению к своему депутату. (В этом смысле право неприкосновенности принято называть и привилегией [¹⁵⁵].) Однако эту привилегию, служащую защите депутата, можно обратить и против него. Правда, парламент не может исключить из своих рядов парламентария, действующего на представительной или иной правовой основе, и даже временное ограничение его права в парламенте и права голосования [¹⁵⁶] по дисциплинарным причинам (из-за нарушения регламента) не является однозначно конституционным, однако парламентское большинство может использовать право неприкосновенности для того, чтобы призвать к ответу членов оппозиции. В Венгрии в 1946—1947 гг. парламентское (буржуазное) большинство, уступая тайному, а затем и открытому шантажу, постепенно выдавало властям на основе различных вымышленных обвинений представителей сначала оппозиции, а затем

134

и своих собственных, пока в конце концов запуганные остатки буржуазного большинства не прекратили свою борьбу [¹⁵⁷].

Право депутата на выступление сегодня во многих странах зависит, по существу, от согласия руководства фракции. Регламент английского Парламента еще хранит традицию, согласно которой Парламент в первую очередь является форумом для публичных дискуссий. Именно поэтому здесь ревностно следят за тем, чтобы оратор оппозиции мог подготовленно выступить по любому делу на основе предварительного заявления, тогда как в отношении представителей правящей партии это право максимально ограничивается. Депутаты должны тянуть жребий, чтобы решить, кто вообще может выступать со своим собственным предложением. Зато оппозиция не может вносить законопроекты.

155 В случае ареста на месте преступления (*flagrante delicto*) особого разрешения обычно не требуется. Англосаксонская традиция не освобождает депутата от уголовной ответственности, однако, согласно практике США, уголовный процесс не может иметь места, если представитель или сенатор в тот момент выполнял свои депутатские обязанности. В "противовес" практике привлечения парламентариев к уголовной ответственности в странах британского Содружества, следуя английской традиции, рассмотрение дела депутата осуществляет не суд, а сам парламент (импичмент). (В принципе эта традиция означает и то, что парламент привлекает к ответственности и за оскорбительные для парламента высказывания, например оскорбления со стороны журналистов.)

156 Согласно положению разд. 2 ст. 60 Регламента итальянской Палаты депутатов, депутату можно запретить вход в Палату на срок от 2 до 15 дней. Аналогичный порядок существует и во Франции.

157 Ракоши и его коммунистическая партия всего лишь воспользовались старой французской парламентской тактикой (известной под названием "нарезание салями": иод предложением привлечения к уголовной ответственности отдельных депутатов численность представительного органа "урезается", пока в его составе не окажутся только сторонники правительства). Во время французской революции так пришла к власти партия Робеспьера; судьбу якобинцев также решила неустойчивость права неприкосновенности депутатов, возможность выдачи парламентариев властям. Есть и менее известные примеры: 3 ноября 1913 г. в Китае Национальному собранию, избранному 8 апреля, был представлен окончательный проект конституции Китайской Республики, однако в результате тактики "нарезания салями" в течение семи месяцев, истекших со дня первого заседания Собрания, в нем не осталось достаточного количества депутатов, необходимого для утверждения конституции. Первоначальное большинство поодиночке выдали уголовным властям по обвинению в заговоре.

Партия — это все, личность — ничто. Таков финал исторической карьеры института, призванного быть самым демократическим. Каким бы важным ни казался парламентарий на основе его права неприкосновенности, привилегий и усердия, он всего лишь заменяемая шестеренка в машине законодательства, без которой можно обойтись. А иногда песчинка, пытающаяся остановить вращение остальных колес. Вопреки всем легендам и мифу XVIII в. о народном представительстве, в действительности парламентарий ничего не решает, а решает лишь парламент в целом. Права депутата на самом деле существуют для того, чтобы депутатский корпус мог функционировать. Законы принимает не депутат, а парламент. Депутат и депутатский корпус действуют один в ущерб другому, что может привести к острым противоречиям в связи с правом инициирования закона и в связи с выдвижением других предложений, а также выступлениями, где роль парламентария представляется действительно индивидуальной, а личная инициатива — совершенно необходимой.

Есть что-то бесконечно трогательное и будоражащее сознание в романтическом героизме одинокого в своих устремлениях

парламентария, в его индивидуальной ответственности. Эндре Байчи-Жилински, единственный в венгерском Государственном собрании, поднимает голос против немцев и спасает тем самым честь нации. Что, если не прозвучало бы ни одного слова протеста? В ответ на его жест не последовало никаких действий ни со стороны парламента, ни со стороны народа. И все-таки чего-то стоит тот факт, что были высказаны справедливые слова, пусть даже было высказано и противоположное мнение. Но честь Государственного собрания это не спасло. В парламенте даже в момент истины в расчет идет только депутатский корпус, только большинство. Быть может, в расчет идет и оппозиция, да и то как безликий фланг, но не как личность.

Право выступать и проявлять инициативу принадлежит не личности, а оппозиции; парламентское рыцарство отдает ей должное. Поэтому ограничивается и право участия в дискуссии отдельного депутата (также возможность и продолжительность выступления депутата в современном парламенте ограничены).

Несомненно, в ряде конституций — как дань уважения прежней роли народного посланника [158] — содержится право депутата на инициирование закона, однако это право, по существу, ограничивается правилами регламента, например, таким образом, что чье-либо индивидуальное предложение не обязательно включается в повестку дня, если его не поддерживает какой-либо комитет (возможно, не надо отсылать и в комитет, если за это не проголосует парламент). Парламент — это правительственная фабрика законов, если, конечно, правительство имеет стабильное большинство. Там, где нет большинства, парламент чаще всего занимается переливанием из пустого в порожнее. Однако в практике американского Конгресса, разделяющей ветви власти и продолжающей традиции XVIII в., индивидуальная инициатива гораздо важнее, чем в странах, которые следуют английским традициям, или в континентальных европейских странах, потому что в США партийная дисциплина не столь крепка. Но по регламенту Конгресса позиция комиссии является определяющей, так как без поддержки компетентной комиссии предложение отклоняется.

Еще более жесткий подход в германском Основном законе, строящем демократию именно на существовании партий. Исходя из того, что внесенные без партийной поддержки предложения не имеют

158 Если каждый отдельный депутат является представителем населения какой-либо обособленной территории, то понятно, что и взгляды его могут быть нетипичными. Однако, когда избранный по партийному списку депутат обращается к парламенту со своим личным мнением, им руководит, скорее, желание выделиться. Меньше будет недопонимания, если вместо таких партийных чиновников-оригиналов, склонных поговорить, пусть уж трубят всем попятный партийный рупор

никаких шансов на принятие и годятся лишь для пустого препровождения и без того ограниченного времени, Основной закон провозглашает право депутатов на инициирование законов в прорицательской манере: инициатива должна исходить из Бундестага (aus der Mitte), что, согласно регламенту, предполагает инициативу 10% общего числа депутатов. Практически это лишает небольшие парламентские партии возможности внесения законопроектов [159].

В защиту своих прав депутаты ссылаются на то, что они ответственны перед своими избирателями; если они не смогут доказать, что лично действовали в интересах тех, кого они представляют, они нарушают свои обещания и не используют свои полномочия. Конечно, в эпоху свободных мандатов трудно оправдать депутатские индивидуальные права, что же касается переизбрания на следующий срок, оно зависит от того, является ли он членом популярной партии и выдвигает ли его эта партия в кандидаты. В случае наличия этих двух условий наш кандидат может надеяться разделить судьбу коня Калигулы.

b) Парламентская гласность

Если парламент представляет собой дискуссионный форум, способствуя тем самым выявлению общественных интересов, формированию всеобщей воли и политическому воспитанию, то парламентский регламент, в свою очередь, должен способствовать развитию искусства дискуссии и аргументирования. Правила ведения дебатов и принятия решений — за исключением права делать запрос правительству и обязанности исполнительной власти давать на него ответ [160] — лишь в исключительных случаях фигурируют в конституциях. Если же такого рода предписания все-таки встречаются, они относятся, например, к тому, что законы необходимо принимать в нескольких чтениях, и это позволит сделать обсуждение обдуманном.

Иные варианты обсуждения вытекают из организационных предписаний конституции, касающихся структуры парламента. Правила парламентских дебатов основываются, скорее, на регламентах и обычаях.

Конституционные предписания относительно гласности обсуждения и положения парламентского регламента по мере формирования свободы печати неизбежно включили парламентские дебаты в сферу общественной гласности и постепенно превратили их в центр этой

гласности. Это, в первую очередь, основательно преобразовало и сам парламентаризм.

До 1834 г. на галерее для публики в помещении английского Парламента было запрещено делать записи, но пресса и тут нашла выход из положения: уже в конце XVIII в. редакция

159 Подобным же образом в Японии для внесения законопроекта депутатам необходимо заручиться поддержкой 20% (по бюджетным вопросам — 50%) от общего числа депутатов

160 Парламентский вопрос и запрос правительству представляют собой средства контроля над исполнительной властью и в качестве таковых могут быть истолкованы не только как интеллектуальные средства парламентских дебатов и познания. См. гл. 5 "Исполнительная власть".

"Морнинг кроникл" помогла трудоустроиться человеку с феноменальной памятью, который "мог дословно воспроизвести речь, размещенную на 16 газетных колонках" [¹⁶¹].

Гласность парламентских дебатов теоретически сделала возможным обсуждение поведения депутатов и на основе полученных таким образом сведений — контроль над ними путем перевыборов. С точки зрения обсуждения его поведения, в частности, важно, как голосует депутат. Английский Парламент данные голосования публикует с 1836 г., французский — только с 1885 г. Разумеется, их можно узнать и из протокола заседания или видеть в случае открытого голосования (например, при поднятии руки или вставании). Кстати, на этом основании оказалось возможным собрать и депортировать всех тех депутатов, которые голосовали за вынесение приговора Людовику XVI. Что ж, и у гласности есть свои теневые стороны, когда не помогает даже личная неприкосновенность.

Гласность парламентских дебатов создала для парламента новые возможности. В условиях гласности в большей мере может проявляться "ответственность" депутатов перед избирателями, однако, с другой стороны, дискуссии способствовали теперь уже не только узнаванию друг друга, ознакомлению с убеждениями коллег-депутатов, но и формированию мнения широкой публики и в том числе собственных избирателей (относительно теневых сторон этого положения в эпоху партийной политики и массовой коммуникации см. выше).

Когда в эпоху партийной политики и эффективного управления государством изменились функции и легитимность парламента, правила процедуры без значительной модификации конституции могли приспособиваться к новым парламентским полномочиям и все больше служили тому, чтобы, для *рационализации* работы парламента, ограничивать злоупотребления выступлениями и, следовательно, сами выступления и дискуссии.

137

4.2.3. Самоопределение парламента

а) Регламент (правила парламентской процедуры)

Одна из ревностно охраняемых привилегий парламента заключается в том, что никакой другой государственный орган не может вмешиваться в его дела [¹⁶²]. Основной принцип функционирования парламента состоит в том, что он сам определяет свой регламент или же просто руководствуется обычаем — и эти обычаи (прецеденты) могут быть описаны на нескольких сотнях страниц.

Для утверждения правил процедуры не требуется посредничества никаких внепарламентских органов, подписи президента или благословения короля. Суды не могут рассматривать ни регулирование внутренних отношений, ни соблюдение правил парламентской процедуры. Суд не полномочен вторгаться во внутренние дела парламента. Германский закон о Конституционном суде прямо запрещает рассмотрение парламентского регламента за

161 *Habermas J.* The Structural Transformation of the Public Sphere. London, 1992. P. 121. На заседаниях венгерского Государственного собрания в эпоху реформ в первой половине XIX в. студенты-юристы делили между собой для запоминания все, что произносилось в зале заседаний.

162 Конституции, помимо норм о "правлении большинства", содержат статьи, относящиеся к самой процедуре работы парламента, но лишь в тех случаях, когда может возникнуть внутренний спор о компетенции, например между двумя палатами парламента, который сами палаты не могут разрешить.

исключением тех случаев, когда его предписания касаются основных прав человека [163] или когда принятые в рамках данной парламентской процедуры решения ущемляют права депутата как представителя государственного органа.

Важность того или иного принципа становится наиболее ясной тогда, когда его нарушают. Французская Конституция 1958 г. с целью приведения парламента к дисциплине отступила от вышеуказанного принципа, предписав в качестве условия действительности регламента утверждение его Конституционным советом [164].

Принцип независимости парламента при принятии решений — вещь замечательная, но насколько им следует руководствоваться, если практика требует иных основополагающих условий, чем это предусмотрено данным принципом? Что, если парламента действует не по регламенту, если большинство игнорирует его предписания, если, например, он голосует без наличия кворума, если принятие текста закона является результатом нажатия нескольких кнопок одним депутатом, не имеющим на то полномочий? Парламент, конечно, рассмотрит протест против этого и большинством голосов решит, что правонарушение не

139

имело места. Разве утверждение регламента поможет исправить эти ошибки? [165]

Принципу независимости в принятии решений противопоставляется другой принцип, согласно которому никто не судья в своем деле.

С этой точки зрения компетенция французского Конституционного совета в вопросах пересмотра регламента — не такой уж абсурд. До тех пор, пока за процедурой можно закрепить какой-нибудь конституционный принцип, ее можно совмещать с понятием конституционализма.

Конституционное обеспечение парламентаризма, обеспечение независимости существования парламента диктует настоятельность того, чтобы парламента формировались без всякого постороннего вмешательства. Именно поэтому конституции XIX в. довольно подробно рассматривали положение о том, каким образом парламенту самому подтверждать мандаты избранных депутатов. С преобразованием избирательных систем, в результате которого подсчет голосов осуществляется при сотрудничестве профессионального технического аппарата и общественного (следует понимать: партийного) контроля, а избирательная система остается вне компетенции конституций, парламента отчасти отказались от своих привилегий и уступили регулирование споров, связанных с выборами, различным судам.

Регламенты парламента составляют иногда толстые тома, в действительности же функционирование парламента определяется несколькими основными принципами — в сотнях разделов содержатся главным образом исключения и детали процедуры. Эти основные принципы ищут ответы на следующие вопросы:

163 По традиции парламентскую неприкосновенность ограничивают права других лиц. См.: Stockdale v. Hansard (1839. 9 A. & E. 1).

164 Предписание регламента об ограничении времени выступления члена правительства было отвергнуто как антиконституционное.

165 Эти рассуждения опасны не только потому, что они оправдывают самодискредитацию парламента. Предположим, что для принятия данного закона нужно квалифицированное большинство голосов, которого нет, но спикер парламента все-таки объявляет закон принятым. В следующем за этим обсуждении действительности данного решения в соответствии с регламентом достаточно простого большинства голосов, — если только не действует закон, в соответствии с которым для решения по процедурным вопросам нужны, по крайней мере, столь же строгие правила, что и для принятия решения по существу.

- Какое соотношение голосов нужно для принятия решения?
- В какой организационной форме идет работа парламента?
- В какой мере она должна осуществляться гласно?
- Кто является субъектом парламентской процедуры?

b) Принятие решений в парламенте

Ответ на первый вопрос содержится в конституциях — парламентские решения необходимо принимать по *принципу большинства*. В этом смысле парламент соблюдает демократические правила игры,

140

так как из демократического принципа равенства следует, что все голоса равны и что решает большинство голосов. В действительности же регламент, функционирование парламента и его организация часто отходят от этого принципа в интересах соблюдения пропорций или защиты меньшинства, за исключением главных персональных и законодательных решений. Вопрос о том, присутствие скольких представителей необходимо для наличия кворума, отдельные конституции, например Веймарская, предоставляют на усмотрение самого парламента как вопрос внутренней автономии (ст. 32). Другие конституции, например венгерская (ст. 26), сами предписывают присутствие половины всех избранных депутатов для наличия кворума и положительное голосование большинства присутствующих депутатов для принятия закона. По бельгийской Конституции для принятия законов требуется положительное голосование половины (плюс один голос) всех избранных депутатов (абсолютное большинство), тогда как для принятия персональных решений достаточно голосов большинства присутствующих депутатов.

Конституции, а иногда и законы, которыми руководствуется исполнительная власть, предписывают в некоторых случаях так называемое квалифицированное, более строгое большинство в отношении выбора отдельных должностных лиц или для принятия или изменения законов. Не бесспорен, и потому подлежит урегулированию, вопрос о том, можно ли при отсутствии конституционных предписаний предусмотреть применение квалифицированного большинства в тексте самого закона (или наоборот, достаточно ли по закону воли меньшинства для объявления его недействительным) [¹⁶⁶].

Принцип парламентского большинства выдвигает основной вопрос конституционности законодательства. Все ли можно решить на основе предписанного парламентского большинства?

Принцип большинства присущ парламентам с самого начала его существования. Знатные лица средневекового парламента (исходя из общих интересов) считали друг друга братьями, т.е. равными. Следовательно, парламентский "демократизм" определил действие принципа большинства также при проведении выборов и в обеспечении народного суверенитета. Правда, есть и обратный пример: польское *liberum*

141

166 В начале 1995 г. американский Конгресс принял решение, в соответствии с которым для повышения налогов необходимы 3/5 голосов. Возражения конституционалистов (поскольку для принятия закона требуется простое большинство) парировались тем, что речь идет о простой процедуре (квазирегламенте). По вопросу квалифицированного большинства необходимо определить кворум, т.е. решить, сколько депутатов должно присутствовать на заседании.

veto, действовавшее (логически вполне корректно) в интересах полного единства в голосовании, единодушия. Однако дестабилизирующий опыт стремления к полному единогласию способствовал практическому обоснованию принципа большинства.

Из парламентских традиций принятия решений еще не следует, что отдельные вопросы нельзя было полностью изъять из компетенции парламента или нельзя было превратить большинство в квалифицированное большинство. Ведь с точки зрения принципа большинства не имеет значения, на сколько больше голосов нужно получить сверх их половины, однако это совсем безразлично с точки зрения меньшинства [167].

с) Квалифицированное большинство

Требование квалифицированного большинства направлено на поддержку стремлений к защите меньшинства [168].

Применение парламентского квалифицированного большинства в Венгрии многие считают своеобразным венгерским наростом на конституционной реформе 1989 г., худшей нормой действующей Конституции.

Когда что-то неудобно для власти имущих, то обычно речь идет о конституционной ценности. В венгерской системе принятия решений квалифицированное большинство — почти единственное средство

142

ограничения господства большинства. Не смягченная традициями вестминстерская система [169] привела к тирании большинства в некоторых бывших английских колониях, следующих традициям английского парламентаризма. Нам следовало бы ценить это

167 В пользу необходимости принятия решений абсолютным большинством можно привести много аргументов. Однако статус голоса депутата, присутствующего в парламенте, но воздержавшегося от голосования, все еще остается предметом договоренности. От правящей партии требуется больше усилий, когда реализуется наиболее строгое понятие большинства, а именно: закон считается принятым в том случае, когда за него проголосовало большинство всех избранных депутатов. Противоположным правилом для усиления положения правительства пользуется французская Конституция, согласно которой при вынесении ему вотума недоверия против правительства должны проголосовать не менее половины всех депутатов. Сохранению работоспособности венгерского парламента, с учетом реальности отсутствия депутатов, послужил бы "мягкий" закон, согласно которому в особо установленных случаях применялось бы строгое абсолютное большинство (например, вынесение вотума недоверия, возможно, усиление формирующегося правительства, одобрение его программы); далее, закон, принятый на основе строгих предписаний, может определить и другие случаи, когда необходимо абсолютное большинство. Существующие правила нельзя оспорить с точки зрения конституционализма; однако предложенный вариант увеличил бы вынужденность поиска консенсуса, что может представлять собой общественную ценность до тех пор, пока это не угрожает неспособностью управления.

168 Квалифицированное большинство с формальной точки зрения противоречит принципу большинства, так как предоставляет меньшинству право вето против большинства, иначе говоря, если речь идет о решении, принимаемом большинством в две трети голосов, то голоса, приходящиеся на разность между двумя третями и 50% + 1 голос, имеют больший вес, чем другие голоса. На это можно возразить таким образом, что перед голосованием все голоса равны, стало быть, нарушение принципа равенства голосов не имеет места.

169 Липхарт характеризует вестминстерский парламентаризм, который, по его мнению, можно рекомендовать для гомогенных обществ, следующими элементами: двухпартийность, неразделенные ветви власти, относительное большинство в одномандатных избирательных округах, сосредоточение исполнительной власти в партии большинства, в совете министров, однопалатная или асимметричная двухпалатная система и никакой непосредственной демократии (*Lipjhart A. Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries. New Haven, 1984*).

средство, с помощью которого мы можем избежать судьбы бывших африканских колоний, в которых британская мажоритарная традиция помогла узаконить диктатуру. Между прочим, соотношение голосов в две трети служит не только интересам парламентского меньшинства; вопросы, попадающие под правило большинства в две трети голосов, основательно затрагивают положение находящихся в меньшинстве социальных групп и реально их защищают.

Применение квалифицированного большинства, ограничивающее парламентаризм классического большинства, закрепилось в конституциях еще на заре современного конституционализма для защиты основных институтов конституционного устройства. Бельгийская конституция 1831 г., пытаясь не допустить, чтобы возможное большинство, поддерживающее партию короля, служило против парламента, предписывает, что Его Величество может быть монархом и другой страны (ст. 62) лишь при поддержке двух третей голосов в каждой палате. С тех пор во многих странах для принятия законов по отдельным значительным предметам устанавливается особое квалифицированное большинство. По понятным причинам в системах, где законы принимаются большинством в две трети голосов, решение такого рода менее необходимо и к нему реже прибегают. Здесь важные вопросы регулируются посредством так называемых органических законов, если пользоваться французской терминологией. Для принятия органических законов необходимо, как правило, согласие другой палаты или, если такого согласия нет, то абсолютное или квалифицированное большинство нижней палаты [¹⁷⁰].

143

4.2.4. Коллективные участники

а) Комиссии: право на существование и полномочия

Классический парламент означал только лишь физическое пространство: тот большой зал в здании парламента, где собираются все депутаты. В английской Палате общин нет даже достаточного количества мест для сидения. После того как немцы разбомбили Вестминстер, Черчилль настоял, чтобы здание Парламента было восстановлено без изменений. Восстановление памятника старины сохраняло политическую традицию.

Элитарный форум, где выясняется истина и ведутся просвещающие дискуссии, заседает в полупустом зале, если не считать времени, когда вносятся интерпелляции или делаются важные политические заявления. Ораторствующий в осиротевшем зале парламентарий обращается в своей речи в лучшем случае к общественности, и эту речь слушают в прямом Эфире только самые верные его друзья. Тем не менее, парламентская работа идет, но только в комиссиях.

Парламенты представляют собой органы, в состав которых входит множество депутатов [¹⁷¹]. По мере расширения государственных и правовых задач по управлению

170 Согласно французской Конституции (ст. 46), органические законы могут быть промульжированы только после объявления Конституционным советом об их соответствии Конституции. В круг органических законов входят законы о судах, о процедурных вопросах в Конституционном совете и о финансовых делах. Германский Основной закон не пользуется этим понятием, но, например, для принятия законов по выполнению задач, которые стоят перед администрацией земель, необходимо согласие Бундесрата. Это предписание распространяется сегодня примерно на 60% законов, принимаемых в наши дни в Германии.

171 Численность населения страны лишь незначительно влияет на численность парламента. Первенство принадлежит, вероятно, советскому Верховному Совету — 2250 народных депутатов. В Палате лордов Парламента Великобритании представлено около 1200 членов, в Палате общин — 650 членов. В нижней палате итальянского парламента насчитывается 630 членов, численность

обществом увеличивались в объеме и усложнялись функции парламентов, что требовало создания дополнительных организационных структур. Социальные задачи, возложенные на государство, жизненные условия, подлежащие урегулированию, становились все более сложными. Одновременно с этим время, отведенное парламентом для дискуссий и принятия решений, все более ограничивалось; к тому же в период работы нестабильных правительств много заседаний посвящалось формированию правительства. Времени требует и контроль правительства, особенно наиболее эффективная его форма — запросы и вопросы к министрам, на что отводится от одного часа до одного дня, а также политические дискуссии. Вследствие этого неизбежно разделение труда; привлечение экспертов-профессионалов делает необходимой работу, ведущуюся в более узком кругу, в комиссиях.

144

Является ли конституционным делегирование прав парламента? На заре современного конституционализма здесь царил полная неопределенность. Французское Национальное собрание на одном из первых своих заседаний распорядилось, чтобы дискуссии проводились в комиссиях, а те должны вносить свои предложения парламенту. Но через несколько дней было принято противоположное решение, поскольку нацию представляет только Национальное собрание и важно только то, что прозвучит на его заседании. В конце концов в качестве компромисса были назначены еженедельные дискуссионные дни на заседаниях Национального собрания. Французская Конституция 1791 г., уже исходя из этих практических соображений, провозгласила, что органом народного представительства хотя и является законодательный орган как профессиональный коллектив, но Национальное собрание может уполномочить свою комиссию заменять его.

Недовольство парламентскими разглагольствованиями и вынужденность выполнять возложенные на парламент задачи уже сами по себе увеличивали значение работы в комиссиях [172]. Однако комиссии, хотя бы уже по естественным причинам, работают не столь открыто, слабее контролируются. По крайней мере, согласно предписаниям конституций, они не должны проводить гласные заседания. Парадоксально, но именно вследствие отхода от гласности, полугласного характера своей деятельности комиссии сохранили в какой-то мере первоначальную ценность парламентского обмена мнениями: не имеет смысла, стало быть и не нужно играть на публику. Как писал Вудро Вильсон в 1885 г.: "Почти полностью верно изречение, что заседающий Конгресс — это выставочная витрина, а Конгресс, действующий в залах заседаний комиссий, — это работа" [173]. Постоянные комиссии разгружают пленум, у которого больше времени остается на политические дискуссии и контроль над правительством. Правда и то, что эти дискуссии мало внимания уделяют законопроектам, определяющим будущее. Поэтому на основе английских парламентских традиций многие возражают против ведения дискуссий не перед полным пленарным составом.

Постоянные и временные комиссии постепенно получили конституционное признание и одновременно специальные процедурные права. Согласно Веймарской конституции, они с таким же правом

французского Национального собрания и германского Бундестага составляет 500—600 членов. Венгерское Государственное собрание со своими 386 депутатами (на 10 миллионов жителей) явно перенасыщено, особенно в сопоставлении с данными Австрии (183), Австралии (125) и Нидерландов (150), это с учетом того, что парламенты названных стран состоят из двух палат.

172 Если не считать подкомиссии американского Конгресса, больше всего постоянных комиссий действует в Национальном конгрессе Мексики — более пятидесяти. Французская Конституция 1958 г. ограничивает число постоянных комиссий до шести в каждой палате (ст. 43) в качестве ответной реакции на опыт прежнего парламента с множеством постоянных и временных комиссий. Ср.: *Laundy Ph. Parliaments in the Modern World*. Dartmouth, 1989.

173 *Wilson W. Congressional Government*. Gloucester, 1973. P. 69.

могут вызывать на свои заседания канцлера, как и Рейхстаг (ст. 33). Комиссии имеют привилегии и в отношении представления и обсуждения законопроектов; по регламенту можно автоматически включать в повестку дня предложения для срочного обсуждения.

Позиция комиссии в системах с сильной партийной дифференцированностью выражает обычно мирную межпартийную договоренность или безнадежность достижения таковой. После дискуссии в комиссии уже нет смысла спорить о деталях. Поэтому точка зрения комиссии получает благоприятную оценку и оттесняет на задний план заседание самого парламента.

В отношениях между парламентом и его комиссиями рамки конституционализма испытываются на прочность делегированием законодательных полномочий. Поскольку состав комиссий в партийно-политической системе, как правило, соответствует составу парламента [174], поскольку дискуссии в них проводятся с участием наиболее сведущих экспертов и поскольку парламент срочно ожидают большого числа законов, велик соблазн предписать в конституции делегирование парламентом законодательных функций комиссиям. В конце концов, коль скоро в отдельных системах исполнительная власть может выполнять и законодательные функции, коль скоро во всех системах исполнительная власть правомочна регулировать независимые исполнительные органы, то это вполне простительное прегрешение. В итальянской Палате депутатов предложение в отношении этого может внести спикер, но в случае протеста 10% общего числа депутатов или правительства закон принимается на заседании Палаты.

Парадоксально, но факт, что контролирующей функции парламента, фактической основе диалога служит уже повсеместно учрежденная в конституциях нашего столетия парламентская контрольная комиссия. Английский Парламент направил в 1832 г. такую королевскую контрольную комиссию для изучения работы городских администраций. Эта комиссия в первую очередь занималась обоснованием законодательной реформы, и решающую роль в ней играли независимые эксперты. Бывшие доминионы, следующие британским парламентским традициям, по сей день с успехом применяют эту форму подготовки решений, используемую для проверки поступающих от

администрации односторонних сведений. В ходе работы контрольных комиссий по вскрытию фактов появляется возможность ознакомления с позициями заинтересованных групп, избегая их непосредственного контакта с теми, кто принимает решение.

Эта самостоятельная возможность ознакомления с положением дел представляется особенно важной там, где в подготовке законопроектов очень сильна роль центральной государственной бюрократии. Во всяком случае, согласно континентальной европейской и американской практике [175], задачи королевской Контрольной комиссии следовало бы

174 Это категорически предписывает итальянская Конституция (ст. 82). В английском Парламенте посты председателей некоторых комиссий принадлежат оппозиции, такова и венгерская практика. В Соединенных Штатах председателя каждой комиссии выдвигает партия, получившая на выборах большинство голосов. Британские постоянные комитеты довольно часто работают, устанавливая общие факты. В Палате лордов также имеется множество комитетов и комиссий по проверке данных и внесению политических предложений.

175 Интересно, что в США независимые комитеты по расследованию часто назначает Президент, иногда же Конгресс назначает смешанные комитеты, в которых принимают участие и представители исполнительной власти. Для усиления позиций Президента Венгрии как независимого посредника было бы целесообразно создать (при соответствующем бюджетном ассигновании) независимые

выполнять постоянным парламентским комитетам. Поскольку эти комитеты вынуждены одновременно заниматься и текущим законодательством, из-за нехватки времени решение это не всегда удачно, даже если в Германии и (по другим причинам: отмежевание администрации и энергичный лоббизм) в американском Конгрессе самостоятельное вскрытие фактов комитетами ведется довольно эффективно.

Другой тип контрольных комиссий служит обеспечению гласности оппозиции и непосредственному контролю над исполнительной властью (например, в связи с конкретными скандальными делами). Иногда эти комиссии должны назначаться и по требованию скромного меньшинства [¹⁷⁶], в идеальном случае половина членов комиссии и/или председатель могут быть представителями оппозиции. Комиссия, изучающая конкретные дела, в силу их политического характера — чисто парламентская комиссия, т.е. ее членами являются депутаты с соответствующим уровнем ответственности.

Что касается контрольных комиссий, то целесообразно обозначить в конституции, по крайней мере, их процедурные правомочия (если мы ждем от комиссии результатов работы по существу, ее процедурные права должны быть определены одинаково с правами судьи в уголовном деле). Далее, нужно четко определить (не обязательно на конституционном уровне) предмет и срок расследования. Это само собой разумеющиеся правила. Уж если необходимо направить такую комиссию,

147

правительственное большинство имеет политический интерес обнаружить как можно меньше, а надежность обнаруженных фактов сделать более сомнительной. В политике конституционализм пригоден для того, чтобы сделать само собой разумеющееся обязательным, ибо в политическом плане из само собой разумеющегося вытекает его противоположность.

Возможное исправление обнаруженных злоупотреблений относится уже к компетенции парламентского большинства. Останутся ли без ответа вопросы, возникшие в связи с обнаруженными злоупотреблениями и упущениями, — это обстоятельство представляет собой надежное мерило парламентской морали.

b) Партийные фракции

комитеты по установлению фактов (ориентируясь на проведение реформы), решения которых не подлежали бы контрассигнации.

176 Веймарская конституция (ст. 34) — по предложению 20% общего числа депутатов; подобным же образом — в регламенте венгерского парламента 1994 г. Германский Основной закон поднял планку для внесения предложения до 25%. Бельгийская конституция 1831 г. (ст. 40) содержит лишь указание на то, что любая палата имеет право создавать комиссии по расследованию.

Парламентские регламенты и тексты некоторых новых конституций [¹⁷⁷] выдвинули на передний план наряду с комитетами и комиссиями и других коллективных участников парламентской деятельности: парламентские партийные фракции, называемые парламентскими депутатскими группами. Эти группы получают процедурные привилегии в ущерб отдельным (стоящим вне фракций) депутатам. По традиции вместе голосующие, солидарные друг с другом депутаты вот уже сотни лет садятся один подле другого в зале заседаний. В XIX в. такие группы работали зачастую под началом выборного руководителя. Лишь в современных партийных системах фракция стала определять парламентскую работу.

Поучительны и исключения. В Соединенных Штатах, где нет в современном смысле слова массовых партий с постоянным членством, члены Палаты представителей и особенно сенаторы, избираемые

148

сроком на шесть лет, в большей мере сохранили свою самостоятельность и часто голосуют вразрез с линией партии или в обмен на свои голоса добиваются изменения партийной линии (если таковая имеется). Америка представляет собой партийно-политический и парламентский реликт. Сегодня в парламентарных системах настоящими действующими лицами парламента все чаще становятся партийные фракции.

Права фракций и комитетов, наряду с другими предписаниями регламентов, ограничивают индивидуальные права депутатов. Эти ограничения соответствуют предписаниям конституции и одобряются депутатами. Но соответствует ли все это нашим представлениям о конституционализме? Не ущемляется ли сам парламентаризм оттеснением парламентариев на задний план? Этот вопрос предваряет другой: в какой мере парламентаризм соотносится с депутатами. Чтобы ответить на этот вопрос, надо предварительно выяснить, в какой мере парламентаризм отождествляется с парламентариями. Если бы полномочия депутата были связаны с избирательным округом, ограничение его прав в пользу комиссий и фракций, утверждение его полной зависимости от фракции были бы, пожалуй, неприемлемыми. Поскольку императивный мандат в наше время нигде не существует, это соображение само собой отпадает. Не являются ли субъектами парламентских прав, скорее, орган (парламент) и его подразделения, особенно там, где депутаты попадают в парламент по партийным спискам, на основании принципа пропорционального представительства? [¹⁷⁸] Не является

177 Во многих из недавно принятых конституций, например французской или поправках 1983 г. к нидерландской, не отражено существование партийных фракций, которые, несомненно, играют важную роль в жизни парламента, даже если партийные политики нарушают иногда партийную дисциплину и относительно выхода из фракции не существует санкций, т.е. депутат не теряет из-за этого права участия в голосовании. Господство партий в парламенте, подлинная партийность парламента предстают в своей полноте тогда, когда исключенный или оставивший фракцию депутат одновременно лишается депутатского места. Это — мечта партийных лидеров. Своей мечте, собственно говоря, они дают не совсем эгоистическое объяснение: это будет способствовать обеспечению парламентской стабильности, которую во второй половине XX в. с таким трудом удалось сформировать с помощью избирательных и парламентских технических приемов. Где депутат попал в парламент по партийному списку, там избиратель в партийном списке проголосовал за него вместо коня Калигулы; так извольте после этого либо спокойно оставаться в конюшне фракции, либо быть конем для замены. Устав венгерского парламента созыва 1994 г. с учетом предписаний конституции не мог зайти так далеко, однако "наказывает" вышедшего или исключенного из фракции депутата: в течение полугода он не имеет нрава присоединиться к другой фракции, т.е. практически в течение этого времени остается бессловесным изгоем.

178 Избирательная система с использованием закрытых списков или принципа пропорционального представительства применительно к одной или обеим палатам парламента существует, например, в Австрии (Федеральный совет), Португалии, Испании, Бразилии и в ряде других южноамериканских стран. В Японии (верхняя палата) и в Парагвае система, благоприятствующая более крупным партиям, не совсем пропорциональна. В некоторых странах (Нидерланды, Италия, Израиль, Бельгия)

ли депутат всего лишь элементом парламента и только в этом смысле, как часть целого, имеющим функции и соответственно права? А уж если личность не важна, это влечет за собой далеко идущие последствия. Возможной становится, например, передача функций другому депутату (что по правилам парламентской процедуры в европейских странах сегодня является распространенной практикой).

Переход права на выступление и других прав в распоряжение фракции призван сломить индивидуализм депутатов и предотвратить

149

распад фракции для усиления эффективности партийно-представительного парламента.

Все это не противоречит, например, германской парламентской логике, которая считает политические партии исключительно конституционным институтом. Основной закон 1949 г. сделал соответствующие выводы из веймарского периода и признал: парламент — это сфера деятельности партий, а не личностей. Эту реальность Основной закон старается привести в соответствие с народным представительством [179]. Партии — это средство формирования народной воли, в первую очередь путем выборов.

"Народная воля совпадает с государственной волей только в том случае, если народ как конституционная или учредительная сила осуществляет свою власть.

Политические партии... образуют связующее звено между личностью и государством... с помощью этого средства воля граждан способна осуществляться в период между выборами; партии — это рупоры народа... В условиях современной массовой демократии... [государство] неспособно проводить выборы без политических партий..." [180]

Поэтому партии не только находятся под защитой конституции, но и являются действующими лицами парламентской государственной жизни с признанными задачами. Поэтому без всяких конституционных угрызений совести из бюджетов можно финансировать партии или, по крайней мере, их предвыборные кампании [181].

с) Оппозиция

Конституционный парламентский диалог предполагает не равное право депутатов выступать и вносить предложения, а строится на соблюдении прав оппозиционных депутатских групп. В интересах диалога оппозиции предоставляются коллективные процедурные права, по крайней мере, пропорциональные ее численности, а в некоторых случаях (особенно в

система партийных списков комбинируется с привилегиями внутри списка. В некоторых Скандинавских странах большинство парламентских мест также распределяется в соответствии с соотношениями партийных списков, однако меньшая часть парламентских мест распределяется по компенсационной системе, благоприятствующей небольшим партиям. См.: *Laundy*. Op. cit. P. 14-22.

179 Между прочим, у германской модели до сих пор не нашлось очевидных последователей. Французская Конституция 1958 г. (которая, возможно, случайно во многом напоминает президентские решения Веймарской республики) умалчивает существование парламентских фракций, хотя в ст. 4 признает и гарантирует роль партий в избирательном процессе.

180 20 BVerfGE 56.

181 Это решение все же привело к бесчисленным юридическим спорам, с одной стороны, потому, что в таком случае финансовые дела партий необходимо проверять конституционным путем, с другой стороны, потому, что и германский Конституционный суд, вынесший по этому поводу многочисленные решения, лишь приблизительно выяснил меру финансирования, а также то, каким партиям полагается финансовая поддержка.

двухпартийных системах) одинаковые с парламентским большинством. Это дополняется нормами регламентов или

150

обычаями, относящимися к членству в комитетах и парламентским должностям. Правда, в отдельных случаях, как в Соединенных Штатах, руководство всеми комитетами [¹⁸²] принадлежит победившей партии, в других же — например в израильском Кнессете — позиции распределяются соответственно расстановке сил в парламенте. В 1994 г. при парламентском распределении мест в комитетах в Венгрии к оппозиции было проявлено еще большее великодушие. В Германии даже продолжительность выступлений определяется пропорционально численности фракций [¹⁸³].

Конституционная возможность, более того, необходимость создания привилегированного положения парламентскому меньшинству представляет собой важнейшую движущую силу в функционировании парламента как форума дискуссий. Диалог не состоится, если у оппозиции нет возможности высказаться, если кого угодно можно заставить молчать большинством голосов. Оппозиция является таким же важным партнером по диалогу, как и большинство, находится с ним в одинаковом положении, следовательно, ей полагаются те же права. Это не распространяется на отдельных представителей оппозиции, право выступления которых можно ограничивать точно так же, как и право выступления представителей большинства.

При образовании комитетов или при выработке правил проведения дискуссий оппозиция, т.е. меньшинство депутатов, часто получает дополнительные права. Для чего бы меньшинству давать привилегии? Такое возражение искажает саму сущность дела. В действительности речь идет не о равном весе голосов, как бы важно это ни было, а о том, что после выборов большинство, каким бы способом оно ни было установлено, противостоит меньшинству; путем применения суммированного правила равенства к этим двум группам, образовавшимся в равных условиях, возникают, основываясь на презумпции справедливости их создания, неравные права. После принятия решения первоначальное соотношение попросту исчезает; количественная разница превращается в качественную. Большинство получает все, меньшинство — ничего. Однако поскольку меньшинство в парламенте не сиюминутно,

151

а существует весь срок легислатуры и представляет собой сложившийся институт (кто-то всегда будет в меньшинстве — как правило, члены нынешнего большинства), и поскольку меньшинство как оппозиция незаменимо в парламентских дискуссиях, но при этом (по демократическим правилам игры) оно недостаточно сильный партнер, ему нужно предоставить дополнительные права, чтобы уравновесить обе стороны в диалоге [¹⁸⁴].

182 В ряде комитетов оппозиция и правящая партия имеют равное число мест даже в Соединенных Штатах (особенно если речь идет о комитетах, рассматривающих вопросы депутатского иммунитета и, возможно, о некоторых следственных комитетах).

183 По сравнению с упомянутыми предписанными традицией или регламентом продолжительностью выступлений и в отдельных случаях числом мест в комитетах работа английского Парламента отличается исключительной гибкостью. Время распределяется на основе временных договоренностей между парламентскими партиями, что делает возможным в течение одного дня закончить дискуссию во втором чтении при принятии законопроекта.

184 Это не затрагивает равноправия членов меньшинства (оппозиции). Например, представителям меньшинства предоставляются такие же услуги, депутатские группы меньшинства имеют право на такие же коллективные услуги (скажем, пропорционально числу депутатов). Места в комиссиях

Большинство (правящей партии) и оппозиция представляют собой качественно разные величины, по этой причине оппозиции могут быть предоставлены дополнительные права. Именно из-за неравенства положения между большинством и меньшинством одинаковое отношение к ним может оказаться недостаточным [¹⁸⁵], но это не меняет их отношений в процессе принятия решений. Жесткая позиция в отношении прав большинства приводит к противоположной точке зрения. Поскольку большинство и меньшинство находятся не в равном положении, к ним можно подходить по-разному [¹⁸⁶].

4.3. ОДНА ИЛИ ДВЕ ПАЛАТЫ

Феодальная многопалатная система отражала первоначально сословную раздробленность средневекового общества. Эта модель легко вписалась в конституционные традиции современных федераций. Однако, например, в Соединенных Штатах Сенат был создан не только в силу необходимости представительства штатов. "Отцы-основатели" не без причины опасались демократии без "сдержек и противовесов" в однопалатной представительной системе. Мэдисон посредством Сената как стабильного института стремился компенсировать и такой недостаток

152

Палаты представителей, как неопытность ее членов вследствие короткого срока мандата между двумя выборами.

По первоначальному замыслу американский Сенат состоял из "квазиделегатов", образующих союз штатов, и был, следовательно, их представительным органом. В настоящее время жители штатов непосредственно выбирают по два сенатора независимо от численности населения штата.

К первоначальной американской модели приближается решение швейцарской Конституции 1848 г. Кантоны делегируют в Совет кантонов одинаковое число представителей. Что же касается германской традиции, она с 1848 г. строится на том, что правительства земель делегируют членов Бундесрата в количестве, непропорциональном размеру земель (в 1848 г. одну половину общего числа членов делегировали органы исполнительной власти, другую — законодательный орган).

Сторонники системы "сдержек и противовесов" с завистью смотрят на двухпалатное устройство федераций, где необходимость двойной конструкции, несмотря на все связанные с ней трудности, обернулась благом. Что же касается "удвоения" парламента в унитарных государствах, то возникают вопросы (в принципе, ответа не имеющие) с точки зрения суверенитета народа. Которая из двух палат представляет волю народа? Иногда вторую

можно поделить пропорционально числу парламентских мест, но это уже более сложный вопрос; принцип равенства внезапно выходит из своей механической распределительной роли. В этом отношении на оппозицию обычно не распространяются одинаковые с большинством стандарты.

185 Такую точку зрения легче понять на примере обеспечения права на образование в одной школе двух языковых сообществ. Если они получают одинаковую возможность образования, это будет школа большинства. Далее, если они получают одинаковые субсидии, этого будет недостаточно для содержания школы меньшинства, так как для нее требуется больше затрат. Право меньшинства на обучение на родном языке означает в данном случае и связанные с этим "неравные" дополнительные расходы.

186 Ср., например, с мнением судьи Керэнса (*Mahe v. R* 33. G.R.R., 239): "Большинство" и "меньшинство", поскольку положение их неодинаково, могут различаться и отношением к ним. Если бы это было не так, господство большинства было бы антиконституционным".

палату избирают косвенным голосованием [¹⁸⁷]; это снижает ее народную легитимацию, в результате чего она имеет меньше оснований требовать для себя прав, уравнивающих ее положение по сравнению с палатой, избранной прямым голосованием.

В феодальных представительных системах сословия совещались в самостоятельных собраниях [¹⁸⁸]; Французская революция покончила с этим. Французская конституция 1791 г. подчеркнута

153

институционировала однопалатную систему, так как нация едина и граждане равноправны [¹⁸⁹]. Если две палаты согласны друг с другом, то одна из них лишняя, если не согласны — вторая вредна. Аргументы логичные, однако логике следовало бы противопоставить мудрость и учредить вторую палату для сглаживания временных неувязок. В более поздние и мудрые, а потому и меньше настаивающие на логике времена наблюдается возвращение к двухпалатной системе. Если в руках единственной палаты будет сосредоточена большая власть, рассуждал Дж.С. Милль, она будет слишком много брать на себя.

Из парламентской системы английского образца, сохраняющей феодальные привилегии, своеобразная двухпалатность создана и в нефедеральных странах. Двухпалатный парламент превратился почти в главное правило унитарных государств. Причиной сохранения сенатов является, вероятно, прагматизм исторических традиций и интересов, особенно там, где имеющийся сенат участвует в новом конституционном обустройстве: вряд ли он проголосует за свое упразднение [¹⁹⁰]. Английская парламентская реформа 1911 г., в ходе которой Палату

187 В следующих английским парламентским традициям странах британского Содружества наций не редкость вторая палата, состоящая из назначенных членов. В Канаде право назначения в Сенат всегда принадлежит премьер-министру, поэтому Сенат, хотя формально у него почти равные права по сравнению с избираемой палатой, являет пример сдержанности в осуществлении власти. На Ямайке большинство сенаторов назначает премьер-министр, относительно мандатов меньшинства решение принимает лидер оппозиции.

188 Первоначально в английском Парламенте еще не было такого разделения (см.: *Pollard A.F. The Evolution of Parliament. London, 1922*). Однако потентаты вскоре добились от короля особых привилегий и претендовали на право участия в управлении, т.е. их положение коренным образом отличалось от положения других представителей дворянства. Депутаты городов и рыцари в конце XIV в. собирались на совещания в особом месте; эта физическая разграниченность и кроющаяся за ней общность интересов привели к тому, что позже эти органы обрели самостоятельное существование

189 В отношении однопалатного представительного органа выдвигались и другие республиканские соображения. Согласно конституции Боливии 1826 г., представительный законодательный орган состоит из трех палат. Третья палата, палата цензоров, осуществляет контроль над исполнительной властью. Конституция 1826 г. действовала всего один год, однако ее отнюдь нельзя считать курьезом, несмотря на три палаты и избираемого на пожизненный срок президента. В качестве личного детища Симона Боливара она оказала большое влияние на весь южноамериканский континент и выявила все те дилеммы, с которыми сталкиваются либеральные государственные деятели, как только они берутся управлять незрелым, по их мнению, народом на основе принципа народной воли. Рекорд по количеству палат поставил, вероятно, Тито в югославской конституции 1974 г. с ее пятью палатами. Здесь не были отражены лишь те интересы, которые не заслуживали отражения. А если конституция не работала, так в этом и заключался весь ее смысл.

190 Характерно, что верхняя палата чехословацкого Федерального собрания согласилась на отделение двух республик одна от другой, лишь заручившись гарантией того, что в республиках будут созданы, по крайней мере на один срок, сенаты, в которые надеялись попасть прежние представители. Соответствующий раздел был включен в чешскую Конституцию, однако выборов до 1996 г. не было.

лордов [¹⁹¹] грозились окончательно упразднить, если она не перестанет прекословить, была совместима с традициями лишь при очень гибкой

154

английской Конституции. В других странах такое "толкование" традиций называется революцией.

"Органический" процесс сохранения второй палаты в нефедеративном государстве можно проследить на примере Нидерландов и Бельгии. Согласно бельгийской конституции 1831 г. членов Палаты представителей выбирают те же избиратели, что и сенаторов; этих последних выбирают по провинциям — но не для представительства провинций — сроком на восемь лет. Для сенаторства надо было быть состоятельными. В Нидерландах с 1848 г. первую палату, по образцу бельгийского Сената, выбирают в провинциях, но путем прямых выборов, т.е. разница в составе двух палат происходит из разницы избирательных округов. По традиции, обе палаты пользуются почти одинаковой властью, поэтому время от времени возникает вопрос о ликвидации двухпалатной системы, однако первая ("верхняя") палата создала себе специфическую конституционную функцию: она представляет собой противовес второй палате, располагающей более непосредственной легитимацией.

Этот вариант, сохранивший в преобразованном виде верхнюю палату, можно назвать типичным для XIX в., поскольку он оказался способным демократизировать прежние институциональные рамки на уровне эпохи без радикальных потрясений. Характерно, что французский парламент, первоначально однопалатный по принципиальным соображениям, после 1875 г. именно в качестве необходимого для республиканской системы компромисса утвердился как двухпалатное собрание. В 1875 г. республиканцы приняли столь желательный для монархистов Сенат (правда, неохотно, по упоминавшимся выше принципиальным возражениям), но позже Гамбетта объявил вторую палату "основным созидательным принципом всякого парламентарного правления", поскольку она уравнивает (с осмотрительностью, проистекающей, в частности, из способа ее избрания) любое необдуманное решение представительной палаты (Национального собрания) [¹⁹²].

Вторую палату как несовместимый с демократическим равенством институт устранили лишь менее опасавшиеся злоупотреблений власти (по историческим причинам) страны с сильной социал-демократической направленностью: Дания (1954) и Швеция (1971) [¹⁹³]. Парадокс, что это произошло именно в монархиях.

191 Странники Палаты лордов, начиная с 30-х гг. XIX в., старались оправдать ее существование тем, что именно ее деятельность подтверждает принцип представительства, так как она выступает против предложений Палаты общин лишь в тех случаях, когда население также не желает настоящему их принятию, в иных же случаях предложения Палаты лордов направлены лишь на то, чтобы Палата общин еще раз обдумала свою позицию. Сегодня, когда лорды не имеют почти никакой власти, эта аргументация звучит, пожалуй, убедительнее, чем в XIX в.

192 Цит. по: *Bruce J. Studies in History and Jurisprudence*. Oxford University Press, 1901. P. 239.

193 К числу стран с однопалатными парламентами в Европе относятся также Финляндия, Греция, Португалия, Венгрия, Болгария, прибалтийские республики, Словения. Израиль (в силу социал-демократического влияния в момент основания) всегда имел однопалатный парламент, в Новой Зеландии вторая палата была упразднена в 1950 г. Хотя однопалатная система характерна, скорее, для небольших стран, в Китае также существует однопалатный парламент, тогда как в малонаселенных странах Карибского региона действует назначаемая вторая палата. В Норвегии и Исландии после выборов, проведенных в одном туре, выбранных представителей делят на две палаты. Посткоммунистическим странам с монолитной государственной структурой при формировании нового государственного устройства вопрос о конструкции парламента пришлось решать, не имея надежной опоры твердых принципов.

Конституционная легитимация второй палаты неоспорима сегодня и в нефедеральных государствах. Разделение парламента способствует уравниванию законодательной власти и так же, как, например, многократные чтения при принятии законов, может содействовать большей обдуманности парламентских речей.

Кроме того, двухпалатная система:

- предупреждает скороспелые решения. Палата лордов даже после реформы 1911 г. могла на два года затянуть принятие законов (за исключением финансовых);
- смягчает партийную власть. Две палаты парламента целесообразно формировать на основе различных избирательных систем [194], на различный срок, вследствие чего партийное господство одной палаты может уравниваться партийным превосходством другого типа [195], что, кстати, является наиболее распространенной целью двухпалатности и в федеративных системах;
- парламент хотя и состоит из представителей народа, в двухпалатной системе ни одна из палат не может утверждать, что именно она является носителем народного суверенитета.

Недостатки? Затянутость процедур, а иногда и разногласия, в зависимости от полномочий второй палаты, могут парализовать законодательный процесс.

Вопрос, следовательно, в том, как складываются отношения между двумя палатами. Они, естественно, могут меняться в зависимости от того, идет речь о федеральной системе или о дублировании законодательной функции, а также от избирательной легитимации обоих

органов. В федеративных системах у верхней палаты, как правило, равноправное положение только по вопросам, затрагивающим членов союза (например, германский Бундесрат). Что же касается американского Сената, учрежденного исключительно с конституционной целью уравнивания Палаты представителей, он полностью равноправен с другой палатой.

Если исходить из бельгийской модели парламента 1831 г. и нидерландской модели 1848 г. (за которыми всегда угадывается влияние английского примера), двухпалатные системы формально предполагают равенство палат обычно с той оговоркой, что проект государственного бюджета нужно представить в нижнюю палату.

В Третьей Французской республике обе палаты формально были равноправными с уточнением, что Сенат не может вносить изменений в бюджет, а может лишь или принять его, или отвергнуть. Соответственно в Четвертой республике орган, называемый теперь уже Советом республики, мог отвергнуть решение Национального собрания только по вопросам

194 Из наиболее распространенных избирательных методов следует отметить выборы собраниями электората различных территориальных единиц, а также выборы в избирательных округах, отличающихся от округов, создаваемых для выборов в нижнюю палату. Иногда изменяются и правила выборов сенаторов: более высокий возрастной порог для активного избирательного права или более продолжительный срок мандата сенаторов, что может быть дополнено частичной ротацией.

195 Ирландская конституция, создававшаяся в эпоху расцвета корпоративизма, обеспечивает, как ни одна другая конституция в мире, непосредственное проявление интересов социальных групп в составе Сената. Часть сенаторов назначает премьер-министр, подавляющее же большинство выбирается электоратским советом, состоящим из членов палаты представителей, представителей органов местного самоуправления и назначенных сенаторов.

конституционности законодательства. Де Голль же почти полностью сделал Сенат равноправным с целью уравновесить (слоमित) бесплодную власть Национального собрания. Полное равноправие характеризует по сей день обе палаты итальянского парламента. В тексте Конституции Нидерландов равноправие двух палат также остается почти полным, однако, согласно парламентской практике, первая палата, бывшей орган бывшей аристократии, занимается прежде всего законодательством и надзором над исполнительной властью и иногда отвергает принятый другой палатой законопроект; в таких случаях закон не принимается, так как не существует правового механизма разрешения противоречия. Поскольку состав правительства соответствует партийному составу второй палаты, от которого состав первой палаты несколько отличается, эта последняя менее зависима от правительства. Здесь, следовательно, может сохраняться первоначальная парламентская функция гласного контроля, который в других странах превратился почти в формальность вследствие современного господства партий. Поскольку в соответствии с Конституцией законодательная инициатива является прерогативой второй палаты, первая палата может осуществлять квазиконституционный контроль (вследствие чего в Нидерландах меньше нужды в пересмотре законов Конституционным судом).

157

4.4. ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕСС

4.4.1. Первичное правотворчество

Несмотря на то что первоначальный смысл слова латинского происхождения *parliamentum* имеет общий корень с латинским глаголом "говорить", в парламентах не только обмениваются мнениями, но и что-то делают. В одних системах формируют и контролируют правительство, обсуждают политические вопросы или пытаются управлять политикой, выбирают и назначают должностных лиц; в других — ничего этого не делают или делают по-иному. Однако для всех парламентов характерна одна общая черта: парламент принимает юридические нормы первостепенной важности, *исполняет законодательную функцию*.

В классических парламентских системах первичное правотворчество является прерогативой парламента. По новым конституционным вариантам, парламенту приходится иногда делиться этой функцией с другими органами. По вопросам, не упомянутым во французской Конституции 1958 г., первичное законодательство является прерогативой правительства. Даже среди особо перечисленных парламентских законодательных тем, касающихся, в первую очередь, фундаментальных прав, есть такие, в отношении которых парламент может определять только основные принципы.

Как правило, конституции ограничиваются констатацией того, что законодательство является правом парламента; кроме того, в тексте в большинстве случаев имеются указания на то, что законы распространяются на все государственные органы и на всех граждан [¹⁹⁶].
Поручение

196 В федеративных системах существуют достаточно подробные положения относительно того, какие решения может выносить федеральное законодательство и какие — законодательство субъектов федерации. Это правило представляется обыденным, ибо где федеральный закон действует, там он главенствующий. У федеральных законов есть характерный конституционный ценз, который заключается в том, что закон, для того чтобы он выполнял задачи федерации, должен быть нужным. По американской Конституции федеральное законодательство может регулировать только вопросы, предусмотренные в Конституции и только в той сфере, в которой они для обозначенной задачи необходимы и уместны. Согласно германскому Основному закону (абз. 2 ст. 72), в отдельных перечисленных в нем областях законодательство является исключительно задачей федерации, в других же законы принимаются как федерацией, так и землями. Эти последние

законодательства выборному (народно-представительному) органу имеет основополагающее значение с точки зрения демократии, ибо оно означает, что граждане, пусть даже косвенно, сами создают для себя закон.

С точки зрения конституционности законодательного процесса действительная, фактическая правотворческая способность парламента имеет (должна иметь) принципиальное значение. Регулирование или ограничение конституционных основных прав человека ряд конституций со времени французской революции относит к компетенции парламента, исходя из того, что больше всего возможностей нарушения прав человека находится в руках исполнительной власти [¹⁹⁷]. Иногда условием регулирования основных прав является квалифицированное большинство в законодательстве.

Однако парламентское право принимать законы само по себе мало что говорит о том, в какой мере парламент определяет содержание закона. С одной стороны, конституция может ограничить свободу законодателя в том, о чем и с каким содержанием он может принимать законы. С другой стороны, она может, в принципе, предписать регулирование данного вопроса в полном объеме посредством принимаемого парламентом закона. И, наконец, там, где ведется активное конституционное судопроизводство, все это будет подвергаться контролю со стороны конституционного суда.

Чаще всего законодательные полномочия парламента ограничивает необходимость обеспечения прав человека и основных гражданских свобод. Часть ограничений объясняется неотъемлемостью этих прав, однако идею конституционной законности XVIII столетия, оказавшую свое влияние на американскую Конституцию, можно толковать и таким образом: государство имеет право творить законы лишь в областях, о которых конституция дает ему недвусмысленные полномочия; все остальное относится к "царству свободы". Такое либеральное толкование наиболее четко прослеживается у Адама Смита, по мнению которого законодательство (государственная активность) обоснованно

лишь в минимальной сфере (соблюдение договоров и контрактов; государственные услуги, например, обеспечение путей сообщения и общественной безопасности, а также оборонные интересы). Тем не менее задачи и миссия социального государства шире этого круга. С учетом того, что общество не может обойтись без экономического регулирования и услуг государства, необходимость государственного регулирования имеется почти во всех областях; исключения составляют разве что конкретно названные в конституции основные права и конкретно запрещенные в ней сферы законодательства.

являются так называемыми сферами конкурирующей, законодательной компетенции, сюда относится почти все экономическое законодательство. В явно не упомянутых вопросах земли располагают исключительным законодательным нравом (так же, как и теоретически — американские штаты). По вопросам совместного ведения, опять же теоретически, у федерации есть только тогда законодательное право, когда это предусмотрено в конституции по определенным причинам, например, отношения между землями или экономическое единство. Конституционный суд ФРГ всегда вставал на ту точку зрения, согласно которой федеральное законодательство находится в надлежащем положении для того, чтобы выносить приговор о существовании необходимых условий. 197 О причинах этого и связанных с этим проблемах см. гл. 8 "Основные права и свободы человека". Следует заметить, что в толковании Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод Страсбургский суд в связи с правовыми источниками ограничений не пошел дальше того установления, что ограничение прав должно фиксироваться в доступном населению правовом источнике.

Если, конечно, всерьез принимать то, что человеческие права неприкосновенны и что государство имеет лишь столько прав, сколько граждане передали ему по общественному договору, законодательство отнюдь не было бы правомочно регулировать все эти вопросы (доктрина всеобщей воли Руссо и тут оказывается в противоречии с принципом ограниченности власти и подчиняет население законодателю, в руки которого перешла вся власть).

Свобода в современном мире, если только она не конкретизируется и не становится основным правом, означает, что государство может вмешиваться в сферу свободы лишь в тех случаях, когда это необходимо по какой-либо, разумно связанной с его функционированием причине, т.е. в этом смысле ограничение свободы не является произволом. Кроме того, законодательство должно учитывать гарантированную в конституции правотворческую компетенцию других государственных органов, особенно (в федеральных системах) правотворческую компетенцию субъектов федерации. Как мы уже убедились, в Соединенных Штатах федеральное законодательство должно быть необходимым и уместным для достижения указанных в Конституции целей. Однако, по американским воззрениям, контроль необходимости не имеет места там, где речь идет о "политических" вопросах.

Правительство тратит деньги налогоплательщиков на то, на что считает нужным. Близкая к конституционализму либеральная идея предпочитает нейтральность государства, т.е. полагает нежелательным, чтобы государство посредством своих решений относительно использования общественных средств поддерживало какие бы то ни было групповые или особые интересы. Это, однако, не входит в число критериев конституционной законности. Даже принцип свободы слова не ограничивает государство: американский Конгресс поддерживает такие публикации, которые оказываются в мимолетном фаворе у законодателей. Предоставление материальных субвенций для социальных или других мер правительство также ставит в зависимость от

160

публикации или непубликации различных мнений по своему усмотрению [¹⁹⁸].

В отношении общей свободы законодательства в Германии осуществляется практика, сходная с американской. Несмотря на указанные в Основном законе и характерные для правового государства ограничения, германский Конституционный суд в 1953 г. после некоторых колебаний занял позицию, согласно которой законодательство по своему усмотрению устанавливает необходимость регулирования, что не может быть предметом судебного пересмотра [¹⁹⁹]. Если контроль и существует, он касается не потребности и целей использования, а только равенства государственных субвенций. Венгерский Конституционный суд также отвергает пересмотр пригодности выбранных законодателем средств, поскольку это вопрос его усмотрения. Кроме соблюдения ограничений в области основных прав, судебный пересмотр может иметь место разве что в случае злоупотребления

198 Американский Верховный суд поддержал закон, который делает условием федеральных дотаций больницам неупоминание связанных с абортom возможностей. Критерий конституционной законности правового регулирования проблемы аборта в Германии и Венгрии, напротив, состоит в предупреждении беременной женщины относительно негативных последствий аборта. Это вытекает из соображений защиты прав плода во чреве матери. Таким образом запрещается использовать бюджетные средства на деятельность, нарушающую основные права человека (право на жизнь). Однако, когда германский Конституционный суд объявил антиконституционным финансирование аборта из средств социального страхования, он тем самым запретил использование бюджета на нарушение одного из основных прав. В конституционной системе ограничение свободы законодательства в защиту основных прав человека является общепринятой практикой.

199 2 BVerfGE. S. 213, 224.

дискреционным правом со стороны законодателя. Это ближе к требованию запрещения злоупотребления правом, сформулированным с оглядкой на французские управленческие решения, чем к проверке законности. Запрет произвола законодателя в данном случае, на основе принципов правового государства, может означать и весьма далеко идущий контроль за содержанием законов, как это можно наблюдать по вопросам налогообложения, что само по себе является парадоксом. В принципе, налогообложение могло бы быть наименее ограничиваемой сферой законодательства, которая к тому же строится на конституционно оправданном игнорировании прав собственности. Ведь налог представляет собой безвозмездное отчуждение собственности, причем законодатель не обязан даже называть цель взимания налога. Несмотря на это, один из основополагающих принципов парламентаризма гласит, что участие налогоплательщиков через своих представителей в парламенте уполномочивает последний на налогообложение как на безвозмездное изъятие собственности. Налогообложение и бюджетное использование налоговых

161

поступлений, в принципе, представляют собой лишь процессуально урегулированную государственную политику, для законодательства здесь должна бы быть полная свобода. Но и здесь действуют ограничения, происходящие из природы самого закона. По причине общего характера законов антиконституционным объявляют иногда такой налог (сбор, самообложение), который ложится лишь на ограниченную группу граждан, поскольку такой закон не является общим^[200]. По другой логике, отмена налога (самообложения) может основываться на нарушении равенства (дискриминации)^[201].

Все эти законодательные ограничения представляют собой исключения или последствия ограничения законодательной власти, происходящие из тезиса конституционной законности, гласящего, что любая власть должна быть ограниченной. Однако свободу законодательного регулирования судебный конституционный контроль может затрагивать лишь в ограниченной мере, что вполне понятно в свете его конституционной роли. В конце концов, конституционный суд не имеет законодательных полномочий. Если авторы конституции считают, что свободу законодательства нужно ограничить, они могут без церемоний, в категорической форме выразить это. Из принципиальных тезисов господства права и правового государства, как их сегодня понимают, не следует проверка необходимости и разумности. Любой сделанный в этом направлении шаг увеличивает опасность политизации судопроизводства; призвание судей состоит не в том, чтобы заниматься политикой, становиться на ту или иную партийно-политическую позицию (другое дело, насколько этого можно избежать).

Независимо от того, что формально конституции предоставляют право законодательства парламенту, определение содержания законов, как мы уже видели в связи с современным разделением власти, переходит в руки бюрократии, находящейся под надзором и влиянием исполнительной власти^[202]. Это может на "техническом" уровне подорвать самостоятельность законодательной функции и, следовательно,

200 Германский закон, учредивший самообложение в области жилищного строительства, был объявлен антиконституционным. Платить по нему должно было все население, а пользу извлекали бы лишь индивидуальные застройщики (67 BVerfGE. S. 256, 274— 280). Однако, если налогом облагается лишь одна данная группа, закон еще может быть конституционным как относящийся к сфере экономического законодательства и потому не подлежащий проверке с точки зрения необходимости.

201 55 BVerfGE. S. 274, 302-304; *Norwood v. Baker*. 172 U.S. 269 (1898).

202 В парламентских системах правительству принадлежит особое право законодательной инициативы. Оно не только может инициировать законопроекты, снимать и изменять их в соответствии с регламентом; процедура вотирования также определяется с учетом

равновесие ветвей власти, особенно в системах вестминстерского типа или при отсутствии своеобразной депутатской этики, характерной, например, для Германии. Парламент как законодатель осуществляет разве что контрольную функцию, вообще же выступает скорее в роли машины для голосования, действующей по партийной указке.

Одна из основных слабостей систем вестминстерского типа состоит в том, что правительство превращает парламент в источник своей собственной неограниченной и скрытой законодательной власти; общие *управомочивающие* законы играют здесь роль увядшего фигового листка. Именно поэтому, а также с точки зрения действительного равновесия ветвей власти, очень важно, насколько парламент способен быть решающим фактором законодательной деятельности.

Недовольство законодательным процессом было одним из факторов, подорвавших авторитет Веймарской и Четвертой Французской республик; с другой стороны, большую роль в падении этих конституционных систем сыграло то обстоятельство, что парламентское законодательство не сумело осуществить должный контроль над администрацией.

Мало что меняет в этом и разделение властей. Исполнительная власть имеет в большинстве случаев право законодательной инициативы в полупрезидентских системах и южноамериканских президентских системах. Даже в Соединенных Штатах Президент имеет возможность реализовать свои предложения, особенно если он и большинство Конгресса принадлежат к одной и той же партии. В США за период 1890—1942 гг. инициатива 20% из девяноста важнейших законов исходила от Президента, еще 30% — от Президента и Конгресса совместно.

Не только в США, где не пользуется уважением партийная дисциплина, но и в стремящихся к консенсусу парламентарных политических системах парламент способен влиять на содержание законов. В консенсуальных системах заручиться поддержкой оппозиции пытаются прежде всего, с переменным успехом, путем согласования в парламентских комитетах. Уступки парламенту в большей или меньшей степени изменяют законопроекты исполнительной власти. Для обеспечения консенсуса парламенты в начале законодательного процесса иногда назначают комитеты по изучению фактов, разработке предложений и формулировке принципов. В состав этих комитетов, в работе которых ключевую роль могут играть независимые от исполнительной власти эксперты, входят и представители оппозиции. Авторитет предложений (поправок) парламентских комитетов возрастает, если они представляются как точка зрения экспертов; заслушивания и экспертизы специалистов пользуются авторитетом. Например, авторитет экспертов германского парламента и для администрации делает приемлемым тот

факт, что парламент предстает в законодательном процессе как центральное действующее лицо [203].

4.4.2. Делегированное законодательство

правительственных предложений. Предложения правительства по ходатайству или иногда даже без согласия парламента пользуются правом первенства. На стороне правительства выступают чаще всего профессионализм и господствующие интересы.

203 В германском парламенте в представленном для обсуждения предложении правительства формулируется исход предшествующей борьбы в самой администрации. Министры стараются в комитетах восстановить хоть что-то из своих первоначальных предложений, за счет чего опять-таки возрастает роль комитетов в законодательном процессе.

Из передачи определенному органу законодательной функции следовало бы, что акты исполнительной власти не могут регулировать существенные (по содержанию) законодательные вопросы (включая также возможность предоставления должностному лицу, принадлежащему к исполнительной власти, в каждом конкретном случае оценивать ситуацию по своему усмотрению). Однако конституции зачастую обходят этот вопрос молчанием. Уже простое количество законодательных актов исполнительной власти дает представление о значении вопроса. В 1890 г. в Великобритании было издано всего 106 актов исполнительной власти. С тех пор расширился круг связанных с администрацией общественных отношений, и число издаваемых различными подразделениями исполнительной власти правовых актов ежегодно достигает многих тысяч, на многих тысячах страниц.

Данный процесс неизбежен в результате государственного вмешательства и расширения государственной службы, но из этого не следует, что исполнительная власть должна сама определять и основные направления регулирования. Если решения по существенным вопросам принимаются на уровне распоряжений и других нормативных актов исполнительной власти, это граничит с нарушением конституционной законности, поскольку такая практика лишает парламент законодательных полномочий, его конституционной задачи, и определение и выполнение государственных задач сосредоточивается в единственной ветви власти [204].

164

В связи с так называемым конфликтом Чако [205] американский Конгресс принял решение, на основании которого "Президент может запретить продажу оружия воюющим сторонам, если это будет способствовать миру; в этом случае продажа оружия будет незаконной за исключением того объема, который Президент предпишет в порядке исключения". Попросту говоря, Президент в интересах мира может запретить продажу оружия, но может в порядке исключения ради того же мира и снять запрет. Еще проще: в интересах мира Президент распоряжается продажей оружия по своему усмотрению [206].

Согласно позиции Верховного суда, если бы Президент на основании этого правомочия осуществлял законодательное право (право первичного законодателя), это противоречило бы Конституции. Здесь же ситуация иная, потому что законодательство посредством выражения "в интересах мира" наметило цель проводимой политики, а остальное уже относится к компетенции руководства внешней политикой, отнесенной в Конституции к ведению исполнительной власти. Действительно, законодатель определил принципиальное направление политики, потому что он мог бы высказаться относительно торговли оружием и в том смысле, что Президент должен регулировать экспорт оружия в соответствии с торговыми соображениями или соображениями безопасности страны. Поскольку, однако, на

204 В период чрезвычайного положения становится возможным объединение ветвей власти, а также ограничение исполнительной властью основных прав. Согласно тяжелой полуправде Карла Шмитта, суверенным является тот, кто может объявить чрезвычайное положение (*Schmitt C. Op. cit. P. 5*). Особенно это справедливо тогда, когда тот, кто провозглашает и кто представляет власть в период чрезвычайного положения — одно и то же лицо, когда исполнительная власть сама себе объявляет чрезвычайное положение. При чрезвычайном положении законодательные полномочия делегируются на основе конституции, но в странах, воспринимаящих конституционализм строго, как правило, чрезвычайные права осуществляет не единственный, а объединенный орган; для заранее решенного объявления или усиления чрезвычайного положения, а также степени и круга временно приостановленных гражданских прав необходимо еще и согласие органа, независимого от осуществляющего чрезвычайную власть. (См., например, германскую и венгерскую конституции.)

205 Территория площадью около 100 тыс. кв. миль в центре Южной Америки; находится под юрисдикцией Аргентины, Боливии и Парагвая.

206 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 304 (1936).

основании этого правомочия Президент мог поступать, как ему угодно, и маловероятно, чтобы его решения можно было оспаривать перед Судом как нецелесообразные, закон не содержит никаких директив или ограничений по существу. Данная норма представляет собой определение компетенции, а не направления, вследствие чего этот уполномочивающий закон в действительности является переадресовкой законодательной прерогативы Конгресса Президенту. Когда речь идет не о внешнеполитических вопросах [²⁰⁷], а о гарантированном конституционном праве, американский Верховный суд также подходит к делу строже: когда во время войны в

165

Корее Президент уполномочил министра торговли взять под государственный контроль бОльшую часть сталелитейных предприятий [²⁰⁸].

Этот пример показывает, что отсутствие предписаний в американской Конституции на случай чрезвычайного положения является одновременно преимуществом и недостатком. Преимуществом, поскольку всегда есть возможность судебного контроля, в том числе контроля в ситуации типа чрезвычайного положения; недостатком, поскольку, действительно, возможны чрезвычайные ситуации, когда необходимо прибегать к специальному регулированию. В вышеуказанном случае Президент ссылался на то, что театр военных действий корейской войны распространяется на Американский континент, обеспечивающий снабжение фронта оружием. Данный аргумент может стать опасным, ибо после этого уже только от Президента зависит оценка того, что связано с ведением войны и что нет. На этом основании он может ограничить, например, свободу слова или собраний. Именно это случилось в ходе Первой мировой войны во время вмешательства в российскую гражданскую войну. Тогда такое распространение "осуществили" прокуратура и суд. Это, поскольку речь шла о собственности, было квалифицировано как антиконституционное изъятие части законодательной компетенции Конгресса.

Если исполнительная власть посредством партийного господства и партийной дисциплины контролирует решения парламента, она легко может добиться таких законных распоряжений, которые практически полностью развязывают ей руки и притом освобождают от формальной ответственности за принятые нормы, поскольку она, как это свойственно английским законам, регулирует процессы по своему свободному усмотрению на основе уполномочивающих норм. Не несет ответственности и законодатель: он ссылается на то, что дал исполнительной власти конституционные правомочия для надлежащего урегулирования вопроса. Кстати, парадокс: такая самостоятельность исполнительной власти усиливает законодательную власть не только находящегося под партийным влиянием правительства, но и государственной бюрократии, отчасти противостоящей партийному господству или представляющей иные потребности и интересы, что может стать своеобразным противовесом, правда, не на основе конституционных положений.

207 В некоторых европейских странах наблюдается стремление держать под парламентским контролем и внешнюю политику, хотя в известных пределах она всюду относится к ведению исполнительной власти. Необходимость в контроле особенно сильна, когда внешняя политика касается вооруженных сил. Парламентские дебаты по этим вопросам часто служат формированию консенсуса между партиями. В качестве последнего примера приведем решение германского Конституционного суда о том, что для командирования вооруженных сил за границу с миссией сохранения мира нужно решение Бундестага. Это решение не имеет иод собой никакой почвы в тексте Основного закона, но представляет собой золотую середину между позициями правительственной партии и оппозиции.

208 Рабочие сталелитейных предприятий грозили забастовкой, что, по мнению Президента, поставило бы иод угрозу успех военных действий; введение правительственного контроля обеспечивало возможность запретить забастовки, что было бы невозможно на частных предприятиях. (Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer. 343 U.S. 579 (1952).)

Что можно возразить на это с чисто формальной точки зрения, на основе позиции правового государства? Если парламент препоручает исполнительной власти определение содержания законов, это хотя и нарушает принцип (всегда неясно сформулированный), касающийся его собственных конституционных задач, но следует из принципа верховенства и неограниченности полномочий парламента. Разделение властей само по себе не дает ответа на вопрос о возможности делегирования законодательных функций. Согласно американской Конституции Президент может издавать административные акты для обеспечения надлежащего выполнения законов, кроме того, он наделен и правом первичного законодательства для выполнения своих конституционных задач. Президент и определенные органы исполнительной власти могут издавать правовые нормы и по прямому требованию законов. Например, различные законы по охране окружающей среды систематически дают администратору (главе) американского Управления по защите природы и окружающей среды указания издавать постановления, необходимые для достижения намеченных в законах целей, и обеспечивать осуществление этих целей (например, издать такие акты, в результате которых в течение пяти лет будут созданы условия для возвращения рыбы в реки).

Президентские указы вследствие действия принципа разделения властей нельзя подвергнуть контролю со стороны Конгресса [209]. Задача контроля ложится на суды в том случае, если третьи лица возбуждают судебное дело в связи с незаконностью или упущением административных актов.

Насколько всерьез принимаются ограничения, находящиеся в связи с делегированием власти, зависит от конституционных условий и связанных с исполнительной властью опасений, а также от собственных оценок и силы исполнительной власти.

За отсутствием однозначно противоположного конституционного предписания трудно оспаривать право парламента поручить, если он считает это нужным, выполнение своих задач другому органу, уполномоченному Конституцией на принятие нормативных актов. При

делегировании законодательства парламента может перед судом конституционализма привести в свое оправдание и то, что у него имеются средства контроля исполнительной власти, и если административные акты будут противоречить конституции, он всегда может принять вместо них корректирующие законы. Нельзя ждать чудес и от судебного пересмотра административных актов. Судья возьмется за невыполнимую задачу, если вознамерится ограничить основанную на законе свободу исполнительной власти принимать нормативные акты, ибо в его распоряжении нет материальных средств для законного и конституционного решения вопроса в соответствии со своей точкой зрения.

Экстремальный случай уполномочивания или делегированного законодательства представляет собой, очевидно, германский закон 1933 г., технически сделавший власть Гитлера неограниченной в результате следующей формулировки: "На основе процедуры, отличной от указанной в имперской Конституции, законы может принимать и имперское

209 Американский законодатель предпринял, тем не менее, ряд своеобразных попыток держать иод контролем исполнительную власть и законодательный процесс. В частности. Конгресс стремится создавать такие ответственные перед ним, Конгрессом, а не перед Президентом, нормоустанавливающие органы, как, например, Федеральная комиссия по коммуникациям. Парадокс, что именно на родине разделения властей такие органы являются одновременно административными, судебными и законодательными. Действенным средством контроля является и то, что законы нужно обновлять, т.е. содержащиеся в них правомочия ограничены во времени..

правительство". Здесь, следовательно, речь идет не только о том, что закон предоставил в распоряжение исполнительной власти незаполненный вексель, но и о том, что этот вексель он возвел в неограниченное платежное средство, ибо допустил и изменение законов административными актами. Управомочивающий на нормотворчество и предназначенный демократической Веймарской конституцией для преодоления кризиса (и в этом качестве оправдавший себя) закон стал кинжалом, которым демократии был нанесен смертельный удар.

Право "развитого социализма" было несколько целомудреннее, ибо это ставящее под сомнение действительность закона право административного нормотворчества оно вручило специальному органу парламента — в Венгрии, например, он назывался Президентским Советом (Президиумом). После такого уполномочивания у парламента не оставалось никакой надзорной функции. Но он мог — если еще заседал — отозвать делегированные полномочия, приняв соответствующий закон, чего в нацистской Германии и быть не могло, а для парламента социалистических стран, хотя и собиравшихся аккуратно на сессии через определенные промежутки времени, было немыслимо.

Радикальным средством разрешения кризиса, проистекающего из делегирования власти, было бы возвращение, после восстановления правового государства, к классическому решению Руссо и отказ от всякого рода первичного правотворчества со стороны административных органов, поручение исполнительной власти только разработки деталей выполнения законов. Это тоже не чудодейственное средство, ибо где граница между "детальями" и делегированием? Урегулировать все технические подробности в законе просто физически невозможно, а если парламента и способен на это, т.е. если он одобрит обобщенные в

168

единственном документе административные решения, для постоянного применения такого акта и в этом случае нет никакой возможности. Если, например, парламента должен регулировать все государственные цены, то никакого регулирования цен не будет никогда.

Немцы попытались предотвратить повторение трагической веймарской ошибки путем строгих конституционных предписаний относительно ограничения делегирования законодательства (абз. 1 ст. 80 Основного закона ФРГ). Обязательные для всех органов и граждан распоряжения могут издаваться только с содержанием, целью и в объеме, определенными в законе ^[210]. И хотя старый правовой принцип гласит, что располагающий делегированной властью орган не может делегировать ее следующему органу, согласно германскому Основному закону, закон может дать на это особое правомочие.

Предписания французской Конституции обеспечивают возможность уполномочивания на правотворчество в течение определенного времени. Наряду с ограничением во времени, действительность принятых в рамках делегированной компетенции норм можно поставить в зависимость от представления их в парламенте или от прямого утверждения их парламентом задним числом. Французская Конституция ставит условием делегирования принятую правительственную программу. В германской практике также наблюдаются элементы, свидетельствующие о достаточности того, когда закон определяет известную программу для издания административных актов. В Великобритании целый ряд административных актов подлежит представлению в соответствующий парламентский комитет. После такого представления для действенного контроля не остается возможностей (за неимением средств)

210 В итальянской Конституции это дополняется еще и ограничением во времени (ст. 76). В случае, если бы правительство в силу чрезвычайных обстоятельств приняло распоряжение без надлежащих полномочий, его немедленно нужно было бы представить в парламента; распоряжение теряет свою силу, если парламента не утвердит его в течение шестидесяти дней после опубликования (ст. 77).

и контроль административных актов при этом является сугубо формальным. Но тот факт, что то или иное распоряжение администрации может оказаться в руках депутатов и повлечь за собой неприятные моменты, могущие в конечном счете привести к постановке вопроса об ответственности министра, играет благотворную роль.

Конституционный суд Германии рассматривает ограничение делегирования как средство разделения ветвей власти при системе сдержек и противовесов. Ограничение делегирования в системе сдержек и противовесов может оказаться важнее, чем в системе с разделением властей, при которой эти ветви меньше переплетены, а следовательно, и

169

возможность для исполнительной власти получить полномочия законодательной, тоже меньше. Точнее говоря, отсутствие нормы в системе разграничения власти более опасно, ибо если такой нормы нет, то:

- законодатель может обойти свои конституционные задачи;
- исполнительная власть может занять место законодательной власти, не неся при этом ответственности за свои решения;
- право теряет предсказуемость.

При наличии делегированного законодательства к выбору основных ценностей и принятию важнейших общественно-политических решений будут способны не только народно-представительные органы, хотя наибольшую ответственность перед народной волей все равно несет парламент. Осуществляемое исполнительной властью неконтролируемое правотворчество нарушает принцип демократии [211].

Относительно обязанностей и санкций, непосредственно касающихся граждан, необходимо однозначно определить условия делегирования и в самом акте о делегировании указать круг субъектов, на которые распространяются полномочия органа более низкого уровня [212]. Все

211 См. дело о Калькаре (49 BVerfGE 89 (1978). S. 126).

212 Если, например, неясно, на кого распространяется действие делегированного полномочия, германский Конституционный суд отменит закон как противоречащий конституции. В отношении налога на "вертикально интегрированные предприятия" закон первоначально уполномочил исполнительную власть применять известную компенсацию для тех, кого это невыгодно затрагивало. Точка зрения Суда была такова: отсутствие дефиниции столь важного понятия ("вертикально интегрированное предприятие") несовместимо со статусом правового государства. В Германии, однако, не существует требования принимать делегирующие законы с максимально возможной спецификацией. Потребность в определенности приводит нас к вопросу установления наказания в административных актах. Существует общее для правовых государств требование, согласно которому ограничение гражданских прав может быть установлено только законом. По германской концепции это означает, что и соответствующие предписания закона об уголовной ответственности может выполнить только закон [78 BVerfGE 374 (1988)]. За действие, нарушающее порядок ведения хозяйства, лишение свободы или любая другая уголовно-правовая санкция полагаются лишь в том случае, если действием нарушается сам закон. Если, следовательно, подделка векселя нарушает предписания касающегося векселей административного акта, за это действие нельзя наказывать как за подделку векселя. Однако наказание за нарушение правил дорожного движения, заключающееся в превышении скорости, денежным штрафом не вызывает возражений, хотя диапазон скорости определяется на основании уполномочивающего закона административным актом. С точки зрения источника права это решение безупречно, поскольку речь не идет об ограничении гражданских свобод. (Заботы начнутся тогда, когда правонарушитель предпочтет денежному штрафу тюрьму...) Американцы более лаконичны в отношении определения наказания в законе. Верховный суд счел конституционным положение, согласно которому решение о вынесении наказания и о его соразмерности принимает созданная Конгрессом комиссия. (*Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361

это следует и из того, что ограничение основных прав возможно только в законе и что во всяком регулировании основных прав таится опасность их ограничения.

Требованию определенности, естественно, могут ставить предел соображения разумности и практичности. Обычной является такая форма делегирования, в которой исполнительной власти дается поручение осуществить данную цель способом, возможным на основании науки, профессиональной практики. Эти общие положения оказались применимыми несмотря на то, что задача закона состоит в защите основного права. В связи с делом об атомной электростанции Калькар германский Конституционный суд установил, что там, "где речь идет об осуществлении основных прав, все существенные решения должны приниматься в форме закона" ^[213], но определение того, когда это требование нужно считать выполненным, законодатель в соответствии с конституцией предоставил исполнительным органам.

Сторонники действенной администрации энергично протестуют — именно в соответствии с логикой дела о Калькаре — против столь строгого контроля законодателя над исполнительной властью. В Соединенных Штатах вплоть до "Нового курса" делегирование регулировалось строгими правилами. После 1935 г. законодательство смягчило ограничения делегирования для обеспечения исполнительной власти возможности справиться с кризисом ^[214].

Верховный суд после первоначального сопротивления пришел к выводу о приемлемости уполномочивания исполнительной власти в общей форме, например, когда уполномочивающий закон определяет только цели, предоставляя исполнительной власти определить в своих административных актах средства для их достижения и тем самым необходимые обязательства. Антиконституционно одним росчерком пера делегировать законодательную власть, но конституционно следующее решение законного делегирования: "Администрация должна определить стандарты, которые гарантируют, что здоровью

сотрудников, систематически подвергающихся воздействию опасных материалов, не будет причинен вред" ^[215].

Стандарты охраны здоровья и труда представляют собой "предписание таких условий или методов, которые разумно необходимы или пригодны для обеспечения здорового и надежного применения и рабочего места".

(1989). Это весьма спорная позиция. Во всяком случае, соответствующий закон в основных чертах определяет категории наказания и оценку характерных признаков его нарушителей.

213 49 BVcrfGE 89, 127 (1978). В этом случае закон провозгласил, что для предупреждения связанных с эксплуатацией АЭС "опасностей необходимо принять превентивные меры, возможные на уровне научных знаний и технологии". Необходимые с точки зрения науки меры — "неопределенное юридическое понятие", однако его применение соответствует принципу конституционализма, поскольку необходимо обеспечить возможность приспособления к научным и техническим изменениям, учет правовой и профессиональной практики.

214 В отличие от этого, классическое европейское решение состоит в том, что в кризисной ситуации имеется возможность специального делегирования, более того, действует проистекающее из конституции право указного законодательства. Для этого, однако, необходимо формально объявить о наличии кризисной ситуации; Парламент имеет право объявить о ликвидации такой ситуации.

215 *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*. 448 U.S. 607 (1979).

По особому мнению судьи Пауэлла, закон нарушает принцип неделегируемости, потому что оставляет на усмотрение исполнительной власти выбор правовой политики, а также потому, что не дает четкого принципиального направления, вследствие чего суд, призванный контролировать делегированную законодательную власть, не имеет критериев для контроля за решениями должностного лица или государственного органа по собственному усмотрению.

Такие формулировки дают большую свободу административному правотворчеству в виде актов, обеспечивающих, по ее мнению, охрану труда, хотя направление регулирования ясное: оно требует некоей строгой защиты с учетом имеющейся научной информации.

Делегирование даже в вышеуказанном случае не является столь полным и открытым, как это кажется. Дело в том, что принцип проведения надлежащей процедуры, закрепленный в американской Конституции, если и не по содержанию, то процессуально ограничивает возможность делегированного правотворчества, которое не может осуществляться произвольно, даже в том случае, если в законе нет прямых запретов на этот счет. В издании административных актов должна быть обеспечена возможность участия заинтересованных лиц, администрация должна доказать, что ее акт соответствует предписаниям закона [216].

Бросается в глаза противоречие между германским и американским методами ограничения делегирования. В системе разделенной власти исполнительная власть имеет собственную, первичную легитимацию, поскольку президент избирается практически непосредственно, и конституция налагает на него первичный круг задач. Именно поэтому делегирование полномочий происходит реже. Что же касается систем, основанных на разграничивающем переплетении полномочий, в них делегирование не имеет ни конституционной основы, ни препятствий, однако посредством делегирования парламент, по существу,

172

уклоняется от выполнения своей первоочередной конституционной задачи. В силу природы судов государств континентальной Европы склонность к делегированию не могут уравновесить и заимствованные у американской судебной практики элементы пересмотра.

В посткоммунистических конституционных системах иногда открыто требуют институционализации почти неограниченного делегирования. В политическом смысле это аргументируется необходимостью немедленной реакции государства для преобразования экономики и преодоления хозяйственных трудностей, а такой немедленной реакции можно ожидать только от правительства. (Этот ход мыслей — президентское решение хозяйственных неполадок — был и исходной точкой роковой ошибки Веймарской республики.) Экономические преобразования в Польше и России пытались осуществить посредством институционализации президентских указов. В 1992 г. эстонский Президент подал в отставку, когда ему было в этом отказано. Следует, конечно, задуматься над тем, существуют ли такие формы временного делегирования, которые могут сочетать быструю и действенную реакцию с парламентским участием или, по крайней мере, каким-то последующим парламентским контролем [217], но, в принципе, в этих системах особенно важно энергичное, обязательно конституционное ограничение делегирования, так как:

216 В приведенном случае тот, кто издает указ, должен доказать, что он действительно учел всю доступную информацию в ходе разработки нормы охраны труда. Американские суды, в отличие от британских, весьма далеко продвинулись в обеспечении контроля решений администрации. Не пересматривая оценку фактов, они требуют, однако, доказательства того, что учтены все соответствующие мнения и факты.

217 См. гл. 7.

- коммунистическая правовая традиция заведомо направляет ход дел в русло делегирования, к тому же отсутствует принципиальное определение направления законодательной политики (опять-таки по традиции);
- исполнительная власть уже в силу конституционного устройства слишком сильна (по сравнению с парламентом), что усугубляется партийной системой;
- суды не берут на себя контроль над административным правотворчеством, отсутствует непосредственный, проистекающий из конституции "общественный" контроль делегированного правотворчества, т.е. контроль посредством участия, который, конечно, можно было бы узаконить, однако, по всей вероятности, и это послужило бы лишь усилению корпоративных влияний.

Норма, исключая делегирование в сфере обеспечения основных прав, неспособна противостоять всем этим опасностям [218].

173

Глава 5

ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ

5.1. Обвораживающее воздействие эффективности. 5.2. Кто или что считается главой исполнительной власти? 5.3. Прерогативы исполнительной власти. 5.4. Миф об ответственности. 5.5. Внутренняя структура исполнительной власти.

Наступит и тирания исполнительной власти

Томас Джефферсон

5.1. ОБВОРАЖИВАЮЩЕЕ ВОЗДЕЙСТВИЕ ЭФФЕКТИВНОСТИ

Термин "исполнительная власть" весьма обманчив. Он создает впечатление, будто исполнительная власть является всего-навсего простым инструментом некоей высшей и единой власти. В американской системе разделения власти каждая ее ветвь теоретически наделена в сфере своей юрисдикции исключительными правами. В парламентских системах законодательная и исполнительная власти сосуществуют одна с другой в самых причудливых переплетениях, включая и такие тревожные ситуации, когда "хвост машет собакой", т.е. когда правительство диктует парламенту; или когда даже и собаки нет, один лишь хвост: правительство уже не спрашивает парламент, какую политику ему следует проводить.

Анализируя отношения между ветвями власти, можно обнаружить, что в современных конституционных системах глава или, по крайней мере, отдельные руководители исполнительной власти находятся в определенной зависимости от законодателя. Эта зависимость может проистекать всего лишь из того, что исполнительная власть также обязана соблюдать и проводить в жизнь законы. Бюджет тоже ограничивает действия исполнительной власти. Наконец, в случае нарушения конституции привлечение к уголовной ответственности также осуществляет законодательный орган, парламент, который, как минимум, инициирует импичмент должностных лиц. Но кто и до каких пор будет оставаться главой исполнительной власти, это уже в любом случае законодателем не определяется.

218 Венгерский Конституционный суд уже провел различие между регулированием первичных и существенных вопросов, связанных с обеспечением основных гражданских прав, и "вторичным" регулированием. Вопрос лишь в том, возможно ли в последнем случае принятие административных актов.

Трудности возникают уже при определении самого понятия исполнительной власти. Какие институты относятся к исполнительной

174

власти? Конституционное право обычно регулирует деятельность главы исполнительной власти, что может ввести в заблуждение. Создается впечатление, будто исполнительная власть представляет собой некую закрытую коробку, внутри которой ее глава делает все, что ему вздумается. Конституции в большинстве случаев говорят об органах, связанных с законодательством, исходя из того, что законодатель в каждом случае укажет исполнительной власти, что ей делать и какой орган должен осуществлять или конкретизировать предписания закона. Все остальное является внутренним делом исполнительной власти, границы которой устанавливает только конституция, определяющая критерии законности и способы реализации основных прав человека. В прочих делах теоретически появляется беспредельная иерархия и организационная свобода. Исключения, однако, очень важны и заставляют задуматься. Так, германский Основной закон (за некоторыми исключениями) запрещает федеральной исполнительной власти быть административной властью (это относится к компетенции земель). В других странах (в Англии XIX в.) организацию исполнительной власти ограничивают права и привилегии органов местного самоуправления.

Важная роль исполнительной власти в обществе как института определяется ее монопольным правом на применение силы и тем, что в ее структуру входят организации, контролирующие материальные ресурсы. Вопрос всегда состоит в том, насколько свободно исполнительная власть распоряжается этими ресурсами и может ли глава исполнительной власти осуществить изъятие этих ресурсов, при каких условиях глава исполнительной власти осуществляет руководство и контроль за этой ветвью власти в целом?

Конституционализм требует, чтобы принципы конституции осуществлялись и во внутренних взаимоотношениях исполнительной власти, особенно если они касаются ее контролируемости, обязательными условиями чего являются гласность, ограничение секретности, возможность судебного обжалования решений и обязанность государства возмещать убытки. Господство права должно распространяться на функционирование и внутренние связи исполнительной власти, последняя должна действовать в правовом поле. Именно поэтому столь важной была ответственность министров при создании конституционных систем — короля ведь нельзя привлечь к ответственности даже в случае нарушения им закона. Насколько действительно соблюдается законность в такой организационной системе, которой руководят или на которую влияют целесообразность или государственные интересы, это другой вопрос.

Исполнительную власть по традиции характеризовало отсутствие демократического принятия решения: в системе организаций,

175

управляемой исполнительной властью (государственная администрация), действовала иерархия, существовали отношения руководства и подчинения, отношения субординации. Поэтому было достаточно иметь дело с главой исполнительной власти; в дальнейшем в рамках закона он мог неограниченно диктовать свою волю администрации. Органы, находящиеся у него в подчинении, уже не претендуют на демократическую легитимацию. Глава исполнительной власти располагает правом назначать и взыскивать и оказывает влияние на принятие решений (опять-таки в рамках закона, при соблюдении запрета на

лишение полномочий [219], и претендует на обслуживание политического курса (при уважении нейтральности, лояльности государственной администрации [220]). Следовательно, такая структура исполнительной власти, в отличие от парламента, разве что на самом высоком уровне соединяется с опосредованной или непосредственной демократической легитимацией.

Исполнительную власть не принято, да и невозможно организовывать демократическим путем, на основе принципа принятия решений большинством голосов, поскольку дискуссии ставят под угрозу эффективность управления. Если различные ветви власти действуют на основе различных принципов, это еще один функциональный аргумент в пользу разделения властей, которым пользовался уже Монтескье. Коллективные административные решения, практиковавшиеся во время французской и русской революций (например, коллегии министерств), вели к парализации деятельности административных органов. Подобная практика объясняется, главным образом, страхом партийных вождей перед возможностью утратить свое господствующее положение. Единоличные неконтролируемые решения в отдельных административных органах могли бы дать руководителю низшего ранга (например, министру) бесконтрольные полномочия, которые можно было бы использовать против единоличной власти верховного вождя.

176

5.2. КТО ИЛИ ЧТО СЧИТАЕТСЯ ГЛАВОЙ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ?

5.2.1. Короли и президенты

При рассмотрении вопроса об исполнительной власти конституции сосредотачивают внимание на главе исполнительной власти и его отношениях с законодательными органами.

В конституционных монархиях само собой разумеется, что исполнительную власть воплощает в себе монарх; монархия является конституционной прежде всего потому, что ее правящие министры ответственны за распоряжения короля (т.е. эти распоряжения без министерской контрассигнации не имеют силы). Монарх часто созывал министров на совместные совещания, но власть кабинета окрепла лишь в результате длительного развития. В Америке место короля занял Президент республики, избираемый на короткий срок; в США нет правительства как коллективного органа. Во главе отдельных министерств (департаментов) стоят руководители (секретари или управляющие), назначаемые Президентом, которые в любой момент могут быть отстранены и которые самостоятельно руководят департаментами на основе доверия Президента (в среднем в течение двух лет, что меньше срока пребывания на посту европейского министра).

Европа развивалась другим путем. Ко времени окончательного формирования республиканского государственного устройства упрочилось и верховенство парламента по отношению к монарху. Следовательно, когда в той или иной стране совершался переход к республике, замещать уже нужно было ослабленного монарха. Поэтому компетенция Президента, избранного парламентом Третьей Французской республики (1875), вопреки желаниям монархистов, значительно ограничена. Исполнительной властью руководил контролируемый парламентом премьер-министр и его министры. К этому же постепенно

219 В действующей венгерской Конституции в лучших традициях авторитаризма без изменений сохранены положения коммунистической Конституции 1949 г., в частности право правительства лишать подчиненные органы тех или иных полномочий. Данная норма противоречит принципам правового государства и подлежит отмене.

220 В Конституции Венгрии нет правил, гарантирующих нейтральность государственной администрации.

пришли и парламентские монархии (Великобритания, Бельгия, Нидерланды, Скандинавские королевства).

Там же, где перед провозглашением республики монархии были сравнительно сильны, дело оказалось сложнее. После краха германской империи в 1918 г. многие предлагали президентскую систему американского типа, а Макс Вебер настаивал на прямых выборах президента, который без министерской контрассигнации имел бы право апеллировать к народу при разногласиях с парламентом, объявлять референдум и распускать парламент и который мог быть отстранен от должности путем всенародного голосования, проведенного по инициативе 10% общего числа граждан. Хотя в текст Веймарской конституции не был

177

включен принцип независимой власти президента, избираемого прямым голосованием, его полномочия были сравнимы с властью кайзера [221].

Провиденциалистская президентская идея все еще ищет своих сторонников. Она проявилась в голлистской концепции президентства, воплотившейся в Пятой Французской республике, и оказала влияние на содержание ельцинской Конституции 1993 г. В Венгрии подобные идеи выдвинулись на передний план в период правления адмирала Хорти (1919—1944), а также в 1989 г., когда секретарь Коммунистической партии Имре Пожгаи пытался стать Президентом демократической Венгрии. Дискуссия 1989 г. велась на тему, какой должна быть власть президента: слабая, более сильная или крепкая. Основная ошибка такого подхода кроется даже не в его ребяческом формализме. Он учитывает лишь один элемент конституционного устройства и без внимания оставляет тот факт, что президентская власть поддается толкованию лишь в случае разделения властей, которое исключается требованиями сильной парламентской легитимации и разработкой конституции парламентом. "Средний" и "сильный" президент, брошенный в самую гущу парламентской системы без разделения властей, может нарушить внутреннюю структуру исполнительной власти и создать опасность возникновения параллельной исполнительной власти. Даже явно "слабый", венгерский Президент, полностью зависящий от парламента, который его избирает, оказался в конфронтации с правительством во всех своих возможных функциях (командование армией, внешнеполитические назначения, контроль конституционности законов). Конфликт лишь частично объясняется простым компромиссом, возникшим в связи с избранием Президента (Президент принадлежал к оппозиции) и неточностью текста Конституции, который, при отсутствии единства толкования, стал непригодным.

По другой концепции, в отношениях между непосредственно избираемым президентом и парламентом — органом народного представительства двойная легитимация в корне подрывает конституционализм. Двойственность дестабилизирует (как это было в России в 1993 г. или в 1917 г., в период "двоевластия", перед коммунистическим переворотом). Спаситель, опирающийся на народ, разрушает парламентский конституционализм. Но эта возможность появилась не у Макса Вебера, а у немецкого юриста, специалиста по международному праву Карла

178

221 Привлекательность Веймарской модели была подорвана тем, что она дала возможность Президенту Гинденбургу в условиях чрезвычайного положения распустить фатально расколотый и беспомощный Рейхстаг и руководить государством вместе с канцлером (премьер-министром), не имевшим поддержки парламента, что и привело к власти Гитлера.

Шмитта, строящего свою концепцию на рассуждениях Вебера [222]. Власть харизматического президента Шмитт направляет против бессильного парламента таким образом, что основывает ее не на конституции, а на его непосредственной связи с народом. По его мнению, выражающие единство народа выборы президента гораздо важнее, чем частые парламентские выборы, которые лишь воспроизводят расчлененность партийной бюрократии [223]. Президент как глава всей нации олицетворяет собой нейтральную власть и одновременно является политическим руководителем. Задача политического объединения народа перешла от парламента к президенту. Первоначально процесс, в ходе которого "независимые представители народа в свободном обмене мнениями приходили к согласию" и "преобразовывали партийные интересы в надпартийную волю", происходил в парламенте. Но парламент превратился в арену плюралистического дележа власти между организованными общественными группами. Президент охраняет конституцию от партикулярного эгоизма партий: он "защитник", но не в соответствии с правовыми предписаниями Веймарской конституции, а в духе "конституционного единства и тотальности немецкого народа" [224]. Это не вмещается в понятие конституционализма. Ибо если президент защищает и воплощает некий "абсолют" и тотальность народа, если он может обрести самостоятельную, прочную власть, если он сам будет единой властью, о конституционализме как отрицании тоталитаризма говорить нельзя.

"Конституционализм", отождествляемый с единоличной властью, представляет настоящую опасность и, как все простые решения [225], завораживает своей привлекательностью. По системе де Голля президент обладает большей властью, чем по системе Вебера, так как часть законодательных полномочий парламента переходит к правительству, да и само Национальное собрание генерал поставил под контроль Конституционного совета, находящегося под его личным влиянием, к тому же он не преминул воспользоваться всенародным голосованием вопреки Конституции. Дойдя до крайнего предела конституционализма, он все же не преступил его, осуществляя народный суверенитет (как этого желал Вебер от народно-харизматического президента). Утратив власть над избирателями, в 1971 г. де Голль ушел в отставку (как делал это уже в 1946 г.). Его преемники не экспериментировали с

179

харизматической властью, а управляли страной с помощью более традиционных парламентских форм. Этому способствовало укрепление партийной дисциплины в парламенте, в результате чего не было необходимости, да, вероятно, и возможности апеллировать к народу, возражая против парламентской анархии. Постоянное соотношение сил в парламенте сравнительно верно и — в форме, демонстрирующей способность управлять, — отражало соотношение сил среди населения. Несмотря на все это, двойственность исполнительной власти сохранилась, по крайней мере в пределах, позволявших Президенту вмешиваться в некоторые направления деятельности исполнительной власти и претендовать в ней на роль лидера. Во французской системе, по существу, у одной и той же исполнительной организации может быть два лидера, имеющих самостоятельную легитимацию: внешней политикой пытается управлять непосредственно избранный Президент и Правительство, действующее на основе доверия парламента [226]. В

222 Поскольку Шмитт стал в 1933 г. нацистом, не внося основательных изменений в свою теорию, надо полагать, что она соответствует практике тоталитаризма.

223 *Schmitt C. Verfassungslehre. München, 1928. S. 350.*

224 *Schmitt C. Der Huter der Verfassung. Tübingen, 1931. S. 89 и 159.*

225 "Лживая, но ясная и определенная идея всегда сильнее действует на мир, чем истинная, по сложная" (*Tocqueville A. de. Op. cit. P. 172*).

226 На основании поправки 1992 г. к польской Конституции 1989 г. министры обороны и иностранных дел должны пользоваться особым доверием Президента, поскольку в этих областях у

принципе, однако, задачи исполнительной власти можно разграничить и таким образом, чтобы задачи президента (или монарха) и правительства разграничивались. К личному ведению президента как непосредственно избираемого главы государства относятся некоторые исполнительные функции, особенно такие, которые считаются общенациональными и стоящими выше партийной политики. Другие задачи (отчасти совпадающие или параллельные) относятся к компетенции правительства. Правительству в целом или его членам дает поручения глава государства, однако в соответствии с принципами парламентаризма они не могут оставаться в должности без доверия парламента. В конституционной монархии по классической формуле принцип доверия не играл никакой роли: министры осуществляли право контрагнации как выбранные монархом слуги и советники и поэтому несли ответственность (уголовную) перед парламентом. Иной связи между ними не было.

Если, принимая во внимание вышесказанное, рассматривать фактический правовой статус президента и его отношения с исполнительной властью, прежде всего бросается в глаза, что его фактическую роль определяет, помимо текста конституции, персональные качества государственного деятеля, личная харизма. Там, где разработка и принятие конституции направляются исторически мотивированным страхом перед харизмой, президент будет оставаться оратором для произнесения торжественных речей, как в ФРГ или в Венгрии. Его избирает парламент, отводя ему роль лишь в чрезвычайных ситуациях.

180

После падения фашизма эти идеи реализовывались повсюду и ими, в принципе, следовало бы руководствоваться и в посттоталитарных системах. Но часть конституций после 1989 г., например, появилась в период тяжелого кризиса, имевшего потребность в диктаторе, или же возникла благодаря личным амбициям коммунистических лидеров в их стремлении к конституционному "обновлению". С самого начала перестройки дело выглядело так, что привилегия власти коммунистической партии или ее генерального секретаря может существовать и в президентской системе. А поскольку свободно избранные после 1989 г. парламенты и сами страдали от своей разделенности, привлекательная сила президентской системы сохранилась, и антихаризматическая, враждебная личной власти тенденция, существовавшая после Второй мировой войны, не возобновилась в полной мере. Поэтому появились такие конституции, в которых определенная роль отводится всем ветвям власти одновременно. В то же время в большинстве бывших советских республик были приняты такие конституции, в которых усиливалась двойная исполнительная власть, прежде всего власть президента (Россия, Грузия, Белоруссия в 1996 г.). В Польше в 1989 г. коммунисты сформировали полномочия Президента в надежде по-новому осуществлять свою прежнюю власть (подобные же попытки наблюдались и в Венгрии). В Польше из-за разобщенности парламента уже демократизировавшаяся власть Президента сохранилась, предоставляя возможность харизматического эксперимента. Вероятно, из этой двойственности берут свое начало и такие кажущиеся случайными варианты, как болгарская Конституция, которая наделяет почти не имеющего власти Президента легитимацией непосредственного избрания сроком на пять лет. В действительности же эта высокая легитимация усиливает роль Президента по защите Конституции и потому отнюдь не становится излишней или дестабилизирующей. Тот, кто может говорить от имени народа, но не может действовать, не может разрушить систему сдержек и противовесов.

5.2.2. Правительства, главы правительств

него имеются особые задачи (ныне действует Конституция 1997 г., в которой данные нормы отсутствуют. — *Прим. ред.*).

Выше мы рассматривали изолированно функционирующую исполнительную власть с характерным единоличным руководством. В парламентских системах исполнительную власть возглавляет правительство, формально зависящее от парламента. Правительство в парламентских системах строится на своеобразной комбинации единоличного и коллективного руководства, хотя совсем не редко и чисто коллективное руководство. Речь идет не только о непосредственно исполнительных органах; в отдельных странах и само правительство считается

181

коллективным органом, в котором премьер-министр в лучшем случае является первым среди равных и в котором решения правительство принимает на основе большинства голосов или консенсуса, или же министры принимают решения самостоятельно и несут ответственность за свое ведомство. В отношениях между премьер-министром и правительством можно выделить следующие типичные схемы (фактическое решение проблем, практика варьируются в зависимости от конкретных моделей правительственной власти):

1. Парламент избирает премьер-министра, который, в свою очередь, выбирает и вводит министров в состав своего кабинета; их утверждает парламент (хотя назначение президентом могло бы означать представлять минимальный контроль). В Великобритании кабинет как таковой образует узкий круг лиц министерского ранга, назначенных по решению премьер-министра. Курс правительственной политики определяет премьер-министр. Министры, хотя и руководят своими ведомствами и несут за их деятельность ответственность, однако решение правительства является коллективным лишь формально: в нем реализуется воля премьер-министра. Если министры голосуют против него, он может заменить их новыми, голосующими соответствующим образом. Однако в формальном смысле решение премьер-министра не может заменить собой решение правительства, т.е. он не может, при отсутствии специально предоставленных для этого полномочий, издать постановление вместо правительства. При конфликте между министрами решение принимает правительство, но в этом случае решение может заменить позиция премьер-министра [227].

2. Премьер-министр — лишь первый среди равных. Всех членов правительства единым составом выбирает парламент. Относительно недоверия правительству существуют различные точки зрения — они могут касаться как всего правительства в целом, так и отдельных министров. Премьер-министр наделен особыми полномочиями прежде всего в подготовке заседаний правительства, но решения правительство принимает действительно как коллективный орган [228]. На этой стадии

182

премьер-министр не может давать указания министрам, в лучшем случае он может лишь следить за выполнением ими совместно принятых решений.

3. В 1792 г. Кондорсе, после крушения французской монархии, предложил непосредственное избрание гражданами национального исполнительного комитета из семи членов. Однако эта

227 Согласно германскому Основному закону (ст. 65) "Федеральный Канцлер определяет основные направления политики и несет за это ответственность. В пределах этих основных направлений каждый федеральный министр ведет дела своей отрасли самостоятельно под свою ответственность. В случае разногласий между федеральными министрами решение принимает федеральное Правительство. Дела федерального Правительства ведет федеральный Канцлер согласно регламенту, принятому федеральным Правительством и одобренному федеральным Президентом".

228 Болгарская Конституция строго предписывает, что кандидатом в премьер-министры может быть кандидат от крупнейшей парламентской фракции, который подбирает себе министров, после чего парламент вотирует доверие сформированному таким образом правительству.

модель предполагает разделение ветвей власти. Или все-таки нет? Швейцария (ст. 95 Конституции) сохранила французскую модель Директории. Во главе швейцарской Конфедерации стоит Федеральный совет из семи членов, выполняющий функции главы государства и правительства. Конституция определяет его как верховный исполнительный и руководящий орган Конфедерации. Членов директории избирает парламент, но Совет и его члены не ответственны перед парламентом, нет вопроса *о доверии* и об отзыве, хотя задача Совета — осуществление политики, желаемой парламентом. Члены Совета избираются индивидуально сроком на четыре года для выполнения определенного круга служебных обязанностей и могут быть избранными на следующий срок. С 1848 г. Совет функционирует постоянно, не прерываясь, так как мандаты его членов истекают в разные сроки [²²⁹].

4. В полупрезидентских системах главу правительства выдвигает или назначает президент; в то же время он имеет право назначать и освобождать от должности членов правительства по предложению премьер-министра. (Согласно французской практике, это последнее означает в крайнем случае президентское вето.) Парламент может вынести вотум недоверия правительству, но это обычно ведет к его роспуску. На заседаниях правительства может председательствовать президент.

183

5.3. ПРЕРОГАТИВЫ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ [²³⁰]

5.3.1. Прерогативы по сравнению с парламентскими

В либеральных конституциях прошлого столетия прорисовывалась необходимость сохранить многие королевские прерогативы; эти прерогативы постепенно перешли к исполнительному органу, правительству, узаконенному вотумом доверия парламента. Среди этих полномочий следует отметить право законодательной инициативы (чего нет в отдельных системах, основанных на разделении властей). Далее: для утверждения и провозглашения законов у исполнительной власти также были права, восходящие к королевской власти. Если мы задумаемся над тем, что для признания закона действительным необходима подпись короля и контрассигнатура его министра, то обнаружим в этом институте странное переплетение исключительного законодательного права парламента или конгресса: исполнительная власть может инициировать закон и в заключение еще и утверждает результат той деятельности, на реализацию которой уполномочен другой, отделившийся от нее орган власти.

229 Состав Федерального совета отражает региональные, политические и религиозные различия, поскольку ни одна парламентская партия не располагает таким большинством избирателей, чтобы обеспечить в Совете "свою" исполнительную власть. В Совете также осуществляется консенсуальный метод работы; председатель меняется ежегодно. Хотя процесс разработки венгерской Конституции не обещает особых нововведений, подтвержденных теоретически, следует решить: поскольку парламент избирает президента республики, не было бы целесообразным избрать Совет из трех членов, состав которого постоянно обновляется (мандат первого члена истекает спустя три года, а третьего — через девять лет). Правомочия такого политически примиренного Совета по сравнению с парламентом более легитимны, чем правомочия президента, избранного простым большинством и из-за повторных выборов находящегося в полной зависимости от своего мандата, по крайней мере, в последний год своего пребывания. Члены Совета, чередуясь ежегодно, выполняют репрезентативные задачи главы государства, принимая решения, по существу, большинством голосов, в отдельных случаях единогласно. В том случае, если парламент имеет вторую палату с ограниченной сферой действия, чье согласие необходимо для исключительного решения президента, этот коллективный глава государства важен в меньшей степени.

230 Правительство может упрочить свое положение, выступая в роли судьи с решающим голосом в споре между палатами в двухпалатной системе путем решения вопроса о судьбе вызвавших разногласия законопроектов. Это тревожное положение характерно для Франции, тогда как германская конституция исключает эту ситуацию с помощью посреднической комиссии.

Кроме того, представители исполнительной власти в типично парламентской системе всегда располагали конституционными прерогативами для участия в парламентских дебатах. Министры могут присутствовать и выступать на заседаниях парламента и его комиссий, а регламент обеспечивает им и право выступления вне очереди.

Современные конституции, опасаясь парламентской нестабильности и очарованные эффективностью правления, идут еще дальше этих традиционных привилегий (или практика правления помогла переосмыслить традиционные институты в духе действенности). Однако трудности роста правительственной исполнительной власти, осуществляющей правление, приводят к тому, что здесь приходится выполнять противоположные требования. С одной стороны, в парламентской системе для проведения парламентского контроля правительство должно зависеть от парламента, с другой стороны, возросшая важность государственной службы диктует правительству и тем самым государству быть действенным, для чего необходима самостоятельность и стабильность. А политическая ответственность и реализующий ее институт вотума недоверия, зачастую в соответствии с охотой парламентариев

184

за местами в парламенте, их личными или партийными интересами, может подорвать непрерывную работу по управлению [²³¹].

185

5.3.2. Усложнение процедуры вотума недоверия как средство защиты правительства

В парламентских системах существование правительства зависит от парламента. Эта зависимость в случае нестабильности парламента грозит исполнительной власти остаться без руководства, что, в свою очередь, может поставить под угрозу функционирование государства. Для усиления надежности правительства, а через него — и исполнительной власти предпринимались попытки, особенно после Второй мировой войны, затруднить злоупотребление вотумом недоверия. В германском Основном законе предусмотрено применение так называемого конструктивного недоверия. Для внесения на повестку дня голосования по вопросу о доверии нужна инициатива 10% депутатов, и Канцлер должен уйти в отставку лишь в том случае, если большинство депутатов не только вынесло ему вотум недоверия, но одновременно согласилось с кандидатурой нового Канцлера. Выбрать

231 В Третьей Французской республике в период 1875—1914 гг. работало 48 правительств, функционировавших в среднем по девять месяцев и двадцать два дня. Четвертая республика и здесь отстала: за 12 лет ей пришлось попытаться добиться успеха с 22 премьер-министрами, т.е. одно правительство приходилось в среднем на полгода, тогда как в Пятой республике они держатся в среднем по два с половиной года. Италия со времени принятия Конституции 1946 г. практически живет в условиях перманентного правительственного кризиса. В Венгрии в период монархии с 1867 по 1918 г. сменилось 20 премьер-министров, однако в это же время с 1875 по 1890 г. во главе правительств, несколько преобразованных в результате выборов, стоял Кальман Тиса. Примерно двухлетний средний правительственный срок заведомо свидетельствует о большей стабильности; система имеет сходные черты со стабильностью английского парламентаризма: смена премьер-министров очень часто происходила из-за того, что они не осуществляли политику своей партии. Характерно, что хотя Кальман Тиса и победил на выборах 1890 г., относительно большая потеря голосов окончательно подорвала его авторитет внутри Либеральной партии. Формально он подал в отставку из-за отказа короля подписать поправку к закону о сохранении гражданства Лайошу Кошуту, вождю революции 1848 г. Его преемник Сапари подал в отставку по той причине, что в отличие от руководства своей партии не одобрял обязательность гражданского брака. В подавляющем большинстве правительственные кризисы разрешались без новых выборов.

нового Канцлера в условиях многопартийной оппозиции труднее, чем забаллотировать прежнего Канцлера и формировать проведение новых выборов [²³²]. Как видно,

185

создатели германского Основного закона считали стабильность правительства особо важным фактором. Они даже обеспечили Канцлеру возможность отклонить требование, относящееся к голосованию по вопросу о вынесении вотума недоверия, чем он однажды и воспользовался (Людвиг Эрхардт в 1966 г.). В страхе перед нестабильностью правительства германский Основной закон провозгласил, что, если Бундестаг отвергнет связанный с вотумом доверия закон и не будет распущен, президент с согласия Бундесрата может объявить на шесть месяцев чрезвычайное положение в законодательстве, что означает: и не утвержденные Бундестагом правительственные законопроекты становятся законами, если за них проголосует Бундесрат [²³³].

Принцип конструктивного недоверия, введенный в Конституцию Венгрии поправкой 1990 г. с целью дисциплинирования партнеров по коалиции, в принципе поразительным образом ослабляет влияние парламента на правительство [²³⁴].

232 В Германии в 1972 г. была предпринята безуспешная, а в 1982 г. — успешная попытка внесения предложения о конструктивном вотуме недоверия. Для упрочения союза правящих партий Канцлер также может просить о голосовании по вопросу о доверии (как это сделал социал-демократический Канцлер Гельмут Шмидт в 1982 г., вынудив тем самым своих либеральных союзников, партию Свободных демократов, поддержать правительственную политику, направленную на сокращение безработицы). В порядке исключения голосование по вопросу о доверии применялось и для вынужденного проведения досрочных выборов. Если правительству вынесен вотум недоверия, но нового Канцлера нет, Президент может решить вопрос о роспуске Бундестага по своему усмотрению (см. гл. 4).

233 Этот вариант, окаймленный многочисленными оборонительными башнями ограничений, заменяет собой уже упомянутое предписание Веймарской конституции, которое в условиях чрезвычайного положения, объявленного при не выясненных до сих пор обстоятельствах, сделало возможным указное законодательство правительства, потерявшего доверие президента и парламента.

234 В венгерской Конституции имеются исключительно строгие, хотя и непоследовательные, предписания по стабилизации. Предложение по вопросу о недоверии должны подписать не менее 20% депутатов — в этом отношении венгерская Конституция защищает правительство с еще большим рвением, чем французская. В то же время в этой системе нет никаких препятствий, кроме дискредитации в глазах общественности, к использованию принципа недоверия в целях обструкции, т.е. предложение о вотуме недоверия могут вносить постоянно одни и те же депутаты. Ко всему прочему, голосование, последовавшее за сделанным таким образом предложением (т.е. предложение 20% депутатов или инициатива правительства по постановке вопроса о доверии) Конституция считает голосованием по вопросу о доверии. Непринятие закона или другого предложения правительства не считается, по крайней мере явно, знаком недоверия. Это не было бы непоследовательностью, если проявляющий недоверие не располагал бы влиянием на парламента. А вотум недоверия, предложенный четырежды за один год, дает возможность Президенту Республики распустить парламента. По всей вероятности, причиной роспуска является тот факт, что управление парализуется непринятием законов. Здесь зависит от правительства, считает ли оно то или иное голосование голосованием о доверии или на дальнюю перспективу рассматривает парламентарскую обструкцию как непригодность парламента. Это приводит к асимметричным отношениям между двумя ветвями власти. Если уж у Президента Республики есть право рассматривать вопрос о роспуске парламента, то не обязательно судьбу парламента надо решительно ставить в зависимость от правительства. Стоит задуматься о том, что непринятие определенного количества законопроектов, и в случае низибрания отдельных лиц из-за становящейся постоянной практики неназначения, также следует рассмотреть как основу для роспуска парламента (например, в течение года пять или в общей сложности восемь непринятий были расценены таким образом). В случае непринятия каких-нибудь решений двойной исполнительной власти исключительное право роспуска парламента означало бы слишком большую власть. Выражение четырежды формального вотума

Еще более драматичное отклонение от классического разрешения вопроса об ответственности правительства наблюдается в конституции Пятой Французской республики, которая, как было уже сказано, и так уже отняла у законодателя часть его законодательных полномочий. Французский подход ставит с ног на голову институт вотума недоверия правительству, да и отношения между парламентом и правительством в целом.

Пятая Французская республика и в этом смысле строится на отрицании прежней неудачной парламентской системы. Однако голосование за принятие правительственной программы представляет собой, скорее, оружие уже действующего правительства. Это излюбленный прием французского правительства в тех случаях, когда его политика становится спорной в глазах общественности. Согласно абз. 3 ст. 49 французской Конституции вопрос о доверии [²³⁵] можно увязать с определенным законопроектом. Если правительство объявляет законопроект вопросом о доверии, то этот законопроект без всякого голосования становится законом, если только в течение двадцати четырех часов 10% общего числа депутатов Национального собрания не поставят вопрос о вотуме недоверия. Через следующие сорок восемь часов, в течение которых правительство может мобилизовать своих сторонников, проводится голосование, в ходе которого воздержавшиеся не берутся в расчет; для отставки правительства нужно абсолютное большинство всех голосов. В этой системе еще не было случая отставки

правительства. А проект может стать законом и в том случае, если большинство голосов было против или (в половине случаев) по нему даже не проводилось голосования! Такое решение проблемы применялось примерно в сорока случаях, главным образом, при последнем социалистическом правительстве (Мишеля Рокара), когда у социалистов не было большинства, но стабилизирующее средство 1958 г. против измены коалиционного партнера прекрасно себя зарекомендовало. Эта техника, пожалуй, еще более успешна в такой менее предсказуемой ситуации, когда располагающему большинством правительству приходится дисциплинировать членов своей собственной партии, пытающихся уклониться от принятия непопулярных мер в угоду своим избирательным округам. Эти строптивцы наверняка не рискнут поставить правительство под угрозу отставки [²³⁶].

недоверия в отношении деятельности правительства — это предельно странно. Стремящийся следовать одновременно французской и германской логике, которые противоположны одна другой, венгерский вариант является неудачным соединением двух логик, т.е. не приносящим никакого результата.

235 Само голосование по вопросу о доверии иногда ограничивается в интересах стабильности правительства и во избежание постоянной обструкции. Например, согласно французской Конституции (абз. 2 ст. 49), для внесения предложения по вопросу о доверии необходимы подписи, по крайней мере, десятой части общего числа депутатов. Депутат, подписавший такое предложение, которое не привело к отставке правительства, теряет право на участие в подобного рода инициативе в течение данной сессии, т.е. в течение одной сессии можно ожидать не более четырех предложений по вопросу о доверии

236 В германской системе после вынесения вотума недоверия без формирования нового правительства Президент может в короткий срок (21 день) распустить Бундестаг (ст. 68). Этим трех недель Бундестагу достаточно, если он хочет сохраниться и подыскать себе правительство. Во французской системе (ст. 49) правительство после вынесения вотума недоверия обязано уйти в отставку. Президент может распустить Национальное собрание, но это он может сделать в любое время и без вотума недоверия. Следовательно, в обоих случаях вотум недоверия — разовый акт, который дисциплинирует парламент скорее и лучше, чем венгерская система.

Неудивительно, что в свете вышеуказанных конституционных подходов германское и французское правительства оказались действительно прочными [237]. Во Франции после 1958 г. правительство было отстранено один лишь раз, когда президент распустил Национальное собрание в наказание за проявленную им строптивость. Эта стабильность весьма примечательна, если учесть более шестидесяти предложений относительно вотума недоверия и прежние соотношения [238]. В Германии также правительство потерпело поражение только в результате раскольнического курса партнера по коалиции. В то же время "усовершенствование" институтов Пятой Французской республики

188

в веймарском духе в российской Конституции 1993 г. хотя и смягчает парламентскую анархию и дисциплинирует депутатов, приводит к сомнительной выгоде; здесь вырисовываются контуры импотентной президентской диктатуры [239].

Там, где существует сильное противостояние между законодателем и исполнительной властью, голосование по вопросу о доверии стало последним средством, более того, средством призыва к дисциплине правительством своих партийных сторонников. Это можно было бы отнести на счет изменений норм партийной дисциплины и вообще изменений в партийной структуре, но есть страны, для которых характерна многопартийность и парламентская раздробленность и которые тем не менее не пользуются институтом вотума недоверия. В Нидерландах многопартийная, без четкого парламентского большинства политическая система строится на том, что необходимо искать компромиссы (консоциальная демократия), коалиционные правительства подаются в отставку в лучшем случае по внутренним причинам, но по сложившейся традиции в последние годы правительство даже и при таких обстоятельствах не назначает новых выборов [240], а добивается согласия парламентских партий и парламентского большинства.

В целом от конституции мало зависит то обстоятельство, как парламент пользуется институтом вотума недоверия для контроля исполнительной власти. В Нидерландах формальное голосование по вопросу о доверии проводилось последний раз в 1939 г., и в 1919 г. в последний раз парламент не принял бюджет. В Италии же, как и в Нидерландах, нет доминирующей партии и нет конституционных препятствий для внесения вопроса о недоверии, "успешное" его применение стало постоянным явлением.

237 По мнению политологов, к стабильности парламент и правительство привели не столько предписания Конституции, сколько прежде всего популярность де Голля, а затем формирование партийной системы и исчезновение партийной раздробленности. Относительно Германии трудно предположить, объясняется ли стабильность системы двухполюсной партийной структурой, или устойчивая партийная структура сложилась именно под влиянием Основного закона и избирательной системы. Как и во многих других войнах, чудодейственное оружие, изобретенное во избежание повторения ошибок прежнего военного руководства, никогда не пришлось испытать.

238 В 1962 г. де Голль в обход Национального собрания, посредством референдума добился изменения Конституции в пользу непосредственного избрания Президента. Разгневанное Национальное собрание, не имея возможности выступить против Президента, так как не было необходимого супербольшинства для привлечения его к ответственности, вынудило уйти в отставку правительство.

239 Согласно российской Конституции, Председателя Правительства и по его рекомендации министров назначает Президент. Правительству можно вынести вотум недоверия, но Президента это не связывает. В случае повторения вотума недоверия в течение трех месяцев Президент отстраняет правительство или распускает Государственную Думу. В этом последнем случае после выборов не формируется новый кабинет. Поскольку в течение года после выборов Государственную Думу нельзя распустить, Президент может управлять страной посредством правительства, враждебного данному составу Государственной Думы.

240 Формально для назначения новых выборов правительство должно обратиться к монарху.

5.3.3. Законодательная инициатива и замена закона

Правительство в большинстве случаев имеет право законодательной инициативы. Это одно из тех освященных в конституции правил, которое трудно обосновать теоретически. Если законодательство является

189

функцией парламента, из принципа разделения властей следовало бы, что привилегии парламента распространяются на весь процесс законотворчества. Французская Конституция 1791 г. (разд. III, гл. III, отдел I, п. 1) категорически исключала возможность законодательной инициативы короля, он мог лишь рекомендовать дела на рассмотрение парламента. Все же, если бы правительство, располагающее профессиональным аппаратом, а иногда и принятой программой, не вносило законопроекты, то законодательная деятельность, по всей вероятности, была бы менее эффективной. Как бы то ни было, большинство утвержденных законопроектов исходит от правительства. (Соединенные Штаты вновь представляют исключение, так как Президент не может вносить законодательные предложения, для этого ему необходимо заручиться поддержкой своей партии (если она вообще находится в большинстве), влиятельный представитель которой и вносит законопроект.)

Законодательная инициатива — это лишь возможность для правительства. Власть является подлинной тогда, когда законопроект удается высвободить из-под жерновов парламентской мельницы [²⁴¹] или защитить от парламентских поправок. Законодательство Третьей и Четвертой французских республик славилось тем, что, хотя правительство имело право представлять в парламент свои законопроекты, в том числе и проект государственного бюджета, от соответствующей комиссии они возвращались в совершенно измененной форме. Процедурные правила предусматривали вызов в комиссию министров и чиновников и принуждение их к различным компромиссам. Следствием этого являются, как рассуждают сторонники правительственных привилегий, противоречивые законы, выражающие частные договоренности; несвязанность бюджета с другими средствами экономической политики делают бюджет совершенно непригодным для его работы. В то же время правительство несет ответственность за то, на что оно не имеет никакого влияния. В этом состоит, пожалуй, одно из самых острых внутренних противоречий разделения властей или разграничения компетенции [²⁴²]. Законодатель ставит перед исполнительной властью задачи и

190

системах, при этом не обеспечивает необходимыми средствами реализации закона и не несет за это ответственности.

Эти явления, наряду с другими факторами, связанными с системой "сдержек и противовесов", привели к тому, что конституции стали обеспечивать правительству привилегии, в первую очередь в связи с бюджетом. Законодательные инициативы правительства дополняются процедурными привилегиями (последовательность голосования,

241 Правотворчество исполнительной власти, в том числе правотворчество, переданное исполнительной власти по конституции, рассматривается в разделах, посвященных делегированному законодательству.

242 В американской системе разделения властей законы, ускользающие от контроля исполнительной власти, с их финансовыми последствиями также расшатывают бюджет, против чего президентское вето не является достаточно сильным средством. (Этим объясняется стремление ввести вето по каждой статье закона.)

внеочередность рассмотрения), полагающимися, как правило, по ходатайству [²⁴³]. В государствах с разделением властей — частично из-за неадекватного функционирования политической системы, частично из-за несговорчивости парламента как результата его самостоятельности — возрастает стремление исполнительной власти заменить недостающие законы административными актами. В южноамериканских президентских системах эта практика получила свое особое название — "декре-тизм". В Бразилии во время президентства Коллора такие президентские указы издавались в среднем через день [²⁴⁴].

191

5.3.4. Бюджет

Подлинный вес государственной власти отчетливее всего проявляется в конституционных предписаниях, относящихся к бюджету и финансовым законам. Уже в 1812 г., в частности, испанская Конституция, конституция Кадиса, предписывала правительству представление законопроекта по бюджету; по Веймарской конституции (ст. 85) проект государственного бюджета Рейхстаг (нижняя палата) мог рассматривать только после его утверждения Рейхсратом (верхняя палата), а действующий и сейчас германский Основной закон уже открыто предписывает утверждение бюджета федеральным правительством. Наконец, во Франции вообще не обязательно голосовать по законопроекту

191

правительства о бюджете, если его связывают с вопросом о доверии. Германский Основной закон не случайно [²⁴⁵] уделяет этому вопросу, по крайней мере, 46 длинных абзацев [²⁴⁶].

Давайте задумаемся: парламента были созданы потому, что без них монарх как исполнительная власть не имел возможности получать доходы, поскольку бюджета без

243 Поскольку российская Конституция забыла обеспечить эти привилегии для исполнительной власти и определение порядка принятия законов выпало на долю утвержденного Государственной Думой регламента, исполнительная власть не пользуется никакими привилегиями. Это еще более снижает законодательную продуктивность Государственной Думы, и без того подорванную неограниченным правом законодательной инициативы многочисленных и все растущих фракций и личным правом отдельных депутатов.

244 *Sartori G. Comparative Constitutional Engineering. An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes. New York University Press, 1994. P. 170.* Согласно бразильской Конституции, такие указы могут издаваться в случае настоятельной необходимости, и парламента в течение тридцати дней должен их подтвердить. Вопрос о наличии таковой необходимости — иногда она присутствует постоянно — решает сам Президент, имеющий к тому же право неограниченно продлевать действительность указа на тридцать дней.

245 Вероятно также не случайно, что в венгерской Конституции *главы о бюджете, по сути дела, нет.* Конституция, в духе обычного венгерского парламентаризма довольствуется тем, что "Государственное собрание определяет баланс государственного хозяйства, утверждает государственный бюджет и его исполнение". Из этого неясно даже то, должно ли все происходить по закону. Даже конституции, которые не дают правительству особых прав, в любом случае предусматривают меры на период, пока нет утвержденного бюджета. Венгерская Конституция не желает принимать к сведению эту возможность, предвидеть которую достаточно легко.

246 Большинство положений посвящено разделу налогов между федерацией и землями. В отношении бюджета Основной закон не дает правительству радикальных привилегий и потому, считаясь с неприятием бюджета, содержит связанные с этим приватизационные предписания, обеспечивающие функционирование государственной администрации и ее услуг в прежних рамках. В таких случаях правительству уполномочено пользоваться кредитом. Защита бюджета служит предписанием, согласно которому для голосования по законам, связанным с дополнительными бюджетными расходами, требуется согласие правительства. При таком подходе нет необходимости в защите бюджета от депутатов, ибо отдельные депутаты не имеют права выносить на заседание Бундестага предложения о поправках.

налогов не бывает, а налогообложение является безусловной прерогативой парламента, то особенно примечательно главенство исполнительной власти в этой важнейшей области, несмотря на парламентскую привилегию налогообложения (Соединенные Штаты и тут представляют собой в известной степени исключение).

В Великобритании с 1706 г. произошло лишь то, что привилегированное положение правительства в отношении представления законопроекта о бюджете сохранилось, тогда как в иных странах конституция и другие законы были вынуждены решительно ограничить права депутатов, так как парламентские права приводили лишь к дестабилизации и обструкции. В дебатах по бюджету парламентарии проявляли себя наиболее безответственно. Принудить страну к популярным расходам, добиться бюджетных субсидий для своего избирательного округа — это такие соблазны, перед которыми парламентарий не может устоять, да, пожалуй, стойкость в данном случае была бы несовместимой с его ролью. Однако, если понимать конституцию как средство ограничения власти имущих, это ограничение должно касаться и депутатов, склонных к безответственным расходам. Что большинство конституций все же не может ограничить и держать под контролем, так это расходы правительства.

192

Верховенство правительства в области бюджета было доведено до своей высшей формы, пожалуй, в Великобритании, отчасти уже в предписаниях парламентского регламента. Предложения по бюджету может вносить только правительство, депутаты располагают чрезвычайно ограниченным временем для изучения сложного законопроекта, комитеты здесь в большинстве случаев заменяются парламентскими заседаниями, и члены парламента могут вносить предложения только по сокращению бюджетных расходов. У Палаты лордов практически нет возможности влиять на бюджетные и финансовые законопроекты.

Французская Конституция 1958 г. предписывает обсуждение в рамках особой процедуры так называемых финансовых законопроектов, в том числе законопроектов по налогам, пошлинам и сборам. Проект бюджета может вносить только правительство. Предложения депутатов не могут касаться ни сокращения доходов, ни увеличения расходов. Исполнительная власть имеет полное превосходство в установлении расходов, поскольку именно ее учреждения предоставляют данные, используемые при бюджетном планировании. Франция в этом отношении скорее являет собой исключение. Парламент должен в довольно короткий срок после представления правительственного законопроекта принять закон о бюджете (во Франции для этого отводится 70 дней, в Великобритании число дней для дебатов по этому вопросу не достигает и 30). В других странах законопроект о бюджете по желанию правительства обсуждается вне очереди, в срочном порядке. В соответствии с традиционным подходом в случае запаздывания с принятием бюджета правительство, по существу, может производить расходы пропорционально сметам предыдущего года. Если парламент отвергает законопроект о бюджете, правительство уходит в отставку. Согласно действующей французской Конституции, радикально проправительственной и выступающей за эффективность управления, если бюджет не утвержден в предписанное время, правительство может ввести его в действие указом. (На практике принятие бюджета предпочитают соединять с вотумом недоверия и таким образом утверждать его.)

Законопроект о бюджете обсуждается в два или три этапа; первый касается цифр фондов, сумм доходов и расходов, второй — распределения этих цифр по бюджетным разделам.

Разделение фондов служит обеспечению бездефицитного баланса и сохранению равновесия [247].

193

Однако отдельные министерства сами могут осуществлять перегруппировки в рамках бюджетных разделов; что же касается перегруппировок (разделов бюджета) между министерствами, они могут происходить с разрешения министра финансов. Это та область, в которой свобода исполнительной власти становится полной.

Контроль производится только задним числом, т.е. он касается того, законными ли были действия пользователей бюджета, было ли его применение необходимым и успешным. Поскольку сам парламент неспособен осуществлять такой контроль, конституции учреждают для проверки особые органы. Они функционируют, как правило, в качестве органов парламента или судов, но в любом случае для парламента (в соответствии с § 32/C [248] венгерской Конституции — Счетная палата, подобным же образом избираемый американским Конгрессом Генеральный контролер; во Франции — Счетный суд). В Великобритании, согласно закону, Генерального контролера и аудитора, главу национального аудитного ведомства, назначает Корона, но действует эта подотчетная парламенту структура подобно суду, независимо от исполнительной власти [249]. Не совсем ясно, что случится в Великобритании, если парламент на основании проверки, произведенной аудитным ведомством, или независимо от этого не утвердит отчет о бюджете — это, в отличие от бюджета, даже в Великобритании не является вопросом доверия.

Бесспорно, основы бюджета и налогообложения должны быть включены в конституцию. Окажется ли возможным в интересах эффективности отважиться на близость к французскому варианту, зависит, главным образом, от того, удастся ли уменьшить власть правительства в другом. Факт состоит в том, что парламентариев необходимо ограничить (они не могут предлагать поправки к бюджету или другие законы, нарушающие бюджетное равновесие); далее: необходимы конституционные ограничения в связи с перегруппировками расходов внутри бюджета. Однако не следует питать особых иллюзий — верховенство исполнительной власти в этом отношении непоколебимо.

194

5.4. МИФ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Исполнительная власть — причудливый кентавр. Нижняя часть его тела — это бюрократия, государственная администрация, а верхняя — партийный политик, который оказался, благодаря избирателям, парламенту и, прежде всего, своей партии, носителем

247 Германский Основной закон подходит к этому с точки зрения содержания и гласит, что расходы и доходы бюджета должны быть сбалансированы. Конституционный принцип бюджетного баланса (который в США пытаются ввести вот уже несколько десятилетий, в последнее время даже путем внесения поправки в Конституцию) сам по себе ни о чем не говорит, потому что кредит тоже доход, а национальный банк, находящийся под контролем правительства, всегда предоставляет ему "кредит".

248 В Конституции ничего не говорится о независимости Счетной палаты, неясно, должна ли она проводить проверки по поручению Государственного собрания.

249 Опыт парламентских комиссий в области разработки бюджета довольно плачевен — в Великобритании, например, прекратили эту практику; в контроле над бюджетом значительную роль могут играть парламентские комитеты. По существующей в Парламенте Великобритании традиции, Генеральным контролером и аудитором всегда назначается представитель оппозиции. В 1994 г. венгерскому парламенту вновь удалось подтвердить, что отсутствие конституционного чутья и политической мудрости связаны: оппозиции был отдан пост председателя бюджетной комиссии, а не контроль, где оппозиция понятным образом "лучше", чем правительство.

государственных интересов. Этот кентавр, благодаря сильной нижней части тела, имеет больше всего шансов на осуществление своих намерений по сравнению с другими ветвями власти. Исполнительная власть располагает знаниями (или правом ссылаться на них, и уж во всяком случае дополнительной информацией, которую она называет знаниями), она же располагает средствами принуждения, правом грубого приказа, плетью, слезоточивыми газами и смирительной рубашкой. Понятно, что в условиях посткоммунизма это именно та ветвь, которая таит в себе самую большую опасность для конституционализма, но вероятно не потому, что она экспроприировала власть, а потому, как она подрывает конституционализм и препятствует осуществлению невыгодного для нее контроля, демократических требований гласности (ссылаясь на необходимость защиты законности и правопорядка).

Исполнительная власть в Венгрии любит оперировать мифом об ответственности министров. А так как они ответственны, то должны располагать неограниченной властью, чтобы соответствовать требованиям, предъявляемым к ответственности. Если депутаты вмешиваются в разработку законов, искажают их, правительство будет неспособно выполнить свою миссию. Но не надо доходить до антипарламентаризма. Важно, чтобы весь административный аппарат подчинялся правительству и возглавляющему его премьер-министру. Партийно-политический раздутый конгломерат неожиданно обретает союзника, а аппарат — защитника. Патрон настолько нуждается в своем слуге-защитнике, что будет пробивать интересы аппарата через законодательство.

Что все же такое ответственность министров? Звучит скромно и потому замечательно. "Ответственные министры" — это был боевой клич бельгийских либералов в 1831 г., это было недвусмысленное требование венгерских патриотов в наиболее героический период борьбы за утверждение национального самосознания. "Ответственное министерство!" Это означало всего лишь, что рядом с никем не ограничиваемым и не привлекаемым к ответственности монархом стоял бы кто-нибудь, кто нес бы персональную ответственность за дела. Зловещий конец событий 1848 г. в Венгрии и грустная увертюра института ответственности премьер-министра свелась к тому, что ответственность первого венгерского премьер-министра антипарламентарный абсолютизм воспринял настолько серьезно, что его казнили.

195

В наши дни, в эпоху партийной дисциплины, все разговоры об ответственности министров и их подотчетности представляют собой не больше, чем лишенный всякого риска миф. (Эффективное выражение парламентского вотума недоверия имеет серьезный противовес в виде института конструктивного вотума недоверия и страха перед последующим роспуском.) Альберт Дэйси (1835—1922) еще всерьез мог верить в существование ответственности министров, которую их солидарность может превращать в коллективную ответственность, но в нынешнем положении даже в Великобритании министра и правительство могут отстранить от власти лишь внутрипартийные путчи. В Великобритании и также парламентской Канаде министры с недавнего времени остаются безнаказанными и при условии, если управляемый ими аппарат допускает ошибку или нарушает закон и если это происходит без ведома министра. Таким образом, умный министр старается знать как можно меньше, элегантно обосновывая это тем, что нужно доверять компетентному аппарату.

Если сравнить современные государственные задачи с возможностями выборных национальных законодательных органов, то эта ответственность выглядит нелепо. Выборный орган попросту не находится в той ситуации, чтобы осуществлять широкий контроль над всей администрацией и, следовательно, не имеет основы для привлечения к ответственности, за исключением случаев вопиющего нарушения политического курса и законности. Возможно, такой всеобъемлющий контроль и не был бы желателен.

Место ответственности занимает подотчетность, т.е. неудобство в виде необходимости публично давать уклончивые ответы на щекотливые вопросы. (Вместе с тем парламентские вопросы представляют собой наиболее действенную форму контроля над правительством.) То, что осталось от ответственности, служит разве что укреплению единоличной власти премьер-министра. Если он "отвечает" в конечном счете за все, то остальные члены правительства превращаются в его подчиненных, которых он всегда может выдворить, иначе как он может ответственно выполнять порученные ему задачи?

Возможно, ответственность министров и необходимая для этого власть скрывают всего лишь страх перед тем, что какой-нибудь партийный путч отстранит лидеров, если те окажутся неспособными дать своим сторонникам в парламенте все то, чего они просят. Конечно, ссылающиеся на ответственность министров не могут в этом признаться; вместо этого фигурирует, с одной стороны, моральная ответственность за судьбу государства (чувство, впрочем, весьма уместное), с другой стороны, зловещее предсказание того, что на следующих выборах будет осуществлено политическое привлечение к ответственности, потому как правительство со связанными руками было неспособно к

196

действенным мерам, и поэтому население отвернется от него. Таким образом, вся власть должна принадлежать правительству, чтобы оно смогло победить на следующих выборах! Да и вообще, почему бы не получить власть тому, кто победил в борьбе за власть? Все эти понятные человеческие реакции не вытекают, однако, из конституционных принципов. Тот, кто победил на выборах, не обязательно победит и на всех последующих выборах и не может использовать свою власть для обеспечения этой победы.

Несмотря на все это, власть над администрацией, особенно власть исключительная, может приобрести чрезвычайный вес в таком обществе, где опыт и ресурсы самоорганизации ограничены, а государство как собственник и главный поставщик служебных мест занимает ключевые позиции. Нельзя забывать, что в Венгрии государственные служащие составляют, по крайней мере, 20% всех занятых и государство является работодателем более половины трудящихся.

В этой ситуации на помощь государству спешит административный аппарат, вооруженный двумя "конституционными тезисами". Первая максима гласит: "кто назначает, тот и отстраняет", вторая — "вся исполнительная власть подчиняется правительству", так как оно — глава исполнительной власти. (В этом последнем тезисе нетрудно обнаружить пересадку на чужую почву принципа, естественного в условиях разделения властей, но и там применяющегося не обязательно.) Совокупность этих двух положений выводит администрацию из-под непосредственного влияния парламента, одновременно централизуя ее. Соответствующее звено правительственной или подчиненной правительству цепи приказов уполномочено выносить решения о заполнении всех постов администрации. Власть назначающего над назначенным осуществляется во всех отношениях.

Это жесткое единство назначения-увольнения может, пожалуй, иметь смысл в обстоятельствах, когда нужна полная подчиненность^[250]. Скажем, в пустыне она совершенно необходима. Но на основе равновесия ветвей власти ни практикуемое ими сообща право назначения, ни разграничение персональных распорядительных прав на основе

250 Принцип единства "назначения-отстранения" обычно недействителен, например, в тех случаях, когда назначение касается другой ветви власти. Кандидатуру премьер-министра в парламентских системах рекомендует президент, который, однако, не играет роли в отстранении премьер-министра и выборе нового в рамках процедуры конструктивного недоверия. Членов Конституционного суда Венгрии выбирает Государственное собрание, но согласно нынешним законам они не могут быть отозваны, в крайнем случае сам Конституционный суд может исключить того или иного члена.

исключительного предписания закона не является антиконституционным. Более того, даже если в качестве исходной точки принять это предположение действительным, в пределах государственной

197

администрации (если закон не делает исключений) есть такие позиции и виды деятельности, где политическая зависимость нежелательна. А ведь если правительство может давать указания и даже увольнять государственного служащего после того, как это же правительство его и назначило, очевидно, что здесь верх взяли политические соображения. Однако если назначающий не имеет права отстранять от должности или отстранение может последовать только в случае нарушения закона, установленного другим органом, например судом, то данный орган становится сравнительно независимым от администрации, хотя может оставаться управляемым и ответственным в рамках закона. Относительно независимости эмиссионного банка, например, конституционных предписаний нет; связанное с этим решение должно определяться в первую очередь характером данного этапа экономического развития. Однако если такая независимость сложилась, нельзя ссылаться на то, что правительство потому не может осуществлять ответственно свою деятельность, что эмиссионный банк препятствует выполнению его планов, реализации экономической политики. Именно это в данном случае соответствует принципу конституционализма — правительству нужно и можно "свободно" действовать в рамках только данных условий и институтов. В таком случае оно должно смириться с изъятием или разделением права назначать и увольнять.

Логика вышеупомянутых опытов делает бесосновательным принцип "подчинения всех исполнительных органов правительству". (Даже во французской Конституции 1958 г. имеется такое ограничение по отношению к администрации: правительство не может учреждать новые типы институтов; германский Основной закон строится именно на том, что для признания действительными административных актов правительства во многих случаях необходимо утверждение Бундесрата.) Конституционализм только намечает границы игрового пространства: если парламент или его комитет принимают конкретные административные решения, их конституционная ценность, очевидно, более чем сомнительна. В частности потому, что сомнительно, существует ли судебное обжалование таких решений.

Осторожность исполнительной власти по отношению к "конституционной теории" продиктованы не пристрастным преклонением перед парламентом и парламентариями. Парламентское большинство будет осуществлять политический курс, как и правительство. Но партийная политика будет определяться не узким "центральным комитетом", а формироваться в постоянном контакте с оппозицией [251].

198

5.5. ВНУТРЕННЯЯ СТРУКТУРА ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Разделение властей не смогло помешать усилению исполнительной власти, а в парламентских системах оно прямо угрожает диктатурой исполнительной власти и стоящей за ней партии, которую сменил и уравнивает (в будущем) в лучшем случае диктатура другого правительства другой политической направленности. В докладе Комитета по процедуре английского парламента делается следующий вывод:

251 *Butler R.A.* The House of Commons Debate. 609.5. 13. Juli 13.1959. Col. 37. *Birch A.H.* The Theory and Practice of Modern British Democracy // *J.Jowell & D. Oliver (eds.)*. The Changing Constitution. Oxford, 1985. P. 86.

"Суть проблемы состоит в том, что... чаша весов преимуществ Парламента и Правительства в повседневном действии Конституции перевешивает в пользу Правительства в такой мере, что это противоречит правильному функционированию парламентской демократии и вызывает повсеместную тревогу" [²⁵²]

В мире с целью уменьшения преимуществ исполнительной власти наметился целый ряд подходов к решению проблемы, лишь кое-где сформулированных в конституции. Часть их попала и в конституции, однако они не всегда совместимы с традиционными решениями, позволяющими в неполной мере уравновешивать ветви власти, да и суды не охотно берутся за их пересмотр.

1. Первый метод уравновешивания, отраженный в текстах конституций — это *двойная исполнительная власть* [²⁵³]. Президент непрезидентской республики иногда очень необходим, но он таит в себе постоянную опасность. Фракционность в парламенте может побудить кого-нибудь сдвинуть государственную машину с мертвой точки, однако для этого нужно четкое определение мертвой точки, что поможет борьбе с

199

злоупотреблениями. В то же время есть такие государственные задачи, которые стоит исключить из партийно-политической сферы; они могут быть переданы независимым органам под контроль президента. Наконец, конституцию необходимо защищать и от парламента, и от правительства, интересы которых переплетаются и по партийно-политическим причинам.

Макс Вебер был, пожалуй, первым, кто в ходе разработки Веймарской конституции набросал свои представления о *двойной исполнительной власти*, в которых, опасаясь бесконтрольного перевеса власти административной бюрократии, поставил правительство под контроль парламента (подразумевая и институт вотума недоверия), но оставил президенту особые функции. Президент, избираемый народом, призван в первую очередь контролировать правительственную бюрократию; он может представлять политику, независимую от парламента, состоящего, главным образом, из партийных чиновников. Он имеет власть над парламентом потому, что в результате народного голосования приобретает народную легитимацию. Этот лидер-демагог может управлять государством как государственный деятель до тех пор, пока пользуется успехом. Если он потеряет поддержку народа, что равноценно неудаче, то ему необходимо подать в отставку (в этой системе Вебера остается в демократических рамках). Народ в этой системе имеет двух соперничающих друг с другом представителей даже в том случае, если президент выступает на сцену только в период парламентских "мертвых точек" и кризисов.

252 First Report from the Select Committee on Procedure (1977—78). House of Commons. 588 para 1.5. / *Drewry G. Select Committees and Back-Bench Power // J. Jowell & D. Oliver (eds.) Op. cit. P. 136.*

253 О двойной исполнительной власти принято говорить в первую очередь в связи с полупрезидентскими системами, хотя здесь уместнее был бы, пожалуй, термин Жана Блонделя — "двойное руководство". По его мнению, "система двойного руководства — это такая система, в которой два и только два лица формально, фактически и сознательно делят между собой общие дела управления". *Blondel J. Dual Leadership in the Contemporary World: A Step Towards Executive and Regime Stability // Kavanagh and Peele (eds.). Comparative Government and Politics. Essays in Honour of S.E. Finer. London-Boulder, 1984. P. 75.* Во французской полупрезидентской системе Президент время от времени, используя эту двойственность для защиты собственных позиций, уступает премьер-министру повседневное практическое администрирование и связанные с ним решения, а сам становится "человеком перспективы", добрым монархом, восседающим на троне где-то вдали. В приводимых ниже вариантах двойной исполнительной власти я рассматриваю это решение скорее в рамках парламентской системы, и, в первую очередь, не как параллельную, а как разграничительную власть.

Это решение подвергалось критике с разных сторон (хотя в веймарской конституционной системе президент стал самостоятельной политической силой только в результате просчетов в регулировании чрезвычайного положения). Дело в том, что двойственность может быть связана с опасным вопросом ответственности [²⁵⁴] Президент может в глазах населения оттеснить канцлера на задний план, хотя тот несет более

200

непосредственную политическую ответственность. (Венгерский Конституционный суд, по сути дела, ссылаясь на отсутствие политической ответственности, решил, что существует власть президента по отношению к премьер-министру.)

Для исполнительной власти с двойным руководством существует и другая альтернатива, менее явная, чем у Вебера, но определенно присутствующая в тексте Веймарской конституции. Это одновременное двоевластие, возникающее в первую очередь тогда, когда государственная жизнь парализована, когда парламентский пат делает неработоспособной "обычную" исполнительную власть (правительство) или когда чрезвычайные кризисные обстоятельства требуют временного диктатора. Таким "диктатором" может быть, конечно, и премьер-министр. В пользу Президента может говорить его непосредственная, более широкая легитимация, объясняющаяся прямым народным избранием, соблюдение им партийно-политической дистанции, вытекающей из его "общенациональной" роли. Премьер-министр не может позволить себе роскоши отойти от партийной политики [²⁵⁵].

254 См.: *Mommsen*. Op. cit. P. 379. В то же время Моммсен, одним из первых указавший на связь между конституционной системой 1958 г. де Голля и теорией Вебера, признает возможность и другой оценки. Хотя смешение функций и дестабилизация представляют собой веские аргументы, да и конец Веймарской республики говорит против Вебера, можно обосновать и противоположную точку зрения. В веймарском варианте Президент не вышел бы на передний план, если бы Канцлер и его правительство были бы более удачливыми, если бы Рейхстаг был способен принимать решения, если бы на сцену вместо выясняющих отношения партийных функционеров и лишенных харизмы бюрократов выступили подлинные политики. При этих обстоятельствах для ликвидации "мертвых точек", обусловленных бессилием парламента и правительства, была необходима президентская власть. Веймарская система пала не из-за своей Конституции или вопреки своей Конституции, а вследствие того, что экстремистские тоталитарные партии вконец раскололи общество.

255 Рассуждения о властном центре тяжести, "колеблющимся" между исполнительной властью (президент) и парламентом см.: *Sajo A.* Jovendo alkotmányos valságok ele. XXIV. Világosság. 7. (1993.) S. 17—25. Исходная позиция состоит в том, что точная "настройка" конституционной системы должна происходить на основе результатов действующих выборов в парламент. В случае действительно сильного парламентского большинства сами выборы следует считать референдумом в пользу сильного парламентаризма, но, если в парламенте нет такого большинства, которое, например, квалифицированным большинством могло бы "отстранить" или подавляющим большинством голосов "утвердить" президента, т.е. если значительное большинство не желает сильного парламентаризма, то полномочия президента следует продлить до следующих выборов, в частности для сохранения стабильности управления страной. К тому же и в случае сильной парламентской власти следует расширить президентскую компетенцию в отношении нейтральных и подлежащих деполитизации властей. Джованни Сартори в 1994 г. опубликовал свои рассуждения относительно подобной автоматической конституционной ротационной системы, которую он назвал "альтернирующей президентской системой". В этой системе парламент может реализовывать себя до тех пор, пока он функционирует; в случае недееспособности парламента система переключается на "режим с запасным двигателем" — президентское правление. Если парламент неспособен в течение срока своего мандата или части этого срока (например, двух лет) сформировать опирающееся на должное большинство правительство, то на оставшуюся часть срока существующая система превращается в сильную президентскую систему. Иначе, вслед за вынесением первого вотума недоверия, президент в течение оставшегося до выборов времени по поручению парламента управляет страной с помощью назначенного им правительства, не несущего политической

Если президент не является воплощением тоталитаризма, а стремится лишь соблюдать освященную конституцией дистанцию между собой и представителями повседневной власти, если его задача не олицетворение собой "народа" и руководство им, а соблюдение конституции даже вопреки конкретной воле народа, в этом случае под его контроль, но не под его управление могут попасть те задачи, которые конституция или политические силы, заинтересованные лишь в предотвращении преходящих конфликтов, хотят нейтрализовать, исключить из сферы текущей партийной политики. В этом смысле исполнительная власть может быть формально разделена на две, если она не подчинена в полном своем объеме единственному руководителю, ответственному перед правительством. Однако президент как носитель нейтральной власти, вопреки утверждению Карла Шмитта, не приобретает этим особую власть. Нейтральность не увеличивает власть президента: лично он не принимает никаких решений по конкретным "делам" (за исключением ситуации чрезвычайного положения). У президента нет никаких полномочий в тех областях, в которых — по общему согласию при данных обстоятельствах — ответственность несут самостоятельные, независимые лица. Существует общепринятое мнение, что такую независимость может иметь президент эмиссионного банка. Это, однако, не является основополагающим конституционным тезисом; есть положения и экономические концепции, согласно которым независимая позиция президента эмиссионного банка просто вредна [256].

2. Законодатель и сам может попытаться исключить из сферы деятельности главы исполнительной власти отдельные исполнительные органы, с тем чтобы формально они функционировали под его непосредственным контролем или совершенно самостоятельно вслед за его назначением. В отдельных случаях даже не законодатель, а традиция делает формально независимыми органы, подчиненные исполнительной власти, или же законодательство отделяет обладателя функции, относящейся к исполнению, от руководителя исполнительного органа. Примером первого варианта может служить французский Государственный совет, второго — организация прокуратуры [257].

Во всех этих случаях, по крайней мере теоретически, законодатель создает исполнительные органы, вмешивается в исполнительную власть с намерением видеть эти органы деполитизированными и ни от кого не зависящими. Такое стремление наблюдается, например, в создании различных органов, правомочных регулировать систему средств массовой коммуникации и одновременно принимать конкретные решения. Это привело польских и французских законодателей к созданию таких радио-телевизионных структур, часть членов которых назначает президент, другую часть — палаты парламента (по отдельности). Членов Британской комиссии независимого телевидения назначает компетентный министр, но в силу традиции он вряд ли может отстранить их на дискреционной основе. В Соединенных Штатах также существует немало регулирующих органов, созданных законодателем, и выборных независимых регулирующих органов,

ответственности перед парламентом. Правомочия президента и парламента действительны в течение одного и того же срока. Парламент в этом случае сохраняет свои законодательные функции, но президент пользуется преимущественным правом законодательной инициативы и ускоренного рассмотрения законодательных предложений. Непринятие предложений президента в определенных случаях делает возможным и законодательство в виде указов (*Sartori G. Op. cit. P. 94*).

256 *Elster J. Constitutional Courts and Central Banks: Suicide Prevention or Suicide Past? // East European Constitutional Review. 1994. № 3-4. P. 66-71.*

257 Американский специальный независимый прокурор, занимающийся президентской деятельностью, представляет собой созданный законодателем орган для решения исполнительных задач, который Верховный суд признал конституционным. См.: *Morrison v. Olson. 487 U.S. 654 (1988).*

которые в отдельных случаях принимают решения по конкретным делам (выдают лицензии, накладывают штрафы, проводят аукционы). Сам этот подход никогда не вызывал неодобрения Верховного суда. В Великобритании квазинегосударственные организации ("quango" quasi-non-governmental organisation) создаются самыми различными способами: с помощью как законов, так и разнообразных административных актов исполнительной власти. Например, радиостанция Би-Би-Си (British Broadcasting Corporation — BBC) была создана на основе королевского указа в 1927 г. Совет управляющих BBC "номинально назначается приказом Королевы в Совете, хотя фактически это право принадлежит Премьер-министру. Традиционно этому назначению предшествует соглашение между правительством и оппозицией, а также, по крайней мере до наступления "эпохи Тэтчер", консультации с самой BBC" [258].

Допустимо ли, чтобы сам парламент или его орган, т.е. комитет, состоящий из узкого круга депутатов, принимал решения о том, какие виды искусства необходимо поддерживать? Мы не можем ждать ничего хорошего ни от беспристрастного художественного вкуса политиков, ни от политических заигрываний падких на деньги артистов. И кто знает, будет ли лучше (главным образом, с политической точки зрения), если деньги придется делить между собой каким-нибудь нуждающимся представительным персонам (или псевдопредставительным организациям), ожидающим поддержки. Выходом может явиться художественный совет, независимый от политики и от заинтересованных лиц и состоящий из сведущих людей. Парламент может указать в законе разве что основополагающую идею относительно того, какие точки

203

зрения необходимо учитывать при распределении субсидий (например, "произведения, способствующие патриотическому воспитанию" или "художественные произведения местного характера, представителей меньшинств, женщин" и т.д. и т.п.). Конституционализм в этом случае принимает сторону независимости органа, выполняющего "исполнительные" задачи. Таким элементом обеспечения независимости может служить, например, способность органа к самообновлению, далее, материальная независимость, невозможность шантажировать его членов перевыборами — для этого требуется либо невозможность переизбрания на второй срок, либо "пожизненное" членство. Разумеется, за созданием независимой организации могут скрываться и весьма циничные соображения реальной политики: правящие политические силы не желают подрывать свою популярность непопулярными решениями; следовательно, они могут делегировать какое-либо полномочие.

3. Третья возможность ограничения исполнительной власти состоит, собственно говоря, не в распределении компетенции между органами исполнительной власти, а в ее ограничении, отчасти исходя из демократических принципов. По закону, отдельные исполнительные органы создаются не главой исполнительной власти, а определенными заинтересованными (например, регулируемые) кругами или сообществами. (Конечно, это может оказаться отличной возможностью для корпоративного саморегулирования.) С другой стороны, особенно в Соединенных Штатах, а также в Нидерландах или Норвегии органы исполнительной власти должны принимать решения в соответствии с определенной процедурой на принципах гласности и участия. Это существенно уравновешивает распоряжения главы исполнительной власти, особенно если соответствующий судебный контроль обеспечивает недействительность административных решений, принятых в нарушение правил участия. Этот контроль участия имеет значение особенно тогда, когда задачу исполнительной власти поручают независимому органу, который иначе может остаться совершенно бесконтрольным. Здесь же контроль осуществляется гласностью, что

еще более усиливает судебный надзор за соблюдением правил участия в процессе принятия решений.

204

Глава 6

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И ЕГО ПРОВОДНИКИ

6.1. Верховенство права и правовое государство. 6.2. Отправление правосудия.

Судья... это тот, кого ни во что не ставят

Шарль Луи Монтескье

6.1. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО

Является ли государство конституционным — в этом решающая роль принадлежит праву; правовое регулирование призвано держать общество в таком состоянии, чтобы в нем не было ни частного, ни государственного произвола. Не стоит преувеличивать возможности права: правовое регулирование ограничивает свободу проявления власти лишь до степени ее выносимости, собственно говоря, всякую свободу делает выносимой для других, обеспечивая в то же время нашу собственную свободу, по крайней мере в приемлемой для других степени, и часто при этом к нашему неудовольствию.

Общую связующую силу права, его роль, произвольную и ограничивающую произвол, англосаксонская концепция выражает понятием "верховенства права" (rule of law), континентальная концепция — понятием правового государства (Rechtsstaat, État de droit). Под этими выражениями в различных традициях понимаются отчасти одинаковые положения, правовые предписания, касающиеся:

- 1) структуры,
- 2) устройства и
- 3) функционирования государства.

Общая для различных концепций черта состоит в том, что государственные органы действуют в соответствии с предписаниями права, которое, в свою очередь, строится на принципах, ограничивающих произвол.

Как английское rule of law в прошлом столетии, так и германское Rechtsstaat и французское Etat de droit создали ограниченную и характерную для данной страны систему конституционализма. Факт, однако, что конституционная система немыслима без господства права. Это очень тесная связь — сформировавшиеся конституционные системы невозможно отделить от господства права.

205

Верховенство права дает смысл законодательной деятельности. Уже Локк утверждал, что высшая власть обязана управлять страной посредством опубликованных, постоянных и известных населению законов:

"Кто бы ни располагал, следовательно, законодательной или высшей властью в государстве, он обязан управлять не с помощью импровизированных указов, а действительных, постоянных законов, объявленных и известных людям; пользоваться этой властью посредством беспристрастных и справедливых судей, которые должны решать спор на основе закона; наконец, использовать силу общества у себя в стране только для исполнения этих законов, а за ее пределами — для предупреждения внешнего ущерба, для защиты общества от нападения и вторжения врагов" [259].

Конституционная система добавила к этому лишь разделение на отдельные органы — носители отдельных функций. У Локка еще не упоминалось о том, что исполнение законов следует отделить от законодателя.

В демократии, как ее толковал Руссо, общее верховенство законодательного органа и, следовательно, законов подтверждается связью между законодателем и суверенным народом. Правовая государственность обеспечивает своеобразную связь между ветвями власти: исполнительная власть повинуется принятым законодательством законам, не будучи подчиненной формально. Попросту говоря, закону нужно повиноваться. Это означает также, что жить нужно под властью законов, а не людей.

В соответствии с этим французская Конституция 1791 г. строится на верховенстве закона, основном принципе правового государства: король как государственный орган осуществляет свою деятельность, будучи подчиненным закону. "Никакая власть не стоит во Франции над законом. Король правит страной лишь в силу закона и может требовать повиновения себе только именем закона" (п. 3 гл. II). Закону же нужно повиноваться в соответствии с Декларацией прав человека и гражданина.

Произвольные решения государства и его представителей запрещены. Однако в соответствии с практикой, принятой в конституционных системах, исполнительная власть может пользоваться дискреционными полномочиями, функционировать по своему свободному усмотрению [260]. Не простая ли это языковая уловка — "свободное усмотрение" власть имущих для того, чтобы заставить принять произвол?

206

Право исполнительной власти или президента действовать по свободному усмотрению не означает, что в американской конституционной практике не сформировалась система, обеспечивающая соблюдение законности администрацией и сдерживающая злоупотребления ее независимостью. Свобода исполнительной власти осуществлять дискреционные полномочия ограничивается прежде всего требованием "надлежащей процедуры", содержащимся в американской Конституции. По интеллектуальным и практическим причинам многое из этого переняла современная европейская концепция верховенства права. "Надлежащая процедура" предполагает участие заинтересованных лиц в процессе принятия решений. В соответствии с этим заинтересованным лицам необходимо дать возможность высказать свою точку зрения в достойных условиях [261].

259 *Locke J. Op. cit.* P. 129.

260 В Соединенных Штатах уже в "деле всех дел" (*Marbury v. Madison*) Председатель Верховного суда Дж. Маршалл утверждал, что Президента как главу исполнительной власти нельзя привлекать к суду за осуществление им дискреционных полномочий. На это же ссылался и Президент Р. Никсон, когда отказался передать специальному прокурору по расследованию уотергейтского дела компрометирующие звукозаписи и последний попытался получить пленки через суд.

261 Верховный суд США защищает это только в связи с определенными интересами. Как законодательный критерий термин "надлежащая процедура" строится на XIV поправке к Конституции. В соответствии с этим штаты не могут принимать законы, ограничивающие права и

Если какая-либо группа получает социальные блага, члены этой группы имеют свои права относительно дальнейшей судьбы этих благ (но это не означает, что у них есть право на бОльшие блага). Это процедурное правило, а также возможность правового обжалования — не обязательно судебного — уменьшают произвол властей [²⁶²].

Верховенство права, как и конституционализм, не является абсолютной ценностью. Нужно ясно видеть его пределы, иначе его не удастся защитить — хотя бы от его собственных недостатков. Верховенство права как ограничение воли властей, государства, а также тех, кто конкретно использует силу и предоставляет льготы, конечно, защищает гражданина, но одновременно отдает его во власть бездушных форм,

207

сменивших произвол. В случае сурового верховенства права нет возможности учитывать человеческий фактор, справедливость. Страдания, беспомощность или неизмеримые, не признанные общественным успехом состояния остаются без внимания. Средства отделяются от целей, ожидания от результатов. И если бы мы считали последние желательными, реализуются все равно первые. Решающим становится не сотрудничество, а конфронтация, победа. Это во многих аспектах соответствует принципу рыночной эффективности — но может поставить под угрозу многочисленные общественные ценности [²⁶³]. Как видно, верховенство права, как и конституционализм, не является абсолютной категорией, постоянным, неизменяющимся правилом. У каждой эпохи есть свой ответ на вопрос о том, где пролегают границы государственной власти и какую роль играет право в проведении этой четкой линии или расплывчатого пунктира.

Конституционализм, поскольку он не только пользуется юридическими средствами ограничения власти, но является и носителем содержательных ценностей (свободы), может, по крайней мере отчасти, смягчить одностороннее, чуждое жизни, негибкое верховенство права. Положения конституционности и справедливости могут внедряться и в само верховенство права, например в тех случаях, когда закон, обеспечивая процессуальные права и фактическое их использование, предоставляет процедурные льготы различным социальным группам, находящимся в неблагоприятном положении (например, право пользования родным языком или специальные услуги для людей с ограниченной способностью передвижения). Все это указывает на элемент равенства в общей концепции верховенства права, который служит реализации равноправия как формально, так и содержательно.

привилегии граждан, и никого не могут лишить жизни, свободы или собственности без надлежащей правовой процедуры. (Этот термин применялся уже в V поправке 1791 г., первоначально в контексте уголовного права.) Хотя понятие собственности, которой нельзя лишить без соблюдения надлежащей процедуры, толкуется весьма широко (сюда включаются и законные ожидания, например, надежда на дальнейшие социальные блага), не является конституционным закон, категорически исключающий возникновение такой защищенной ситуации, законного ожидания [*Board of Regents v. Roth* 408 U.S.564 (1972)]. Непродление контракта преподавателю, назначенному на один год, не нарушает конституцию даже в том случае, если это решение принято безо всяких переговоров и если есть закон, делающий возможной такого рода процедуру.

262 Английские судьи называют это "естественной справедливостью". Важность этого принципа признавалась уже в прошлом столетии со ссылкой на то, что сам Господь Бог выслушал Адама и Еву перед тем, как изгнать их из рая.

263 Ср. *Horwitz M.* Book review (of *E.P. Thompson. Whigs and Hunters*) // *Yale Law Journal*. 86. P. 561,566. "Господство права создает формальное равноправие — немаловажное достоинство, но способствует неравноправию тем, что формирует такое сознание, которое радикально отделяет право от политики, цели от средств, процессы от результатов. Служащее процессуальной справедливости, оно дает возможность ловкому, расчетливому и богатому манипулировать формами права в своих целях. Оно принимает и оправдывает атомистическое толкование человеческих отношений, строящееся на соперничестве и раздорах".

Необходимо во всех отношениях облечь государственную волю в юридическую форму, иными словами, право должно распространяться и на государственные органы. Более того, государственные органы могут действовать только на основе законных полномочий, т.е. государственные органы связаны законами. Не только потому, что эти органы обязаны применять предписания правовых норм, но и потому, что они не могут осуществлять свою деятельность без соответствующих

208

полномочий. Об уровне законности правового государства можно судить по тому, насколько однозначны нормы, относящиеся к деятельности государственных органов, в какой мере они располагают правом действовать по собственному свободному усмотрению, особенно если эти государственные органы затрагивают своей деятельностью права человека. Однако само по себе правовое определение и регулирование деятельности государства не обеспечивают конституционную свободу. Там, где все происходит по государственным предписаниям, негибкость и предопределенность делают жизнь невыносимой. Слишком много и слишком мало юридических предписаний — равным образом яд, и не все согласятся с господином государственным министром Гёте в том, что порядок организованного угнетения лучше, чем непредсказуемость.

Для реализации влияния, ограничивающего произвол и анархию права и законов, для того, чтобы право было предсказуемым, должны соблюдаться определенные требования формального характера. Поскольку к одной и той же жизненной ситуации неизбежно может относиться несколько правовых норм, нужно суметь решить, какая из них должна применяться в данном случае. В интересах этого решения, а также в интересах осуществления иерархии между государственными органами и верховенства центральной власти правовые нормы должны быть представлены одна по отношению к другой в иерархической последовательности.

В современном парламентаризме парламент представляет собой привилегированный законодательный орган. В соответствии с этим правителю вместе с парламентом необходимо было принимать закон как решение высшего уровня. Позднее исполнительную власть законодательная власть наградила правом первичного нормотворчества в принципе лишь во все сужающихся рамках королевских привилегий [264]. Руссо связал иерархию норм с источниками права: принятый народом закон как выражение всеобщей воли представляет собой высший и одновременно исключительный источник права. Верховенство закона стало конституционным требованием.

Иерархия источников права отражает иерархию государственных органов. По существу, правовые нормы имеют свои уровни, и по отношению к норме, стоящей в иерархии ниже, нужно применять норму

209

264 Сегодня в британском праве привилегии монарха как представителя исполнительной власти сводятся к вопросам внешней политики и к помилованию. "Согласно конституционному принципу, если компетенция исполнительной власти, дающая ей возможность вмешиваться в дела собственности или свободы подданных, оказалась под контролем парламента и регулируется непосредственно законом, то она исходит в данном случае не из привилегий Короны, а от Парламента" (Lord *Par Moor*. A-G. v. De Kcyser's Royal Hotel [1920] A.C. 508, 575-576).

высшего уровня. Законодательство может влиять или определять ее деятельность в первую очередь тогда, когда законы пользуются верховенством по сравнению с административными актами [265].

Иерархия источников права играет столь важную роль в структуре всякой правовой системы, что даже в советской законности она считалась основополагающим тезисом. Ленин, впадая в отчаяние, подчеркивал, что закон не может быть одним в Калуге и другим в Казани. Однако даже советское право, несмотря на большие возможности централизации, не сумело решить эту проблему, и российская Конституция 1993 г. продолжила традицию путаницы и беспорядка [266].

Принципы действия иерархии источников права дополняются четырьмя древнейшими правовыми тезисами [267]:

- правовая норма того же уровня, но принятая позже, делает предыдущую недействительной, т.е. действительно всегда последнее повеление;
- если дана специальная и общая норма, применяется специальная независимо от времени ее принятия;
- закон не может иметь обратной силы, в противном случае правовые нормы вообще не имели бы никакой обязательной силы (всегда и все можно было бы задним числом изменить);
- законы должны иметь всеобщее применение, т.е. они не могут относиться к определенному лицу или делу (запрещение законопроектов о лишении гражданских прав).

Американские разработчики Конституции считали некоторые из этих принципов настолько важными, что включили их в Конституцию — не как подчеркнуто основное право, а как обязательство, касающееся законодательства. Другой вопрос, что запрет "обратной силы", который американцы сЦустья всего десять лет после принятия Конституции ограничили уголовным правом, важен и с точки зрения защиты основных прав, так как в противном случае игнорируется предположение, согласно которому разумный человек может соблюдать право, если есть возможность с ним ознакомиться, и чувствовать

210

необходимость соблюдать его, если он видит, что норма в своей всеобщности касается всех.

В Германии уже в XIX в. верховенство права было конституционным требованием, которое государственная администрация была обязана соблюдать. Эти требования и сформулированные в них принципы германский Основной закон распространил также и на законодательные органы. Правда, согласно абз. 3 ст. 20 Основного закона ФРГ, "законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие — законом и правом". Таким образом, законодатель связан только конституционным порядком, тогда как принципы верховенства права (соблюдение "закона и права") налагает

265 О делегированном законодательстве см. гл. 4.

266 Неясно отношение между законом и президентским указом: Президент как будто бы имеет право первичного законодательства до момента, пока законодатель не примет по данному вопросу закон. Неясно также, в какой мере национальный парламент может отменять законы, принятые субъектами федерации.

267 По мнению профессора И. Раза, право должно быть ориентировано на будущее, быть открытым, ясным и относительно стабильным; принятие законов должно сопровождаться открытыми, постоянными, понятными и общими правилами; необходимо обеспечить независимость судов и соблюдать принципы естественной справедливости; власть "свободного усмотрения". *Raz J. The Rule of Law and its Virtue // Law Quarterly Review. 1977. №93. P. 198.*

обязанности на администрацию (исполнительную власть) и на судебные органы, а также, как гласит ст. 28, на земли. Но в толковании принятых законов требования правового государства осуществляются и в отношении законодательства; более того, германский Основной закон, как и американская Конституция, непосредственно содержит целый ряд положений верховенства права. В соответствии с этим свобода может ограничиваться только законом (в случае отдельных фундаментальных прав, закон должен отвечать требованиям по форме и по содержанию). Основной закон требует институционализации процедур, которые предусмотрены на случай будущих изменений в праве (отсюда снова следует запрет на обратную силу закона, но не как фундаментальное право, а как предписание, касающееся отправления правосудия). В учрежденных законами процедурах обязательно должно быть обеспечено право быть выслушанными. Но больше всего процессуальных гарантий суд вывел непосредственно из общего принципа верховенства права (прежде всего права на защиту). Осуществляться должен, по крайней мере относительно регулирования основных прав, и принцип пропорциональности. Принцип пропорциональности (*Verhältnismässigkeit*) восходит, по крайней мере, к Фридриху Великому: в *Allgemeines Landrecht* (Всеобщем законе) (II.17.§ 10) предписывалось такое применение полицейских полномочий, как принятие мер, необходимых для сохранения общественного порядка, спокойствия и безопасности (следует понимать: *только* необходимых).

Эту внутреннюю связанность французы обозначали понятием законности (термин "законность" употребляется здесь в специфическом смысле и означает связанность государственной администрации определенными принципами).

Для реализации вышеописанной определяющей роли законов и правовых норм соответствие деятельности государства правовым нормам должно рассматриваться независимым форумом. Согласно французской правовой концепции, гражданин, потерпевший убыток из-за того, что действия властей не соответствовали правовым нормам,

211

может обратиться в суд общей компетенции с требованием возмещения убытков. Точно так же государство может привлечь к уголовной ответственности чиновника, нарушившего закон, в рамках общего суда. Однако французская правовая концепция, также с учетом разделения властей, отрицает осуществление судебного контроля над Исполнительной властью. Оценка законности, соответствия правовым нормам поручена органу, хотя и независимому, но формально остающемуся в рамках исполнительной власти, государственной администрации — Государственному совету (*Conseil d'État*). В Германии для этой цели был сформирован отдельный административный суд.

В Великобритании викторианские воззрения XIX в. ставили во главу угла юридическое санкционирование и ограничение власти государства. А. Дайси утверждает, что из принципа верховенства закона вытекает следующее:

- наказывать можно лишь в соответствии с предварительными предписаниями закона. Государственные власти, лица, правомочные принимать решения и применять насилие, не могут прибегать к насилию произвольно, не могут принимать решение только по своему свободному усмотрению;
- право применяется равным образом ко всем (все равны перед законом), гарантией чего является тот факт, что все дела одинакового типа поступают на рассмотрение одного и того же общего суда;
- в отношении государства и лиц, представляющих государственную власть, действительны те же правовые нормы, что и в отношении граждан. Если государство или его служащий нарушает закон, то он несет за это такую же ответственность, что и любой гражданин. "Каждый служащий, начиная от премьер-министра и кончая

постовым полицейским или сборщиком налогов, за поступок, не имеющий под собой правовой основы, несет такую же ответственность, как и любой гражданин" [268].

Точка зрения Дайси для многих стран может служить примером и стала таким же политическим кредо, что и столетием раньше позиция Монтескье. Причина та же: Дайси, как и Монтескье, неверно характеризовал английскую систему [269].

212

С ростом объема социальных услуг государства социалисты, близкие к Кейнсу, стремились к расширению дискреционной власти государства и подвергали яростным нападкам миф Дайси о государственной администрации, подконтрольной суду. Парламенты с лейбористским большинством стремились отстранить суды, симпатизирующие аристократии, от судебного пересмотра. Поскольку лейбористы-социалисты отводили государству гораздо более существенную роль, чем тори и виги (либералы), упрочилась роль законодателя, дающего полномочия центральной администрации (министр должен формировать социально-бытовое обслуживание так, как он считает нужным). Таким образом, законодательно стали регулироваться и содержание, и процедура контроля. Однако правительство контролируют в известной степени более квалифицированные, чем суды, квазисудебные независимые органы. (Э. Бивен, министр, создавший современную английскую службу здравоохранения, считал эти органы более надежными в политическом отношении, чем суды, готовящиеся, по его мнению, к политическому саботажу.)

С тех пор правовое ограничение администрации многие подвергают критике со ссылкой на то, что в этой связке "легализм" становится патологическим [270]. Однако в последние десятилетия, по крайней мере на континенте, внимание (вновь) привлекла к себе первоначальная (и, конечно, известная гораздо раньше, и не только в Англии) правовая связанность Дайси. Действия государственных органов, насколько это возможно, нужно связать правовыми нормами. (Это не обязательно неблагоприятно для государственной администрации, потому что таким образом она избавлена от последующего и непредсказуемого привлечения к политической и юридической ответственности.) Характерная для правового государства (конституционная) связанность сталкивается с неокорпоративными стремлениями. В соответствии с ними закон развязывает администрации руки и обеспечивает главным образом пустое пространство, которое затем заполнится соглашениями с представителями объединений по конкретным интересам, например, по вопросам трудоустройства в согласительных советах или, например, по вопросу субсидирования развития промышленности в ходе "консультаций" с получающими субсидии.

В любом варианте из принципа господства права следует, что действия государства, нарушающие закон, подлежат судебному обжалованию: решение нужно отменить, возможный ущерб возместить,

213

обеспечить восстановление нарушенных прав, защитить ущемленные интересы. Эта точка зрения существенна также и в том случае, если закон, даже в развитых конституционных

268 *Dicey A.* Introduction to the Study of the Law of the Constitution (10th ed.) 1959. P. 188, 193.

269 До 1947 г., например, нельзя было взыскать по суду убытки, причиненные государственной администрацией. Более того, Дайси неправильно толковал и французское государственное право, потому что оно уже в прошлом столетии стремилось не исключать ответственность администрации, а создать такую систему, которая предусматривает возможность пересмотра решений властей с учетом позиции администрации.

270 *Titmus R.* Welfare Rights // *Political Quarterly*. 1971. № 42. P. 113.

системах, предусматривает для правительства возможность оправдания. В Великобритании официально и по сей день действует презумпция: "король не может ошибаться" [²⁷¹]. Еще в 1968 г. в дебатах по законопроекту о расовых связях министр внутренних дел высказывался за полное освобождение правительства от ответственности за незаконную расовую дискриминацию, мотивируя это тем, что вполне достаточно ответственности министров перед парламентом. В том маловероятном случае, если все-таки оказалось, что какой бы то ни было орган управления прибегнул к дискриминации, ему будет предъявлено требование возместить убытки "по справедливости". Конституционный подход — ответственность министров — предназначался здесь для ограничения господства права (однако под влиянием парламентских дискуссий правительство уступило).

Однако без конституционализма и конституционной защиты права, на основе одного лишь верховенства права, защита от деспотизма будет ограниченной, ведь требованию верховенства права удовлетворяет и такая ситуация, когда юридическая связанность государственных органов правом является чисто формальной. Законодательный орган может соответствовать принципу верховенства права, если установит, какой именно государственный орган правомочен выполнять какую-либо весьма широко определяемую задачу полностью по своему усмотрению. После этого исполнительная власть свободна создавать какие угодно органы по своему вкусу. В самом деле, при отсутствии конституционных ограничений, под соусом "регулирования" она может регулировать все, о чем парламент не принял закона. Таким образом, она может приписать себе роль первичного законодателя, и в этом случае уже не будет барьеров, чтобы ограничить ее волю. Даже если созданные исполнительной властью правовые нормы (в силу верховенства права) обязательны к исполнению для нее самой, она в любой момент может их изменить, идет ли речь о первичном или вторичном правотворчестве. В этом отношении разве что запрет обратной силы правового акта может иметь некоторый эффект. Другими словами, исполнительная власть не может применять новые правила к фактам, имевшим место до внесения изменений в ранее принятые.

214

С точки зрения конституционализма можно двумя способами ограничить законотворчество со стороны исполнительной власти:

1) можно потребовать, чтобы каждый административный акт государственных органов, исполнительной власти был привязан к законодательным актам парламента, или можно предписать, что государственные органы или, по крайней мере, типы органов учреждает только законодательный орган;

2) можно ограничить свободу регулирования деятельности государственных органов в отношении самих себя и тем более третьих лиц, особенно по вопросам основных свобод, запрещая вторичное регулирование или связывая его только с прямыми полномочиями; сами же полномочия должны соответствовать определенным условиям. Однако для того чтобы эта система действовала, опять-таки необходима "адекватность" правительственных актов. При нарушении этого условия должна быть предусмотрена возможность обжалования правительственных актов.

Обычный судебный контроль или контроль конституционного совета (отчасти предварительный) может выполнить эти задачи только в определенных пределах.

271 До 1947 г. лишь от никогда не иссякавшей доброжелательности министра зависело, будет ли возбуждено уголовное дело о возмещении убытков, причиненных администрацией.

Европейские суды не проверяют сами уполномочивающие законы. Руководствуясь принципом верховенства права, английские суды и сегодня не берутся запрещать применение закона, дающего безграничные полномочия. Действие закона не приостанавливается даже в том случае, если он содержит предписания, которые без раздумий могли бы быть отменены как противоречащие принципу верховенства права (в данном случае естественной справедливости), если предписание было принято административным актом.

В соответствии с вышесказанным считалось неприемлемым исключение судебного обжалования решений исполнительной власти в случае, когда законодательство полностью поручило министру дела, связанные с национализацией за рубежом. В принципе, закон (и только закон) может изъять решения властей из-под обычной юрисдикции суда как апелляционного форума [²⁷²].

Согласно принципу верховенства права, под законом как продуктом законодательного органа подразумевается то, что основанное на нем регулирование с помощью административных актов должно быть логичным, справедливым, допускающим судебное обжалование и не допускающим дискриминации. В случае несоответствия этим требованиям суд может отменить такие акты. Все это дает суду почти такие же

215

неограниченные возможности, как те, воспрепятствовать которым мы хотели. В британском праве, например, предполагается разумность министра, издающего административный акт; суд безо всяких проволочек принимает заявление министра о том, что он, прежде чем вынести решение, принял во внимание все обстоятельства и т.д.

До сих пор речь шла о законодательной и процессуальной защите верховенства права. Из верховенства права вытекает возможность судебного контроля над соблюдением правовых норм, однако из сказанного выше следует не только то, что предписания закона необходимо соблюдать. Даже американское понятие "надлежащей процедуры" имеет узкое толкование: например Ренквист, главный судья Соединенных Штатов, по сей день придерживается таких взглядов, что, конечно, является удобной точкой зрения в стране, в которой законы предписывают применение соответствующей правовой процедуры.

Согласно более широкому толкованию верховенства права, судебный контроль может осуществляться лишь при наличии специфических условий, независимо от того, говорится ли об этом в применяющемся законе. В требовании законности у французов суммируются содержательные требования, которые способствуют контролю административного правотворчества и контролю решений. В случае *detournement de pouvoir*, т.е. применения власти не с целью делегирования, акт является недействительным. Подобным же образом в английском праве недействителен административный акт исполнительной власти, превышающий границы полномочий (акт *ultra vires*). Формально, конечно, трудно поколебать стандартные английские полномочия, подобные тому, например, как местные власти могут дать цыганам разрешение разбить табор, если просители выполняют "все те условия, которые власти считают необходимым или желательным выдвинуть... в интересах лиц, проживающих в жилых фургонах, в кемпингах, или других лиц, или вообще в интересах общественности" [²⁷³].

272 Выражение "из-под обычной юрисдикции суда" следует понимать с ограничениями, что, на мой взгляд, означает: если какая-либо правовая норма может иметь два толкования, нужно принимать то из них, которое сохраняет обычную юрисдикцию суда.

273 *Caravan Sites and Control Development Act 1960. Section 24. C. 62.* Палата лордов пришла к заключению, что в постановлении нельзя учесть точку зрения лиц, проживающих в кемпингах.

Французская и германская концепции не довольствуются установлением логичности и справедливости административного процесса; сегодня под их влиянием через практику Европейского суда в праве всей Европы растет уважение к принципу верховенства права, который

216

теперь приобретает статус конституционного принципа [274]. Соответственно, принципы конституционного верховенства права лучше всего иллюстрировать на примере минимальных требований, принятых в праве Европейского Сообщества. Среди общих правовых принципов Европейского суда фигурируют требования обеспечения надлежащей правовой процедуры и естественной справедливости. В соответствии с этим власти могут действовать, только если они на то уполномочены и если они могут обосновать свои решения. Тем же, чьи права при этом затрагиваются, должна быть обеспечена возможность высказать свою точку зрения (*audiatur et altera pars* — пусть будет выслушана и другая сторона) и защитить себя.

Равенство является, пожалуй, важнейшим элементом законности, который одновременно обеспечивает судье наибольшую свободу действий. Равенство представляет собой своеобразное требование построения современной правовой системы. Если бы законодательство не считало равными тех, кого оно затрагивает, правовое предписание не могло бы быть всеобщим. Однако требование всеобщего регулирования, в одинаковой мере касающегося всех равных, — форма реализации принципа равноправия людей, принципа, являющегося неотъемлемой составной частью современной государственности. Феодальное право считало людей разными и потому обладающими различными правами, тогда как современное общество зиждется на презумпции равенства людей, по крайней мере в глазах государства, законов. В определенных кругах это реализуется в праве, однако люди, если они считаются равными, различаются между собой. Право должно учитывать и эти различия [например, оно должно признавать "недобросовестность" преступников, "заслуги" прилежных тружеников (нажитое имущество и т.п.)]. Отсюда следует технический смысл равенства: обращение с людьми как с равными имеет практические пределы. Однако согласно германской конституционной концепции все люди имеют одинаковое человеческое достоинство.

Все это не решает вопрос практической законности: в каких кругах должно осуществляться равенство [275]. Дело в том, что в юридическом

217

Целесообразность постановления иссякает на том, что компетентные лица или министр, принимающий решение, заявляют: они действовали осмотрительно, с учетом всех фактов. Задача суда не пересмотр целесообразности решения, а проверка того, насколько соблюдаются процессуальные права лиц — участников процесса. На это и распространяется проверка законности. Дело в том, что во всех правовых системах считается необходимым, чтобы участники процесса изложили свои точки зрения.

274 Поскольку члены Европейского Сообщества (Европейского Союза) и конституционно ставят себя в зависимость от права Сообщества, принципы этого права (в том числе признанные Судом) действительны в пределах национальных прав согласно частным национальным конституциям.

275 Классическим случаем одинакового подхода на основе принадлежности к одной категории в сфере Общего рынка является дело об изоглюкозе. С целью сокращения избытка сахара Общий рынок назначил для конкурирующей с сахаром изоглюкозы надбавку к налоговому взносу. Этот взнос, который должны были бы заплатить производители изоглюкозы, настолько поднял бы цены на этот продукт, что производство его стало бы нерентабельным. Суд, чтобы восстановить равенство, отменил налог, причем мера эта имела обратную силу.

смысле равенство означает, что с одинаковыми лицами, т.е. равными с точки зрения цели правового регулирования или затронутыми в одном и том же деле, нужно обращаться одинаково. Согласно этому принципу, защите полагается, по крайней мере, столько же прав, сколько обвинению.

Правовая норма регулирует будущее. Из этого следует запрет ее обратной силы, беспристрастие и универсальность права и тех, кто его применяет. Отсюда же следует требование правовой надежности и защита (приобретенных прав и ожиданий) [276]. Непременным условием применимости правовых норм, имеющих обратную силу, является определенность обратной силы. Право должно быть известным, чтобы люди могли доверять правовой системе. Оценка этого доверия право выражает в защите приобретенных прав и законных ожиданий.

218

6.2. ОТПРАВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ

Правосудие есть гарантия правового государства. Суды призваны беспристрастно рассматривать частные иски, исправлять нарушения права согласно нормам, принятым другой ветвью власти. Само слово "правосудие" является источником честолюбивого и частого разочарования; судебную власть и ее деятельность точнее было бы назвать "отправлением права". В историческом прошлом, однако, законодательство и правосудие не были разграничены столь резко. Согласно одной из основополагающих доктрин английского права позднего средневековья, судьи могли создавать или, по крайней мере, "искать и находить" право. Этот принцип и соответствующая ему практика осуществлялась в Англии и тогда, когда законодательство по структуре, содержанию и форме уже отделилось от судейского правотворчества и начало формироваться в качестве статутного права.

В отличие от правовых норм, устанавливаемых судами, парламентские законы определяют принципы и нормы, которыми предстоит руководствоваться не в соответствии с судебными делами прошлого. Законы решают проблемы, отражающиеся в политическом процессе, в общем плане, заглядывая в будущее.

218

Двойное (судебное и парламентское) законодательство оказалось по многим причинам несостоятельным. Ко времени французской революции судьи представляли собой наиболее ненавистную социальную группу. И хотя они становились все более независимыми от представителей других ветвей власти (по мнению многих, слишком независимыми), это не пошло на пользу правосудию. Независимость судей использовали для повышения тарифов их продажности и тем самым еще более усиливали и без того большую неразбериху в праве.

Французские революционеры утверждали, что ненавистные судьи не могут играть правотворческую роль, ибо у них нет никакой связи со всеобщей волей. В интересах осуществления монопольной роли законодателя задачи судей и судов были сведены исключительно до простого применения права. Что же касается английской традиции, то

276 Один из принципов правового государства состоит в том, что стороны должны вести себя добросовестно, а власти порядочно, и что в случае непреодолимой силы обязующиеся освобождаются от ответственности. Столь же важным, как принцип равенства, является принцип пропорциональности, согласно которому тяготы на членов общества возлагаются только в соответствии с их возможностями в духе аристотелева смысла соразмерного равенства. В ином аспекте это можно сформулировать так: тяготы в интересах общества можно налагать на личность лишь в той мере, которая совершенно необходима для достижения данной цели. См. раздел об ограничениях основных прав человека.

здесь судьи играли иную роль. Судейские места нельзя было купить, судьями становились либо граждане, непосредственно пользовавшиеся общим уважением (мировые судьи, присяжные), либо бывшие адвокаты, завоевавшие признание коллег. Англосаксонская правовая концепция с полным основанием считала суд противовесом исполнительной власти.

В конституционных системах роль вершителей правосудия как ветви власти оценивается по-разному. Французский подход просто изымает эту деятельность из сферы двух других ветвей власти, т.е., как бы это ни было парадоксально, этот вариант более всего приближается к идее полного разделения властей. В свою очередь, английская и германская концепции допускают, чтобы суды контролировали законность деятельности исполнительной власти, по крайней мере в известных границах. Наконец, по американской концепции судебная власть является подлинным противовесом исполнительной власти, поскольку суд в конкретных делах может пересматривать акты законодательства с точки зрения конституционности. Сегодня общепризнанно, что если бы право применял тот, кто призван творить право, то это не только создало бы практически неразрешимые проблемы, но и было бы неприемлемо из соображений обеспечения беспристрастности. Законодатель слишком пристрастен в политическом отношении. Исполнительная власть непригодна для осуществления правосудия по этой же причине, хотя по большей части право для урегулирования конфликтов применяют органы исполнительной власти и созданные ею независимые объединения.

Для конституционной деятельности правовой системы (правового государства) необходимо, чтобы правосудие было беспристрастным: для этого праву изначально необходимо обеспечить организационные

219

условия, независимость судей. Монтескье считает, что правосудие может отвечать этому требованию в том случае, если оно представляет собой самостоятельную ветвь власти:

"Нет свободы, если судебная власть не отделена от законодательной и исполнительной властей. Если она примыкает к законодательной власти, власть над жизнью и свободой граждан станет произвольной, ибо судья будет законодателем. Если она примыкает к исполнительной власти, судья может обрести власть угнетателя" [²⁷⁷].

Независимость от остальных ветвей власти означает, что власть имущие не могут влиять на приговоры в конкретных делах. Беспристрастие означает несколько больше в том смысле, что необходимо учредительно исключить даже видимость того, что судья в данном деле пристрастно относится к сторонам. Интересно, что отделение правосудия от других ветвей власти (по причине исторических традиций и технических трудностей) не всегда совершенно на уровне назначения судей. В американской системе судей штатов избирают (за исключением указанных в законе случаев) непосредственно граждане, на определенный срок, в то же время членов Верховного суда назначает Президент как глава исполнительной власти, но с согласия Сената. Федеральные суды первой инстанции согласно Конституции создает Конгресс. По многовековой практике Конгресса, процесс назначения судей первой инстанции такой же, что и судей Верховного суда.

Британский парламент сохранил свою традиционную судебную функцию, его верхняя палата, в принципе, действует и как суд, но в то же время лорды-судьи могут принимать участие и в законодательном процессе.

277 *Montesquieu. The Spirit of Laws. N.Y., 1949. P. 152*

В германской системе, основанной на профессиональном судействе, членов верховных судов избирают совместно исполнительная власть (министры юстиции земель) и лица, назначенные законодателем. Французский законодатель не играет роли в назначении, но председателем Судебного совета, занимающегося делами судей, является Президент, а его заместителем — министр юстиции; членов Совета назначает Президент.

Полное разделение и самоопределение судебных органов также на уровне назначения и освобождения в наибольшей мере обеспечивает итальянская Конституция. Вероятно, не случайно именно в Италии судебная корпорация стала подлинным противовесом парламенту и исполнительной власти, средством политического контроля, к тому же

220

благодаря не деятельности традиционного конституционного суда, а проведению уголовных процессов против политиков.

После назначения судей везде, по сути дела, заканчивается официальная возможность влияния других ветвей власти на судебную власть. Полномочия судей могут быть прекращены (за исключением случаев выбора народом) только по мотивам недостойного поведения судей или достижения ими пенсионного возраста. Иногда в конституции содержатся предписания, обеспечивающие материальную независимость судей (их жалование не может быть уменьшено, что, конечно, поднимает интересные вопросы, требующие разъяснения в странах, борющихся с инфляцией).

Однако правосудие представляет собой проблему не только в аспекте отношений между ветвями власти, но и основополагающую проблему—с точки зрения осуществления гражданских прав (в том числе и конкретного осуществления конституционных основных прав и свобод). О праве можно говорить лишь в том случае, когда имеется форум, на котором с хорошими шансами могут быть предъявлены обоснованные требования. Под хорошими шансами следует понимать добросовестный, честный подход к делу, т.е. шансы, которые дает процедура, справедливая в формальном смысле слова. Честный, добросовестный подход к делу может быть обеспечен двумя путями. С одной стороны, необходимо произвести рассмотрение дел в суде (принцип судебного рассмотрения), с другой — чтобы сам суд вел дела надлежащим образом (принцип честности или законной процедуры).

Из основных требований наличия суда в силу их конституционной значимости и роли в правовом государстве следует выделить следующие:

- только суд может привлекать к ответственности и особенно наказывать ограничением свободы за преступление;
- все права должны быть реализуемыми в суде;
- должна быть гарантирована возможность обжалования любого правонарушения перед беспристрастным судом.

Германский Основной закон допускает возможность судебного обжалования любого нарушения властями основных прав человека, между прочим, и сам закон, дающий конкретное право, может быть обжалован в суде (что, однако, по принципам правового государства почти без исключения означает судебный пересмотр на каком-либо уровне). Согласно Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (п. 1 ст. 6), "каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, на справедливое и

221

публичное разбирательство дела в течение разумного срока независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона" [278].

Право на судебное рассмотрение предполагает, что судебное дело может быть возбуждено против кого угодно, никакие привилегии не могут служить основой для освобождения от судебной ответственности, т.е. с точки зрения применения закона все равны. С другой стороны, принцип судебного рассмотрения предполагает, что против каждого человека дело можно возбудить только в том суде или привлечь его к ответственности может только тот суд, который уже до начала процесса был компетентным в его деле. Это так называемое право на "естественного" или законного судью.

Логическим распространением этого права является запрет на создание особых судов. И совсем недопустимо ставить кого-либо перед судом, созданным уже во время начавшегося рассмотрения дела. Под особыми судами понимаются не суды, обособленные по предмету дел — специализация может быть полезной для правовой защиты. Если специализация требует особых подходов в отношении процедуры или состава суда, это еще может быть приемлемым. Недопустим, однако, особый суд при одном и том же типе дел, различающихся лишь личными качествами или намерениями осуждаемых, ибо это создало бы слишком большую опасность нарушения независимости и основных принципов судебного процесса. Поэтому с точки зрения конституционализма чрезвычайно сомнителен институт военных судов. Их ничуть не делает более приемлемыми то обстоятельство, что они действуют и в правовых государствах, между прочим, чутко относящихся к соблюдению принципа конституционности. Продолжающееся и почти не вызывающее протеста существование особых судов показывает, что соображения государственной безопасности в современном мире все еще может устанавливать пределы конституционности. Ни военная (государственная) тайна [279], ни сословные привилегии вооруженных людей ("судить солдата может только солдат") не выдерживают критики в

222

качестве аргументов в пользу существования особых судов [280]. Военный суд имеет такое же отношение к суду, как военная музыка к музыке. Если даже формально военных судей включить в систему судов общей компетенции, как в Венгрии (что, конечно, нельзя недооценивать), из этого в лучшем случае последует лишь то, что военным оркестром будет дирижировать Франц Легар.

По традиции особый суд представляет собой классическую форму антиконституционного ограничения прав: деспотическая исполнительная власть всегда найдет несколько таких авторов приговоров, которые исполнят или угадают политическое намерение. Горький опыт

278 К этой категории относится значительная часть страсбургских дел, в первую очередь, по той причине, что слушание, которое толкуют как приговор, всюду затягивается, а также потому, что гражданское право здесь толкуется весьма широко по сравнению с внутригосударственным правом и судебное рассмотрение происходит и в тех случаях, когда внутригосударственное право довольствуется, например, решением профессиональной корпорации. Бельгия была вынуждена изменить из-за этого несколько законов.

279 Связанные с государственной тайной вопросы могут возникнуть в ходе любого судебного процесса, в таких случаях может быть ограничена публичность заседаний. С другой стороны, если уж необходима обособленность, она должна основываться на характере дела, но уж ни в коем случае не на личности человека, привлекаемого к судебной ответственности.

280 В 1986 г. французский парламент принял так называемый закон Паскуа, в котором отнес рассмотрение дел о террористических актах к юрисдикции судейской коллегии, состоящей исключительно из профессиональных судей, с целью защиты присяжных заседателей от дальнейших нападений террористов. Конституционный совет не нашел это антиконституционным за отсутствием необоснованной дискриминации по отношению к подозреваемым в терроризме. Процессуальное различие вытекало из специфического характера преступления.

американских революционеров (злоупотребления англичан) побудил их ввести понятие суда присяжных в Конституцию. Присяжный суд был судом, оправдавшим служащего типографии Ценгера, которого по закону и суду следовало бы заключить в тюрьму за нападки и клевету на английского губернатора [281].

Беспристрастный и независимый суд способен приблизиться к фактической истине и способствовать осуществлению прав в том случае, если в ходе процесса действительно открывается возможность для подтверждения права, если привлеченный к суду не оказывается в подчиненном положении. Именно поэтому одно из конституционных требований состоит в том, чтобы конституция гарантировала права сторон перед судом и права обвиняемого в уголовном деле, чтобы осуществлялись основные гарантии, защищающие обвиняемого.

Текстовые варианты конституций и в этом отношении могут быть различными. Во французской Конституции 1791 г. содержалось на этот счет лишь предписание, согласно которому никого нельзя держать под

223

арестом без законных оснований. Это, однако, нужно читать вместе с Декларацией 1789 г., в которой уже сформулирована презумпция невиновности ("никого нельзя считать виновным до приговора суда"). О самом судебном процессе в этом историческом документе, правда, ничего не сказано. Согласно германскому Основному закону, также не слишком многословному в этом отношении, необходимо обеспечение возможности для всех быть выслушанными (как в гражданском, так и в уголовном деле) [282]. В то же время Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. перечисляет процессуальные права почти так же подробно, как и основные принципы процессуального кодекса.

224

Глава 7

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД. КТО СТЕРЕЖЕТ СТРАЖЕЙ?

7.1. Мэдисон проигрывает процесс и выигрывает полномочия. 7.2. Триумф судебного контроля над конституцией. 7.3. Толкование и пересмотр конституции.

Подлинным законодателем будет тот, у кого абсолютная власть толковать закон

(Из проповеди епископа Ходи в присутствии Его Величества, 1717 г.)

281 Присяжные приняли аргументацию защиты, согласно которой они сами полномочны решить вопрос о соответствии утверждений фактам, иными словами, соответствуют ли действительности обвинения, высказанные в адрес английского губернатора. Согласно английской юридической практике, губернатора так просто нельзя обвинять в печати. Посткоммунистические правительства и одно из самых ранних американских правительств в равной мере настаивали на "английской концепции". Насколько был важен для американцев суд присяжных, видно из того, что право на рассмотрение дела судом присяжных содержалось не в принятом задним числом в 1791 г. как поправки Билля о правах, а в ст. III самой Конституции, которая в VI поправке была дополнена тем, что каждый человек, обвиняемый в уголовном преступлении, имеет право на быстрое рассмотрение своего дела в беспристрастном суде присяжных.

282 Германский Основной закон выводит другие процессуальные права (например, право иметь адвоката, переводчика) из характера правового государства или из принципа человеческого достоинства. Право быть выслушанным представляет собой решающий принцип и в концепции Европейского суда (Люксембург).

7.1. МЭДИСОН ПРОИГРЫВАЕТ ПРОЦЕСС И ВЫИГРЫВАЕТ ПОЛНОМОЧИЯ

В процессе становления конституционализма стремление к ограничению власти пребывало в какой-то странной напряженности по отношению к доктрине суверенитета парламента и верховенства законодателя. Конституционализм покоится на верховенстве конституции, следовательно, акты законодательной власти должны соответствовать конституции. Но что произойдет, если законодатель оставит без внимания предписания конституции и примет противоречащий им закон? Поскольку принимать законы может только законодатель, поскольку над парламентом как над законодательным органом никто не стоит, никто не может судить и об антиконституционности актов законодательства. В таком случае, кто же стоит на страже конституции и следит за ее соблюдением?

Контроль, осуществляемый разделенными ветвями власти друг за другом, явно недостаточен. Если власти разделены, то может произойти, в крайнем случае, следующее: при необходимости принять совместное решение, одна из сторон, ссылаясь на антиконституционность предложений другой, откажется от сотрудничества. Там же, где одна из ветвей власти принимает решение самостоятельно, другая может прибегнуть к политическим или юридическим санкциям, например, таким, как вотум недоверия, роспуск или отзыв, сопряженный с возбуждением уголовного дела, привлечением к ответственности (каковым является импичмент по отношению к президенту). Все это, однако, не в

225

состоянии урегулировать вопрос о правовых нормах, возникших в нарушение конституции, особенно вопрос о законах, которые остаются действующими независимо от прочих возможных санкций конституционного права или политических санкций.

Мало успокоительного и в назначении блюстителем конституции какой-либо ветви власти, принимающей первичные решения, или государственного органа, поскольку они: а) не будут обеспечивать защиту конституции в отношении своих собственных актов; б) приобретут такие дополнительные по сравнению с другими ветвями власти или государственными органами полномочия, которые могут нарушить баланс между властями. К тому же какой орган ни стал бы блюстителем конституции, мы наверняка окажемся в конфронтации с доктриной верховенства законодательной власти.

Не возбраняется рассуждать и так: исполнительная власть может оставить антиконституционный закон без внимания, а судьи могут его не применять. В первом случае может возникнуть анархия, поскольку исполнительной власти в любой момент может прийти в голову мысль оставить без внимания какой-либо закон как антиконституционный. Если же судьи не будут применять закон, считающийся неконституционным, это также будет угрожать правовой безопасности: то, что в одном суде конституционно, в другом таковым не будет. К тому же различные правовые системы и конституционные концепции отводят правосудию различную роль. Классическая французская концепция гласит, что судья существует для того, чтобы применять закон, а не для того, чтобы пересматривать его. Англосаксонская концепция общего права, несомненно, отличается большей гибкостью, поскольку здесь от судьи, согласно средневековой традиции, ожидалось применение "конституции". В случае необходимости он мог отказаться применять закон, т.е. суверенную волю, ссылаясь на конституцию.

По традиции оценка конституционности законов определялась взглядами на роль судей. На Американском континенте уже в колониальные времена существовала традиция, согласно которой судьи непосредственно применяли конституции отдельных колоний и английскую конституционную традицию против местного законодательства. В этом смысле они

следовали концепции общего права времен, предшествующих английской революции (1688) [²⁸³].

226

По всей вероятности, филаделфийские учредители Конституции США придерживались этой традиции, взяв ее за основу. Гамильтон писал: "Судьи должны считать Конституцию основным законом, и это действительно так. Именно поэтому их дело — определить содержание Конституции... Если между Конституцией и законом окажется непримиримое противоречие, Конституцию нужно предпочесть закону, намерение народа — намерению представителей народа... Это не предполагает верховенства судебного органа над законодателем... Всякий раз, когда данный закон противоречит Конституции, суды обязаны отдавать предпочтение последней и оставлять без внимания первый" [²⁸⁴].

Тем не менее пришлось ждать 25-летия Конституции Соединенных Штатов, прежде чем Верховный суд объявил федеральный закон антиконституционным [²⁸⁵]. Судебный процесс, в ходе которого разбиралось это дело, во всех его драматических подробностях представляет собой конституционное судопроизводство вообще и содержит в себе все последующие раздоры между конституцией, с одной стороны, и защитой республиканской демократии — с другой, а также сравнительно гармоничное урегулирование отношений между ними, в частности [²⁸⁶].

В 1801 г. партия федералистов потерпела поражение на выборах, и Президентом стал Джефферсон. Будучи американским послом в Париже во время французской революции, Джефферсон на основании местного опыта твердо знал, что всякое правительство очень скоро становится коррумпированным и деспотическим. Как убежденный сторонник Руссо, он видел лекарство от этого недуга в том, что люди должны свободно высказывать свою точку зрения по любому вопросу и что всеобщая воля должна противостоять выборному правительству. Этот "заклятый враг деспотизма всех разновидностей" еще за пятнадцать лет до его избрания Президентом оказался во главе государства, при его активном участии обустроенного с такими намерениями, чтобы в нем властвовали не люди, а законы. Понятно поэтому, что Джефферсон враждебно относился к судам, в том числе и к Верховному суду, — якобы беспристрастному — призванному ограничивать народную волю путем ограничения

227

283 По делу *Bonham* суд определил следующее: "Из протоколов видно, что во многих случаях на основе общего права контролируются парламентские законы, которые время от времени объявляются полностью недействительными. Если закон противоречит обычному праву и здравому смыслу или исполнение его невозможно, он подпадает под действие общего права, согласно которому такой закон недействителен" (*Dr. Bonham's Case*, (1610), 8 Co. Rep. 113b, 114a). "Не далее, как в XVII в. общим местом стало положение, гласящее, что статуты, противоречащие смыслу общего права, юридически ничтожны" (*Keir D.L., Lawson F.M. Cases in Constitutional Law*. 6th ed. Oxford, Clarendon, 1979. P. 1).

284 *The Federalist Papers* (Hamilton). P. 467-468

285 *Marbury v. Madison* (1803), Cranch 1,137

286 В дальнейшем я опираюсь на работу: *Smith P. The Constitution. A Documentary and Narrative History*. N.Y., 1978.

законодательного органа [287]. Джефферсон, который верил в демократию, считал Суд, воплощающий аристократизм, одним из своих заклятых врагов, в первую очередь, потому, что судьи, назначенные еще прежним режимом партии "федералистов", были их сторонниками. Коллизия между защитой Конституции и верховенством народного представительства произошла сразу же во время избрания Джефферсона. Провалившийся на выборах Президент Адамс "на прощание" спешно назначил на вакантные должности своих сторонников, в том числе мировым судьей — У. Мэрбери, но мандат Адамса истек прежде, чем было проведено официальное введение Мэрбери в должность. Джефферсон немедленно распорядился приостановить исполнение всех назначений Адамса, назвав это "издевательством над хорошим вкусом". Мэрбери попытался правовым путем добиться исполнения назначения, обратившись в суд с прошением о приказе (мандамусе), который обязывал бы исполнительную власть оформить назначение. На основании Закона о судах 1789 г. Верховный суд имел право издать такой приказ.

Главный судья Маршалл, государственный секретарь в правительстве Президента Адамса, назначивший Мэрбери на должность подобно мне, оставленной федералистами на поле брани, начал с заявления, что Суд располагает необходимой для рассмотрения данного дела юрисдикцией. Это вызвало возмущение республиканцев, составлявших большинство в Конгрессе. "Пора покончить с властью судей! Мы не потерпим, чтобы федеральный суд командовал исполнительной властью с помощью мандамусов!", — требовал представитель штата Виргиния Рэндольф. Большинство в Конгрессе сошлось на том, что закон 1789 г. нужно отменить.

Верховный суд оказался перед почти неразрешимой проблемой. С одной стороны, было ясно, что Дж. Мэдисон, компетентный государственный секретарь, и Президент Джефферсон не подчинятся решению Суда, у которого нет армии, чтобы принудить их к повиновению. В результате для Суда все дело пошло насмарку [288].

228

Маршалл, видимо, понял, что институт мандамуса дает суду слишком большую власть, которая может погубить его, ибо у него нет возможности реализовать свое право. Пока Верховный суд спорил о ман-дамусе, Конгресс проголосовал за отмену Закона об окружных судах. Да, но что если Суд объявит антиконституционной и саму эту отмену? Одновременно с законом об отмене были перечеркнуты, конечно же, в нарушение Конституции, две последующие сессии Суда. Прошло четырнадцать месяцев, прежде чем Суд смог приступить к рассмотрению иска Мэрбери. Республиканцы готовились к расправе:

"Члены Верховного суда должны быть низложены правительством и Палатой представителей. Они несносны и упрямы. На их место найдутся люди с более гибкими нервами", — требовал конгрессмен из Нью-Хэмпшера У. Пламер [289].

287 В 1818 г., когда Джефферсон уже давно не был Президентом, он безмерно возмущался тем, что в деле Dartmouth College был проигнорирован закон, принятый свободно wybranными депутатами штата Нью-Хэмпшир, в духе демократизма изменивший первоначальный учредительный документ колледжа. Суд вынес решение в защиту "прав собственности". Джефферсон и в этом усмотрел, скорее всего, не без оснований, признаки аристократизма суда.

288 Конгресс пригрозил немедленно отменить только что принятый в 1801 г. Закон об окружных судах, что стало бы тяжким личным ударом для членов Верховного суда, ибо этот закон освобождал их от обязанности большую часть года разъезжать верхом по стране и творить правосудие в округах (districts). Эта отмена явилась бы весьма чувствительным ударом по федеральному суду, "врагу народной воли", состоящему сплошь из федералистов. (Транспорт — большое место всех судов.)

289 *Smith*. Op. cit. P. 319. Спустя некоторое время по настоянию Джефферсона в Сенате было выдвинуто обвинение (импичмент) против одного из судей, Сэмюэля Чейза, ревностного сторонника

Когда Суд, наконец, собрался, Маршалл начал с того, что назначение Мэрбери законно и не может быть отменено, что обязанность исполнительной власти утвердить его в должности официально — только вот Верховный суд не может издать мандамус, поскольку Закон о судеустройстве предоставляет ему полномочия на это вопреки Конституции. (Согласно Конституции, мандамус он мог издать, будучи кассационным судом.) Раздел Закона о судеустройстве недействителен.

Вслед за этим Маршалл делал выводы относительно ограничений власти законодателя. Конституция была написана для того, чтобы напоминать о них. Если препятствия можно преодолеть, то ограничениям правительства придет конец. Утверждения, что всякий закон, противоречащий Конституции, подвластен ей и что законодатель не может с помощью обычного закона изменить Конституцию, — "слишком простой тезис для того, чтобы можно было его оспаривать".

"Среднего пути здесь нет... закон, противоречащий Конституции, недействителен, и это связывает как суды, так и другие ветви власти".

Верховный суд почти что капитулировал: не нужно было делать назначения, тем самым прекратил существование один источник, угрожающий в данный момент судебной власти. Спустя несколько недель

229

была объявлена конституционной и отмена Закона об окружных судах. Верховный суд сдал еще одну позицию. В действительности же тяжкое поражение потерпел законодатель, т.е. база власти, противостоящей в данный момент партии: он оказался под контролем Конституции и Суда, защищающего Конституцию; но в какую сладкую обертку была завернута эта горькая, медленно растворяющаяся пилюля!

Нападки на Суд затихли лишь на время. Вскоре Джефферсон попытался по одному привлечь судей к уголовной ответственности. После этого он сделал попытку изменить Конституцию, чтобы назначить новых судей. Это ему не удалось, но два судейских места освободились, что дало возможность утвердить "своих" людей. Но чего стоит власть назначения без власти отзыва? Кому можно доверять после их прихода к самостоятельной власти? Первый же назначенный Джефферсоном окружной судья сразу же отменил по причине нарушения Конституции распоряжение Джефферсона, которое предписывало, ущемляя права штатов, задерживать грузы для воюющих стран. А другой судья, убежденный федералист, представитель противостоящей партии — нашел законы об эмбарго (послужившие якобы основой для указа Джефферсона) конституционными. Законы об эмбарго ограничивали права штатов, и это судья-федералист, верный курсу своей бывшей партии, счел конституционным, к восторгу правительства и Президента. (Президент в бытность свою обыкновенным гражданином был борцом за права штатов.)

Один приговор — туда, другой — сюда, партийная принадлежность судей отменена и забыта. Суд показал себя независимым, и это спасло его. Хотя он постоянно отстаивал свое право на отмену антиконституционных законов и ряд законов штатов был отменен за время длительного пребывания в должности Председателя Верховного суда Маршалла, после дела Мэрбери в течение нескольких поколений ни один федеральный закон не был объявлен

предыдущего Президента. Этот судья выдвинул обвинение против конституции штата Мсрилэнд в подрыве частной собственности и предоставлении страны во власть черни через всеобщее избирательное право. И хотя две партии представляли диаметрально противоположное понимание конституции и конституционализма в этом политическом деле, Чейз, во славу господства права, был оправдан, несмотря на то, что республиканцы располагали двумя третями, необходимым для предъявления обвинения в суде.

недействительным. Самоограничение Верховного суда в деле Мэрбери (т.е. отказ от конкретного права) оказалось политически удачным. Он соответствовал сиюминутным требованиям исполнительной власти и утолил гнев, стремившийся уничтожить суд. Суд наверняка сознавал, что судебское обеспечение верховенства Конституции — дело весьма рискованное как в политическом отношении, так и в смысле утверждения конституционализма. Спустя 30 лет после дела Мербери, главный судья Маршалл утверждал:

"Из всех дел, поступающих на рассмотрение суда, нет вопроса более щепетильного, чем конституционность законодательного акта. Суд должен заниматься этим вопросом и принимать по нему решение, если это совершенно необходимо с точки зрения, рассматриваемого дела.

230

Однако, если можно принять решение на другой основе, из соображений законного уважения к закону нежелательно без необходимости подвергать необдуманном нападкам обязательную силу законов" [²⁹⁰].

Маршалл и его соратники, как видно из процесса сугубо политического характера, сумели удержаться на узкой дорожке, по которой могли бы идти другие ветви власти, представленные враждебным политическим большинством, и в то же время обеспечили самостоятельную роль суда в защите Конституции. Поскольку они не конфронтировали слишком часто с законодателем, им удалось сохранить над ним право контроля. Во избежание конфликтов суды ограничили и собственную власть. Они не пользовались законом, чтобы сохранить полномочия. К 20-м гг. XIX столетия право Суда на конституционный контроль, и тем самым победа конституционализма над чисто народным федерализмом, стало неоспоримым принципом.

Американская модель строится на том, что антиконституционность закона может определить любой судья, рассматривающий текущее дело, если в ходе процесса он должен этот закон применить. Приговор можно обжаловать в разных инстанциях, вплоть до Верховного суда, который вправе рассмотреть спорное дело или отказать в рассмотрении. Отказ принято понимать как одобрение толкования Конституции судом низшей инстанции, однако это молчаливое одобрение не означает прецедент для Верховного суда. Если Верховный суд сочтет тот или иной закон антиконституционным, то этот закон, в основном применительно к будущему, нельзя использовать. Следовательно, американская система связана с конкретными делами, в процессе рассмотрения которых контроль конституционности законов осуществляют общие суды [²⁹¹].

Эта сложная драматическая история со счастливым концом свидетельствует об опасностях, которые подстерегают новый конституционный суд, располагающий даже признанным авторитетом. Когда Верховный суд, имеющий неоспоримый авторитет, в начале 30-х гг. выступил против законов "Нового курса" Президента Ф.Д. Рузвельта, Президент воспользовался старой идеей Джефферсона и предложил изменить состав Суда. Судьба вмешалась и на этот раз: Конгресс уперся, и в результате внезапной смерти нескольких судей и изменения позиций

290 *Marbury v. Madison* (1803). Cranch 1, 137. 2.2. Ed. 60

291 В большинстве латиноамериканских стран оценка конституционных вопросов также дается верховным судом; ирландский Верховный суд может рассматривать такие дела в качестве апелляционного суда (ирландская Конституция, ст. 34.3.2). В этих странах в большинстве случаев общие суды (первой инстанции) могут выносить приговоры по делам о конституционности. Подробнее см.: *Antieau Ch.J. Adjudicating Constitutional Issues*. Occana, 1985.

оставшихся в живых запуганных судей нужда в поправке к закону уже отпала.

Однако конституционному судопроизводству, открыто конфронтующему с политикой по кардинальным вопросам, не избежать печальной судьбы. Когда Верховный суд ЮАР в начале 50-х гг. в так называемом деле "цветных" отменил законы, учреждающие расовую дискриминацию как антиконституционные, правительство целым рядом поправок к Конституции попросту лишило Суд его компетенции. Подобным же образом был отстранен от должности Председатель российского Конституционного Суда (1993), непосредственно вмешавшийся в конфликт между парламентом и Президентом.

7.2. ТРИУМФ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ

Для европейского [292], и в первую очередь для британского, права американская концепция казалась неприемлемой. По британским конституционным понятиям, право законодателя принимать законы нельзя подвергать сомнениям. Более того, суды до самого последнего времени не контролировали конституционность постановлений министров, кроме самых исключительных случаев.

Французская конституционная традиция долгое время отказывалась от конституционного контроля, опасаясь судебского правотворчества и власти судей. Закон, подлежащий применению, судья, не терзаясь сомнениями, должен был считать конституционным [293]. Защита конституционализма в период между двумя мировыми войнами означала лишь то, что суды высшей инстанции стремились придать законам звучание, соответствующее Конституции, а Государственный совет мог давать заключение, не имеющее обязательной силы для правительственных законопроектов с точки зрения конституционности перед их представлением в парламент.

Вопреки преобладающим взглядам на верховенство закона, уже после Первой мировой войны в Австрии появился Конституционный

232

суд, призванный следить за соблюдением Конституции. Этот Конституционный суд удовлетворял требованиям "эстетики права" замкнутой системы Ганса Кельзена — ученого-юриста, сыгравшего решающую роль в разработке австрийской Конституции.

Кельзен выдвигает три аргумента, которые с точки зрения конституционализма обосновывают необходимость существования конституционного суда:

292 Исключением является норвежская практика, соответствующая американской, хотя в последние десятилетия не было примеров объявления закона антиконституционным. В Греции Конституция 1927 г. впервые уполномочила суды не принимать во внимание законы, нарушающие Конституцию, хотя такие приговоры выносили уже в XIX в. и с тех пор, с некоторыми перерывами, придерживаются их.

293 В конце XIX в. французский судья Маньо (Magnaud) оправдал женщину, укравшую хлеб для своего голодного ребенка. Сделал он это, однако, не со ссылкой на антиконституционность соответствующего закона, а потому, что счел предписание закона несправедливым по той причине, что он не делает исключений для дел, подобных данному. Во второй инстанции приговор был отменен, вскоре после чего Маньо покинул судебское поприще.

1. Условие конституционного правового порядка — логическое единство, которое обеспечивается отношением к конституции как к высшему закону [294]. Согласно абз. 1 ст. 1 чехословацкой Конституции 1920 г., разработанной под влиянием Кельзена и опередившей на несколько месяцев австрийскую, "всякий закон, противоречащий Конституции, ее разделам или законам, изменяющим и дополняющим ее, недействителен".

2. Кельзен считал, что различные конституционные органы в ходе выполнения своих задач могут вступать в спор друг с другом, и их акты, в том числе принятые ими законы, могут противоречить конституции. Государственный орган, ответственный за регулирование в какой-либо области, будет оспаривать законность акта другого государственного органа по основаниям несоблюдения юрисдикции. (Австрийская Конституция весьма детально рассмотрела отношения центральных органов между собой и отношения между ними и органами земель, но проигнорировала основные права человека.) Какой-то орган должен решать споры конституционных органов: этим форумом является конституционный суд. Он дополняет конституционные функции законодательного органа, является, по выражению Кельзена, негативным законодателем, так как уничтожает антиконституционные правовые нормы, в то время как позитивный законодатель занимается правотворчеством в позитивном смысле. Согласно Кельзену, для функционирования конституции необходим конституционный суд как государственный орган, отличный от обычного суда [295]. По мнению Эрмакора, который отчасти является последователем Кельзена, конституционное судопроизводство представляет собой эффективную защиту конституции [296]. "Эффективность" в данном случае складывается из выполнения

233

тройного требования: применимости, легитимности и гарантированности.

3. Третья функция конституции — защита прав меньшинств — также может быть осуществлена лишь в том случае, если есть форум, ставящий пределы произволу парламентского большинства: "Если сутью демократии считается не всесильное большинство, а постоянные соглашения, заключаемые в парламенте общественными группами, представленными большинством и меньшинством, а также общественное спокойствие, вытекающее из этого, то конституционный суд представляется особенно подходящим средством для осуществления этой идеи. Когда возникает простая угроза обратиться в конституционный суд, то это может оказаться достаточным средством в руках меньшинств, чтобы воспрепятствовать антиконституционному нарушению большинством интересов, защищаемых правом, а тем самым оказать сопротивление диктатуре большинства, ничуть не менее опасной для общественного спокойствия, чем диктатура меньшинства" [297].

В силу характера австрийской Конституции контроль за соблюдением конституционности был ограниченным: лишь определенные государственные органы могли инициировать процесс, и при нарушении основных прав человека антиконституционность невозможно

294 "Конституция, не располагающая гарантиями против антиконституционных актов, в техническом смысле обязательна не полностью... Конституция, в которой антиконституционные законы могут оставаться в действии по причине того, что их антиконституционность не ведет к их отмене, с правовой точки зрения представляет собой примерно то же самое, что желание, не обеспеченное материальной основой". *Kelsen H. La Garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) // Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger. Paris, 1928. P. 250* (цит. по: *Brewer-Carias A. Judicial Review in Comparative Law. Cambridge, 1989. P. 124*).

295 *Kelsen H. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz. 1931. № 6. S. 576-628.*

296 *Ermaçora F. Grundriss der Menschenrechte in Österreich (Manzsche Verlag), 1988. S. 30*

297 *Kelsen H. Op. cit. S. 253.*

было установить, поскольку Конституция не считалась документом, призванным сделать реальными права человека или естественное право [298].

Подход Кельзена, несмотря на все его ограничения, вызвал ожесточенные споры. Для знатоков американской практики было очевидно, что тот, кто позволяет суду контролировать законы, тем самым открывает путь судебному правотворчеству, более того, открывает ящик Пандоры в деле создания конституции. Дальнейшее возражение состояло в том, что необходимую защиту конституции осуществляет неадекватный орган. Поскольку Кельзен возложил эту задачу на суд, который, в силу своей природы, связан с предложениями (выражать или не выражать недоверие) и не располагает "физической", силой реализовать свои решения в политическом пространстве, то защита конституции будет слабой и бессистемной. Поэтому Карл Шмитт видел защитника конституции скорее в президенте. Президент республики, писал Шмитт в 1929 г., должен в чрезвычайных ситуациях располагать

234

непосредственной властью для активной защиты конституции, а также всегда иметь возможность мобилизовать народ на референдум для отмены антиконституционных законов [299].

После Второй мировой войны в качестве реакции на бесчеловечность нацизма была признана необходимость включения в конституции основных прав человека. (Это означает и более решительное ограничение господства большинства не только в процессуальном аспекте, но и в смысле содержания.) Однако на повестке дня по-прежнему оставался вопрос, как придать действенность этим конституционным правам, как могут влиять на правотворчество эти права и другие принципы конституционализма, относящиеся к организации государства. У создателей нового строя доверять судьям не было особых оснований. Немецкие судьи, особенно исполнявшие свои обязанности в 1945 г., оставались равнодушными к нарушениям прав человека. Более того, они были воспитаны на таких правовых традициях, для которых судебный контроль законов был неприемлем. Правда, в Италии, с 1948 по 1956 г. (пока не был создан Конституционный суд) контролировать конституционность законов были уполномочены общие суды, словно в Америке, однако правовые нормы фашистского периода, нарушавшие новую Конституцию, применялись почти без всяких ограничений.

Решением проблемы был централизованный конституционный суд типа суда Кельзена с более сильной защитой индивидуальных прав. Централизованность обосновывалась простыми соображениями кадровой политики. Всегда найдется десять — двадцать судей с демократическими убеждениями, склонных непосредственно применять конституцию.

На основе этих положений был создан германский, затем итальянский конституционные суды. Там, где конституция правового государства пришла на смену продолжительной авторитарной власти, эта модель, как правило, находила своих последователей. Так было в

298 Австрийская концепция и по сей день зиждется строго на той основе, что толковать можно только данный текст конституции. С 1975 г. возбудить дело может и одна треть депутатов Национального совета — значительная по численности оппозиция.

299 Следует заметить, что, хотя Веймарская конституция, вероятно, обеспечивала судам возможность контроля за соблюдением конституционности в законах, которые надлежит применять, судьи-монархисты, в большинстве случаев настроенные против республики, этой возможностью не пользовались. В том историческом по своему значению деле, когда имперский Верховный суд все-таки воспользовался этим правом, по существу, был оставлен в силе президентский указ, который подчинил центральному правительству прусскую администрацию, в том числе и прусскую полицию, что дало возможность нацистам овладеть берлинскими улицами.

Испании и в подавляющем большинстве посткоммунистических стран. Там, где судьи не потакали нарушению конституционного порядка или где не было необходимости залечивать раны антиконституционной

235

диктатуры, система конституционного контроля законов сформировалась как бессистемная или как неполная, причем для этого, в основном, не создавался особый суд.

Конституционное судопроизводство германского образца строится на дальнейшем совершенствовании системы Кельзена. Определенные государственные органы (правительство, земли, палаты парламента, а позже и ограниченное число депутатов) могут подать прошение в конституционный суд об осуществлении контроля за соблюдением конституционности в том или ином законе. Это абстрактный контроль, не относящийся к конкретному юридическому случаю, и он существенно выходит за рамки решения споров о компетенции, поскольку рассматривает также вопрос о соответствии закона правам человека, фигурирующим в Основном законе. Кроме того, граждане могут обратиться в конституционный суд для пересмотра решений, нарушающих их основные права, по конкретным делам после того, как были исчерпаны все возможности общего судопроизводства, что также открывает возможность контролировать примененные законы с точки зрения их конституционности.

На Европейском континенте традиционная концепция верховенства закона и невозможности судейского контроля наиболее сильной была по историческим причинам во Франции. В конце концов Конституция 1958 г. в известной мере допустила конституционный пересмотр законодательства, однако благодаря принципиальным возражениям и традиционным страхам компетенция Конституционного совета сложилась весьма своеобразно.

Де Голль намеревался посредством Конституционного совета ограничить власть Национального собрания. К задачам Конституционного совета относится отпор законодательским поползновениям парламента в тех областях, где первичное правотворчество является конституционной прерогативой правительства. Кроме того, Конституционный совет по долгу службы подвергает предварительному контролю органические законы, а также контролирует, только по иску правительства, Президента республики и спикеров палат, соблюдение конституционности уже принятых законов. Для этого суд располагает весьма ограниченным сроком — тридцать дней со дня подачи иска.

Хотя первоначально Конституционный совет был создан в качестве "пушки, нацеленной на законодателя", и во время президентства де Голля он всегда находил конституционной позицию генерала и правительства, в 1971 г. в одном из своих решений он все же включил в Конституцию Декларацию прав человека и гражданина 1789 г. и преамбулу Конституции 1946 г. Сделав таким образом конституционными права человека, Конституционный совет все чаще отменял

236

предписания законов, чему способствовало и то обстоятельство, что на основе принятия поправки к Конституции с иском могли обращаться уже 60 депутатов (т.е. парламентская оппозиция).

В последние десятилетия во всей Европе стала обычной та или иная форма конституционного контроля (иногда, как в Бельгии, компетентный суд начинает широко толковать предписания конституции относительно равенства, а законодательство мирится с этим). Судебному контролю за соблюдением конституционности способствует также

принятая европейскими государствами Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., на основе которой соблюдение Конвенции контролирует и страсбургский Суд по правам человека.

Суд контролирует и законы отдельных стран в связи с конкретными делами. Это оказывает свое влияние даже на британское право, отвергающее по сей день судебный контроль, в том смысле, что правовые нормы, противоречащие Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в конкретных делах не применяются, а Парламент отменяет законы, противоречащие ей, хотя саму Конвенцию в целом не считает пригодной для непосредственного применения.

Несмотря на распространение конституционного контроля над законодательством, нельзя предположить однозначно, насколько этот институт способствует утверждению традиционных конституционных ценностей. Может случиться, как свидетельствует ранний период действия французского Конституционного совета, что речь идет всего лишь об укреплении одной из ветвей власти. Однако из опасений, связанных с конституционным судопроизводством, чаще всего упоминается политизация конституционного суда, что может означать политизацию правосудия в целом. Отчасти в связи с этим судьи, не располагающие депутатской легитимацией, что позволяет привлекать их к ответственности демократическим путем, могут пуститься в разработку законов и даже конституции, что несовместимо с функцией правосудия, и ставит ее под угрозу.

Возражения затрагивают частично состав и процедурные вопросы организаций, занимающихся конституционным судопроизводством, а частично фактические результаты их деятельности. Хотя конституционные суды независимы, назначение их членов носит явно политический характер (даже если в большинстве случаев необходимо удовлетворять требованиям профессионализма). В американской системе реализуются партийно-политические взгляды действующего Президента, в Германии часть конституционных судей избирается в соответствии с соотношением сил в парламенте, во Франции также

237

осуществляется воля Президента, большинства Сената и Национального собрания. Однако политическая предопределенность назначений не обязательно влияет на деятельность органа благодаря правилам обновления.

В отличие от обычного законодательного органа среди состава конституционного суда наблюдаются прежние партийно-политические симпатии. Конституционный суд — не гомогенный орган, что, однако, может привести к известным взаимным уступкам между судьями, стремящимися, по возможности, к единству в целях повышения легитимности. Суды предпочитают прецеденты прошлого. Наконец, поскольку теоретически судьи и состав суда в целом независимы от различных органов власти, это также может уменьшить зависимость от сиюминутной политики. (Данное обстоятельство, конечно, нельзя абсолютизировать; там, где возможны перевыборы (как в большинстве восточноевропейских систем), нельзя исключить возможность личной зависимости. Там, где перевыборы запрещены (например, в Италии), возможно, судья будет думать, на какую награду от партии, стоящей у власти, он может рассчитывать: жить-то надо и после этого, к тому же он привык к славе и роскоши.) Применительно к большинству дел все же характерной чертой скорее можно считать растущую правовую независимость от тех, кто назначает. По крайней мере, такой вывод можно сделать на основании того, что политики часто возражают против самостоятельного правотворчества суда.

238

7.3. ТОЛКОВАНИЕ И ПЕРЕСМОТР КОНСТИТУЦИИ

Там, где осуществляется абстрактный контроль правовых норм, а особенно предварительный контроль, суд, вне всякого сомнения, решает и политические вопросы. Когда парламентская оппозиция или субъект федерации (в федеральных государствах), обращаясь в конституционный суд, просит отменить тот или иной закон, они пытаются продолжать политическую битву, проигранную на уровне законодательства. Однако, с одной стороны, политические мотивы иска не влекут за собой политическую направленность решений суда, с другой стороны, они придают политической борьбе конституционный и правовой характер, децолитизируя и легитимируя действующие законы. В этом отношении конституционное судопроизводство способствует упрочению конституционности законодательства и разделения властей. Выраженной в законе государственной воле надлежит следовать не только потому, что она была сформирована согласно принятым нормам уполномоченным на то органом, но и потому, что, согласно непосредственному подтверждению, она соответствует конституции.

Объявление антиконституционных законов недействительными вполне совмещается с функцией защиты конституции, с

238

кельзенским негативным законодательством. Но в ходе конституционного судопроизводства законы не только объявляются недействительными или подтверждается их конституционность. Суды могут также определять, какими должны быть принимаемые законы с точки зрения формы, или просто предписывать готовое решение в форме, не требующей дальнейшего законодательного вмешательства, устанавливая тем самым конституционные правовые требования.

Как мы уже говорили, все это может дойти до пересмотра текста конституции. Конечно, известной свободой в обращении с конституцией располагает любой суд, ведь ему нужно толковать текст, но часто на практике происходит не это. Мы уже видели, что французский Конституционный совет, как очнувшаяся от забытья спящая красавица, тут же расширил текст Конституции приблизительно на 20%. Отдельные члены американского Верховного суда рассматривают *privacy*, т.е. право на невмешательство в личную жизнь, как конституционное право, хотя в Конституции о нем не говорится. Германский федеральный Конституционный суд на основании не существующих в Основном законе понятий и концепций выносит решения о том, какова желаемая связь урегулирования между федеральными органами и органами земель. Он же определил, в соответствии с какими условиями сочтет приемлемым закон об абортах, если его необходимо будет применять. Французский Конституционный совет в одном из своих решений установил, с какими поправками он примет закон о социалистической национализации (в 1982 г.)^[300]. Еще значительнее влияние конституционного судопроизводства в случае, когда законодательство (предложение правительства) заведомо исходит из предполагаемого толкования конституции

300 Этот случай, кстати, показывает, что конституционным судопроизводством не является работа текущей партийной политики. Вес находившиеся в должности в 1982 г. члены Конституционного совета были назначены на нес предыдущим режимом, и при рассмотрении дел по национализации нападали на нее с позиций, противостоящих тем, кто их назначал. Однако, за исключением небольших возражений, Конституционный совет не ставил преграды на пути социалистического законодательства.

конституционным судом [³⁰¹] (а не из конституции, которая, конечно, как текстовое произведение существует в виде неоднозначной данности).

В связи с подобной деятельностью конституционного суда небезосновательными кажутся опасения, по крайней мере основанные на отдельных традиционных соображениях, касающихся конституционной законности. Когда Гамильтон определяет в "Записках федералиста" решения судей, занимающихся конституцией, как обязательные для

239

остальных ветвей власти, то приписывает им эту власть потому, что они толкуют нормы высшего уровня, как посредники между народом и законодательством [³⁰²].

Но о том, что судьи могут переписывать конституцию и активно определять содержание законов, не возникало и мысли. Лишение законодателей власти ущемляет разделение властей, вдобавок это делает орган демократически не легитимированным, не наделенным ответственностью. Что же касается изменения конституции под предлогом толкования, то оно происходит не только без уполномочивания, но и ставит под вопрос основы конституционализма, поскольку лишает конституцию Легитимации, идущей от власти учредителя, прочной целостности и безапелляционности, делает правовую систему непредсказуемой и беспомощной.

Возможно, однако, что мы имеем дело с новой формой конституционного законодательства, приспособляющейся к более сложным условиям, которая не затрагивает основные конституционные ценности, или даже помогает им реализоваться, т.е. речь идет об ограничении власти и осуществлении основных прав человека. Что касается законодательных органов, то оказались желательными две палаты парламента, причем вторая палата проверяет соответствие законов конституции и ограничивает произвол законодателя, хотя с точки зрения представительной демократии это кажется несколько спорным. Если это так, возможно ли, что дополнительно созданный участник законодательного процесса — орган, отличный по способу формирования, далекий от господствующих в данный момент политических соображений и другой по своему составу, будет руководствоваться не той же логикой, что и парламентские законодатели, а будет следовать конституционной аргументации? И хотя решения этого органа выходят за рамки негативного законотворчества, он тем не менее представляет собой лишь квалифицированного участника законодательного процесса, поскольку не имеет права законодательной инициативы. Это почти без оговорок верно для предварительного контроля норм французского типа. Там же, где конституционное судопроизводство осуществляется в связи с конкретными делами, возрастает свобода правотворчества, поскольку вмешательство в связи с конкретными делами неограниченно. Поэтому лишь сама отобранная ситуация диктует предмет конституционного пересмотра, а вовсе не соображения законодателя о том, что следует урегулировать. Американский Верховный суд делает выбор из многих тысяч предлагаемых

240

юридических споров и поэтому может найти такое дело, решение которого (главным образом конституционное, по мнению суда) даже не возникало в тот момент в законодательстве.

301 Во французском деле по национализации, о котором было сказано выше, в ходе дебатов в Национальном собрании в проекты неоднократно вносились поправки с учетом ожидаемой реакции Конституционного совета.

302 *Federalist Papers* (Hamilton). P. 78.

Что же касается пересмотра, переписывания конституции с помощью конституционного судопроизводства (что суды в большинстве случаев отрицают, именуя свою деятельность толкованием, за исключением суда гордых мадьяр), этому также можно найти оправдание, соответствующее широкой концепции конституционализма. Нельзя забывать, что конституционное судопроизводство в большинстве случаев осуществляется на фоне, которого не может касаться обычное законодательство. В отличие от принятых до Второй мировой войны конституций послевоенное законодательство ни в Германии, ни во Франции уже не могло легко и просто подгонять конституцию к закону. В техническом смысле именно отсюда проистекает необходимое для конституционализма верховенство основного закона: из повышенной защищенности конституции от поправок по сравнению с законами [³⁰³].

Очевидно, что развитие конституции и разрешение споров между ветвями власти необходимо для функционирования конституционной системы. Если задачу развития конституции вместо правомочного законодательного органа, подвергнутого политическим влияниям и имеющего личную и политическую заинтересованность, выполняет "наименее опасная" судебная ветвь, то, возможно, изменение будет менее пристрастным, отклонение от прежней конституционной концепции [³⁰⁴] менее радикальным, чем при формальном изменении конституции. Верховный суд как "преобразователь" конституции с великими традициями не создает действительно новую конституцию или закон. Он не занимается вопросом, что выгодно и что невыгодно с точки зрения сохранения и осуществления сиюминутной власти. Суд не интересуется, кто что получит в результате его решения. Как сказал в свое время главный судья Хьюз, "за предписаниями конституции

241

скрываются ограничивающие и направляющие постулаты" [³⁰⁵]. Суд принимает решения на основании нейтральных и общих принципов, зафиксированных в конституционной традиции. Конституционный суд ФРГ время от времени оценивает законы, опираясь на объективные ценности Основного закона. Подобной же точки зрения на централизованное конституционное судопроизводство придерживается и проф. Эрмакора: легитимна та защита конституции, которая соответствует прежним конституционным принципам. Когда же вынесенное решение отклоняется от предыдущего, то вытекающие из этого нормы должны вписываться в систему конституции. Переосмысленная конституция представляет собой лишь конституцию, пополненную по сравнению с содержащимися в ней ранее принципами (к сожалению, нередко в ущерб написанному тексту).

Есть, однако, и такая точка зрения, которая считает конституционное судопроизводство и связанное с ним усовершенствование конституции легитимной политической деятельностью, а суд — в политическом отношении демократически легитимированной частью демократического процесса принятия решений (правотворчества). По мнению проф. Эли, это является квинтэссенцией американского конституционного устройства. Он считает, что

303 Пожалуй, не случайно на основе норвежской Конституции, в которую вносить поправки можно только в двух законодательных циклах, Верховный суд уже в прошлом столетии объявил отдельные законы антиконституционными. В Венгрии опасности приспособления Конституции к законам не существовало, что было первой реакцией Государственного собрания, еще достаточно гомогенно-коммунистического в 1990 г., когда Конституционный суд объявил недействительными отдельные разделы закона об избирательном праве

304 Если рассматривать дело в перспективе, то изменения, безусловно, радикальные. В Соединенных Штатах первоначально государству было отказано в праве, регулирующем экономику (дело Лохнстра), однако через одно поколение, при Рузвельте, оно было принято.

305 *Principality of Monaco v. Mississippi*. 292 U.S. 313, 322 (1934); *Wechsler H. Toward Neutral Principles of Constitutional Law // Harvard Law Review*. 1959. Vol. 73. № 1. P. 15-17. Автор ссылается и одновременно резюмирует доктрину нейтральных принципов

большинство является проводником конституционализма в законодательном органе, так как большинство никогда не станет подвергать опасности свои собственные права, как и не станет относиться к тем, кто не принадлежит к большинству, существенно- иначе, чем к самому себе. В своих решениях большинство выражает и интересы меньшинства и не допускает дискриминации в правоприменении на индивидуальном уровне. Задача судей состоит в контроле над этим демократически обоснованным процессом и, добавим, процессом, который выражает также собственно интересы большинства. Судьи следят за тем, чтобы народные избранники действительно представляли своих избирателей. Демократическая концепция Эли обретает значение тогда, когда законодательное представительство охватывает все общество, а не только большинство. "Суд не диктует результаты по существу, он вмешивается лишь тогда, когда "рынок", в нашем случае политический рынок, систематически дает сбой" [*Ely J. Democracy and Distrust. Harvard, 1980. P. 103.*].

Однако в перспективе этот контроль может стать приемлемым для других, демократически более легитимных, ветвей власти только при условии самоограничения конституционного суда. В демократии

242

типичным местом решения общественных проблем является избирательная кабина, а не зал судебных заседаний. Несмотря на все противоположные утверждения, Верховный суд Соединенных Штатов в период расцвета своей социальной активности (с 1937 по 1967 г.) отменил всего-навсего 12 законов Конгресса! [³⁰⁶] (По сравнению с этим венгерские данные в целом ужасающи.) Если суд действительно защищает интересы меньшинства, эта защита целесообразна лишь в том случае, когда меньшинство не имеет никаких иных шансов или способов отразить свою точку зрения в законодательстве большинства.

При рассмотрении американской модели возникает вопрос: были бы разделенные законодательная и исполнительная власти столь дееспособными, если бы наряду с этим не существовало правосудие, получившее большую власть благодаря поправкам к Конституции? Законодательная власть в силу разделения властей не может осуществлять серьезный контроль над исполнительной властью: для того чтобы сделать исполнительную власть действительно подконтрольной, пришлось увеличить власть правосудия. В Европе в деле защиты конституции конституционное судопроизводство должно было выделиться в самостоятельную отрасль именно из-за "сговора" ветвей власти, их более взаимозависимых отношений в отличие от американских.

Континентальное конституционное судопроизводство энергично действует в направлении расширения основных прав человека. С учетом того, что большинство дел в Италии, Германии и Испании вырастает из конкретных правовых споров и что конституционное судопроизводство представляет собой своего рода кассационное судопроизводство в области конституционного права, оно в значительной своей части касается не законодательства, а обычного судопроизводства, и практически (в первую очередь посредством защиты основных прав) распространяет конституционализм за пределы общего права, в область уголовного права, государственного управления и частного права.

Без творческой деятельности конституционное судопроизводство не могло бы осуществлять функцию защиты меньшинства, что представляет собой такую же часть конституционализма, как и политика, направленная против исключительных прав. Эта

306 *Black Ch.L. Jr. Structure and Relationship in Constitutional Law. Baton Rouge, 1969. P. 67—76.* Большинство случаев отмены законов судом относилось к законам штатов. Для сравнения: в Венгрии посткоммунистический Конституционный суд отменил 40 актов (постановлений) парламента в первые три года своей деятельности (1990—1992).

защита меньшинства означает защиту парламентского меньшинства и защиту представленных им общественных групп (когда суд по предложению меньшинства

243

рассматривает принятый закон). Она означает также защиту социальных групп меньшинств от воли большинства. Конституционный суд является носителем своего рода новой культуры конституционализма, такой культуры, которую не отражают конституции с их демократическими предписаниями относительно господства большинства. Или, если следовать ходу мыслей проф. Эли, защита меньшинства от имени конституции осуществляется тогда, когда большинство неправильно понимает свой конституционный законодательный мандат, оставляет без внимания интересы меньшинства и распространяющиеся на всех универсальные права.

"Без защиты меньшинства конституционализм искажается. В парламентской системе правления правящая партия или партийная коалиция в равной мере располагает как законодательной, так и исполнительной властью и становится всемогущей. Вера общества в судебный пересмотр законов, с одной стороны, делает суды гарантом того основополагающего консенсуса, на котором строится демократия, с другой стороны, делает их выборными судьями, призванными решать, насколько реформы законодательства, определяющего общественную, экономическую и культурную жизнь, соответствуют этому консенсусу, не разрушая его" [³⁰⁷].

244

Глава 8

ОСНОВНЫЕ ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА

8.1. Свобода и права человека. 8.2. Определение основных прав. 8.3. Что следует из основных прав? 8.4. Ограничение основных прав: примирение государства и свободы в конституционализме. 8.5. Для чего нужны основные права, особенно свобода, которую многие считают лишь источником хаоса, безнравственности и злоупотреблений? 8.6. Точность определения.

Чего же хотят те, кто не желает слышать ни о добродетели, ни о тирании?

Луи Сент-Жюст

8.1. СВОБОДА И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Конституционализм усложняет принятие и выполнение государственных решений не в качестве самоцели, а с тем чтобы люди жили свободно или, по крайней мере, были свободными от государственного произвола. Конституция, соответствующая требованиям конституционализма, отличается от простых основных законов, определяющих государственную структуру, тем, что она стремится обеспечить именно свободу. Любая иная цель государственного устройства — социальное благополучие, величие, спасение души и вообще всякая задача, выдвинутая государством, может подвергать опасности свободу. Свобода как отсутствие произвола строится на индивидуалистическом предположении, согласно которому желательно создать такое состояние, в котором индивид сам может решать, как ему поступать и что для него хорошо. Не существует причин, которые

307 *Spilotopoulos E. Judicial Review of Legislative Acts in Greece // Temple Law Quarterly. 1983. Vol. 56. №2. P. 501.*

принуждают принять приоритет свободы, определяющий государственное устройство [³⁰⁸]. Еще в меньшей мере нет необходимости в том, чтобы государственное устройство следовало рекомендациям конституционализма в служении свободе. Да и вообще существуют мнения, согласно которым свободу может эффективно

245

обеспечивать даже не конституционализм, а другие институты — чистый парламентаризм, непосредственная демократия, корпоративизм. Другие считают заблуждением любой либеральный подход к делу в целом — государство должно обеспечивать социальное благополучие или выполнять какую-то высокую миссию. Однако Бенжамин Констан и его последователи настаивают на конституции, основанной на конституционных принципах, именно потому, что упомянутые альтернативы очень быстро приводят к рабству.

В XVIII в. идея просвещения стремилась восстановить в правах человеческий разум [³⁰⁹]. Свободно следовать диктату разума — в этом состояла программа достижения человечеством совершеннолетия. Освобожденный разум, приобретающий знания из различных письменных источников, обеспечивает возможность самостоятельных действий. И поскольку разум кроется в каждом, то право на возможность самостоятельных действий, т.е. свободу, имеют все [³¹⁰]. Отдельные свободы человека, уже способного к самостоятельным действиям, не зависят от государственного признания и принадлежат всем и всегда. Эти свободы принято считать правами человека. Важнейшие права государство должно безусловно соблюдать. Такая концепция (см. у Локка), основанная на базе естественного права, служит исходной позицией для законодательного регулирования (создания государства). Конституция как система ограничения государственного произвола предназначена для обеспечения свободы людей. "Цель закона состоит не в отмене или ограничении свободы, а в ее сохранении и расширении" [³¹¹].

От этой воинственной позиции, принятия которой Национальным конвентом добился и аббат Сьейес, мало что сохранилось в ходе конституционного укрощения прав человека. Существует, пожалуй,

246

308 Есть общества, в которых свобода личности не имеет значения, вместо этого "общественной целью" считается спасение души или благополучие. В чем заключается спасение души или благополучие, решают не сами заинтересованные в этом люди, а какая-либо вера, в лучшем случае общая.

309 В нижеследующем изложении основных прав мы проявляем несправедливую односторонность в пользу американцев и французов, поскольку они первыми включили эти права в конституцию, что впоследствии использовали остальные либеральные конституции в различных вариациях. Однако принцип "без закона нет преступления" содержался, например, и в австрийском условном законе, принятом в 1787 г.

310 Разум, конечно, кроется в каждом, только еще не у всех он развит. На этом основании просвещение одновременно с провозглашением свободы и самоопределения сделало возможным ограничение прав "еще недостаточно умственно развитых", не образованных, не имеющих возможности из-за материальной зависимости использовать свои способности принимать решения, т.е. провозгласило обеспечение полной (политической) свободы только для людей имущих.

311 "Как говорят, свобода состоит не в том, что каждый волен делать то, к чему лежит его душа. (Разве может человек быть свободным там, где каждый может командовать им, как ему вздумается?) Свобода состоит в том, что каждый может распоряжаться, как ему нравится, самим собой, своими поступками, всем своим имуществом в рамках, дозволенных законами, которым он подчиняется, и не подчиняется произвольной воле другого человека, а может свободно следовать своей воле" (*Locke J. Op. cit. P. 77*).

одно-единственное предписание естественного права, принятое без всяких условий во всех правовых государствах как абсолютный запрет, — это запрет пыток. Да, пожалуй, и его на время отменяют, когда нужно, например, предотвратить покушение.

Принятие аргумента естественного права не является само собой разумеющимся. Если даже принять, что государство должно служить свободе, человеческому самоопределению и развитию кроющихся в человеке возможностей, это отнюдь не означает общего согласия о том, что же следует понимать под свободой. Для верующего поведение, оскорбляющее его веру, будет неприемлемым, оно не имеет ничего общего со свободой; такие проявления, как он считает, недопустимы, более того, подлежат наказанию. Есть религии, согласно которым человек, не использующий свободу для обращения других в свою веру и освобождения их таким образом от греха, рискует спасением собственной души. Ясно, что понятие такого человека о свободе коренным образом отличается от понятий человека неверующего. Следует ли от имени свободы позволить человеку "усовершенствоваться" до самоистребления? Классический либеральный ответ Дж. С. Милля на этот вопрос состоит в том, что вмешательство правомерно лишь в том случае, если свобода самоистребителя приносит вред и другим.

В решении этих дилемм в конституционных рамках реализуется своеобразное взаимотерпимое понятие свободы. Руководящим принципом является обеспечение совместимости свобод.

Если согласиться с тем, и заставить согласиться других, что у нас есть права, которые государство (и кто бы то ни было другой) должно соблюдать, мы можем, в принципе, быть свободными, по крайней мере в том смысле, что не будем вынуждены делать то, чего не хотим делать. Государство "обязано" соблюдать эти права в том случае, когда его обязывает к этому нечто стоящее над ним, некий высший приказ; когда составляющие свободу права стоят над государством. Это представление соответствует иерархической картине мира, врезающейся нам в память с детских лет. Родители возвышаются над нами как воплощение добра и защиты, мы признаем их приказы, потому что они поступают свыше. (Насколько менее "естественно" приказывать слону — по направлению снизу вверх.) Различные концепции естественного права предлагают систему приказов, стоящих над государством и обеспечивающих свободу гражданина. Но что произойдет, если, как это обычно бывает, в эти предписания государство не верит или если государство истолковывает послания из природы, из божественного космоса, из разума как ограничение свободы? Когда ребенок уже сел отцу на шею, вера в поступающие свыше предписания действует разве что в силу привычки.

247

Конституционализм, чутко воспринимающий несостоятельность этой вертикальной, устремленной ввысь картины мира, хочет нарушить прямолинейную подчиненность и потому *связывает защиту свободы с системой "сдержек и противовесов"*. Это не означает, что он во всех случаях отказывается от преимуществ естественного права, хотя в ходе истории конституционализма, из-за связанных с естественным правом неувязок и революционной дестабилизации, конституционное отражение естественных прав часто отеснялось на задний план и конституции были направлены главным образом на ограничение власти государства путем использования системы "сдержек и противовесов".

Вера в то, что существуют определенные права человека, не зависящие от каких бы то ни было решений государства, ограничивает власть, без сомнения, с выгодой для личности:

"Человеческая личность располагает правами в силу того факта, что она — цельная личность, хозяйка себя самой и своих поступков и, следовательно, не является средством для

достижения какой-либо цели, а цель сама по себе, цель, с которой необходимо обращаться как с таковой. Человеческое достоинство? Это выражение ничего не означает, если оно не указывает на то, что в соответствии с естественным правом человек имеет право на уважение, на то, чтобы быть субъектом прав и чтобы у него были права. Все это вещи, полагающиеся человеку, потому что он человек" [³¹²].

Первая ласточка современного конституционализма — американская Декларация независимости (1776) гласит: "Мы считаем очевидными следующие истины: все люди сотворены равными, и все они одарены своим Создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежат: жизнь, свобода и стремление к счастью. Для обеспечения этих прав учреждены среди людей правительства, заимствующие свою справедливую власть из согласия управляемых".

Зачем понадобилось подкрепить конституцию естественными правами? Американские революционеры боролись с постоянным кризисом самоутверждения. У их французских последователей в 1789 г. были аналогичные проблемы. После присяги в Жю-де-Пом кроме провозглашенной французским Национальным собранием его собственной воли, согласно которой депутаты призваны дать Франции конституцию, только естественные права оправдывали деятельность самозванных представителей. Если применяются всем данные, ясные человеческие правовые принципы, стремление к их практическому осуществлению справедливо и законно. Нужно, следовательно, только найти эти

248

оправдывающие принципы и следовать им. Всякий революционный процесс разработки конституции возвращается к правам человека, потому что они ясны для всех и доказаны. Поэтому и обращались к правам человека посткоммунистические разработчики конституции, это казалось путем "возврата к нормальному".

Можно, конечно, спорить, насколько естественны права человека или насколько независимо их существование от правовой системы. Иеремия Бентам полагал, что "правомочия — это дитя закона; из подлинных законов проистекают подлинные правомочия, из воображаемых "естественных законов" — только воображаемые права... Естественные права — это попросту несурезица, естественные и неотчуждаемые права — по американскому выражению, риторическая нелепость, нонсенс на ходулях" [³¹³].

Вместо первоначальных человеческих или естественных прав в конституцию были включены личные права универсального характера (точнее говоря: права, способные быть универсальными). Универсальность того или иного права не означает, что оно действует повсюду, хотя на данной ступени цивилизации оно должно относиться ко всем; универсальность означает, что применять право нужно ко всем, оказавшимся в данной ситуации, независимо от личных качеств, позиции или роли субъекта права. Это право распространяется на принца и нищего, на невиновного и преступника; всем оно идет на пользу. Свобода, совместимая со свободой для всех остальных, очевидно, приемлема для всех.

Право собственности означает не только невозможность государства отнять то, что я имею. Государство должно также воспрепятствовать тому, чтобы кто бы то ни было другой мог помешать мне спокойно пользоваться моей собственностью. Эта норма универсальна тогда и настолько, когда и насколько в положении собственника может оказаться любой человек;

312 *Maintain J. The Rights of Man. London, 1944. P. 37.*

313 *Bentham J. Anarchical Fallacies. Works. (Bowring ed. 1838-43). P. 501.*

быть собственником — это выражение имеет значение только в случае осуществления упомянутого предположения.

В утверждении, что "в положении собственника может оказаться любой человек", которое мы высказываем в связи с необходимостью защиты собственности как одного из основных прав человека, мы имеем в виду абстрактные человеческие личности. Однако так как мы не являемся абстрактными существами, принятие этой системы предполагает предварительный выбор. Если мы предвидим, что никогда не станем собственниками, мы, очевидно, будем считать конституционной исходной позицией не право собственности, представлять себя не

249

в положении собственника, а в положении вечного неимущего, в позиции которого исходной точкой будет желание равного распределения достатка. С этой исходной позиции мы не станем осуществлять государственное устройство, призванное защищать право собственности. Далее, если мы считаем свободу отправной точкой всех человеческих заблуждений или желаем достичь спасения души по определенному канону, мы не станем использовать ее как основу организации государства. Но буржуазные общества и современные светские конституции выступают за универсальную свободу и за собственность. В пользу этого общего выбора свидетельствует то обстоятельство, что он дает приемлемый результат даже тогда, когда кто-либо не верит в свою исходную позицию. Те, кто ждет от деятельности общества спасения души или социального благополучия, в этой "буржуазной" системе все-таки выигрывают что-то для самих себя, потому что и они могут достичь спасения души или разбогатеть. Если же система вынуждает к спасению души, она приемлема только для сторонников насильственного спасения. Системы на основе ценностей несоизмеримы, на основе результатов — сравнимы.

В конституции, если они нейтральны, были включены в качестве основных естественных прав возможности тех действий, которые как действия любого лица совместимы с подобными действиями любого другого лица. Возможности действий, которые желаем для себя, на основе принципа универсальности мы должны принять и в том случае, если ими пользуются другие. Наша максима действий, следовательно, заключается в том, что приемлема свобода, которая является таковой и для всех остальных с точки зрения стороннего наблюдателя. Дело читателя решить, довольствуется ли он для принятия того или иного обустройства тем, что это хорошо для него и для другого не плохо.

Если да, нужно еще убедить его в том, что включение основных прав в конституцию действительно оправданно с точки зрения сказанного. Убедить, например, в том, что свобода — состояние, позволяющее каждому гарантированно вести тот образ жизни, который ему нравится, — благоприятна для всех, в том числе и для читателя настоящих строк, ожидающего убеждения. (Предполагается, что его образ жизни не вредит другим и не угрожает безопасности государства.) Упомянутый выше верующий в спасение души наверняка сочтет это недостаточным, поскольку, по его понятиям, правильная жизнь не является делом личного выбора. Как он полагает, каждый должен жить, не подвергая опасности спасение души (его, моей и других). Такого человека невозможно убедить в универсальности основных прав, хотя ищущий душевного спасения также может принять правовую защиту нейтральной конституции из тех соображений, что, следуя логике собственной точки

250

зрения, он и сам может оказаться в пределах конституционной защиты, поскольку сторонники спасения души по иным канонам будут считать неприемлемым его образ жизни. Одним словом, терпимое сосуществование является все-таки самой мудрой

конституционной позицией. Если и не осуществится его точка зрения, он, по крайней мере, не будет обречен на вечные муки, ибо в его образ жизни никто не вмешивается. Здесь мы снова должны напомнить, что конституция представляет собой минимально приемлемый для всех порядок, гарантирующий всем существование.

Тех, кто следует образу жизни большинства, всякое отклонение от воли большинства может, конечно, возмутить. То обстоятельство, что частная жизнь человека свободна, разумеется, еще не означает, что по поводу этой свободы нельзя негодовать. Государство в эти частные решения не может вмешиваться. Это не значит, что возмущенный сосед полностью находится в зависимости от другого соседа. Если образ жизни этого соседа ущемляет, нарушает его собственный образ жизни, теоретически он может обратиться за правовой защитой (в венгерском праве ближе всего к этому стоит право на владение и запрещение посягательства на него); если он потерпел в связи с этим убыток, он также имеет право на юридическую защиту при наличии прочих условий. С другой стороны, при всем уважении к свободе, то, что с нарушителем социальных норм, например, не здороваются, не является антиконституционным. Однако когда человек подвергается обструкциям, вызывающим страх, это может явиться нарушением уголовного кодекса, если требование общественной безопасности означает, что государству необходимо принять законы по гарантии безопасности.

Однако поскольку всеобщая (охватывающая всех) свобода и правомочия универсального характера представляют собой волю и право живущего в государстве человека, то свобода как принадлежащее гражданину право должна быть обеспечена в правовой системе и в определяющей ее конституции. Это, в свою очередь, в конституционной системе предполагает ответы на следующие вопросы:

- Какие права человека (*основные права*) включены в конституцию? Иными словами, какие права необходимы для свободы, желаемой в конституционной системе?
- Что следует из того, что та или иная потребность представляет собой "основное право"? Кого оно обязывает? Государство или также и граждан? И что значит обязательство? Простое уважение, невмешательство, неограниченные действия уполномоченного лица? Или также защиту, содействие? (Воспрепятствование действиям других лиц, привлечение нарушителя к ответственности; создание предпосылок свободы и организацию свободы?)

251

- Свобода оказалась абсолютным первородным правом. Однако жизнь в государстве и функционирование в нем основных прав связаны с тем, что существование свободы сталкивается с различными другими свободами и Государственной потребностью функционировать. В какой сфере и степени можно ограничивать основные права?

Все эти три вопроса вызывают необходимость *юридических определений*. Любое определение представляет собой отрицание — следовательно, решающее значение имеет то, *кто дает определение*, т.е. определяет отрицания и *исключения*. В этом пункте становится важным требование конституционализма о введении системы "сдержек и противовесов". Формулировка не является прерогативой единственного лица или органа, она представляет собой разграниченный процесс. Само по себе определение, будь оно сформулировано в самом что ни на есть демократически легитимированном законе, может оказаться недостаточным для обеспечения свободы, если оно относится к исключительной компетенции одного органа.

Осуществление контроля над процессом правового определения столь важно для конституционализма, что более подробное перечисление включаемых в конституцию прав,

по крайней мере вначале, даже не считалось конституционной задачей. Гомогенная элита победивших в революции американских колонистов, вероятно, не без оснований предположила наличие в политическом сообществе согласия относительно того, какие права "полагаются" людям как само собой разумеющиеся, как это фиксирует в качестве исходной позиции и Декларация независимости. С точки зрения конституционализма (это было начальное предположение) важен процесс определения правового ограничения, то обстоятельство, что ни одна из ветвей власти не располагает в этом процессе исключительной властью. Согласно уже цитированной ст. 16 французской Декларации 1789 г., "общество, в котором не обеспечено пользование правами и не проведено разделение властей, не имеет конституции".

Хотя конституционализм призван учреждать свободы, порой выбранные государством почти произвольно, а также, в ином приближении, реализовывать права человека, в конституциях многих стран с конституционным устройством этого перечня нет или он неполон. Защита прав зависит почти исключительно от действительного и эффективного разделения властей. Такой стиль был преобладающим для конституции прошлого столетия, вплоть до мексиканской и Веймарской. Даже Кельзен после Первой мировой войны создал австрийскую Конституцию в соответствии с этой традицией.

Имеются (сохранились) такие государственные системы, в конституциях которых права человека не закреплены или содержатся далеко

252

не в полном виде (например, бельгийская или австрийская конституции) [314]. Для действующих ныне конституций типичным можно считать установление прав человека (или только гражданина). Перечень прав, конечно, различен, как различно и то, какой вес придается в конституции правам, упоминаемым в них, насколько считают их не подлежащими ограничению или при каких условиях эти права надлежит ограничить.

Верит ли кто-нибудь или не верит, что осуществление прав человека на основе позитивного права обусловлено моральным, естественным, божественным порядком вещей, он должен одобрять определенные права (без всяких условий) или по соображениям любви к свободе, уважения к достоинству других людей, или просто из собственных интересов. Эти свободы и права нужно определять в конкретных условиях таким образом, чтобы они соответствовали конкретным требованиям сосуществования в данном обществе. Даже если текст конституции отражает то, что кажется в данный момент важным для свободы абстрактно понимаемого человека, свобода, основные права остаются подчиненными власти обстоятельств, истории. Даже Страсбургский суд, призванный соблюдать человеческие права, стоящие выше

314 Канада только в 1967 и 1982 г. дополнила свою Конституцию Хартией прав и свобод. В Великобритании хотя время от времени и возникает вопрос о необходимости принятия Билля о правах для обеспечения усиленной защиты от законодательства, подходящий момент для этого еще не наступил. В определенных условиях исторического развития согласие политической элиты с основными правами кажется столь сильным или неправовые, общественные механизмы контроля над осуществлением этих прав (вера или обычай) кажутся столь прочными, что конституция вообще не упоминает основные права человека, не занимается вопросом защиты естественных прав. В австралийской Конституции основные гражданские права совершенно отсутствуют, однако в 1992 г. австралийский Верховный суд ко всеобщему изумлению вдруг заявил, что Австралия как представительная демократия, само собой разумеется, защищает основные права человека. Во французской Конституции 1958 г. также не фигурируют основные гражданские права; они были включены в Конституцию в 1971 г. Конституционным советом, который объявил положения Декларации 1789 г. и преамбулы Конституции 1946 г. конституционным текстом, подлежащим применению.

государств, "не может оставлять без внимания события и общепринятые критерии правовой политики стран — членов Совета Европы" [³¹⁵].

Здесь уместно сказать о милых фантазиях экспертов по международному праву — правах человека, сформулированных в международных документах, "признанных" юридически, "имеющих обязательную силу". Несомненно, что эти соглашения, в которых содержатся часто туманные и ни для кого не обязательные положения, имеют некоторый вес, поскольку конституции нередко возводят свою легитимацию (так

253

как роль их реального подтверждения совсем невелика) к международному признанию [³¹⁶].

Наряду с конкретными потребностями и минимальными идеологическими соображениями, в вопросе конституционного признания прав человека в процессе разработки конституции каждая страна должна, особенно после Второй мировой войны, учитывать международные требования, "принятый в международном сообществе" минимум прав, по крайней мере в объеме, необходимом для признания остальными странами. В некоторых случаях страны считают привлекательным для себя членство в международных организациях, условием чего также является соблюдение определенных прав человека. Что же касается международного минимума прав человека, то он представляет собой, как правило, своеобразные извлечения из каталога основных прав (прав человека), сформировавшегося в странах, определяющих международную политику. Этот минимум называют всеобщим каталогом прав человека, но даже и по этому узкому перечню нет согласия. Международное признание придает конституционализму своеобразную самовозбуждающую динамику, которую усиливают международные организации и международные суды. Вряд ли то или иное государство может позволить себе лишиться своих граждан прав, которые предоставляют другие государства, живущие с ним в экономическом и культурном сообществе. Если оно все-таки противится этому, то само исключит себя из "клуба" и обречет на судьбу международного изгоя.

Основные права, как и любые другие элементы правовой системы, всегда нужно согласовывать с другими политическими потребностями общества, не поддающимися точному определению (что мотивируется соображениями содействия общественному спокойствию, общему благу и интересам). Смысл и значение свободы также подвержены изменениям.

Различия возникают и вследствие изменения технических возможностей общества, а также в силу того, что свобода в значительной мере переоценивается на основе господствующих в тот момент моральных представлений, а это в известной степени зависит от доминирующих соотношений власти. Содержание прав женщин, например, значительно менялось в соответствии с тем, какова была их роль на рынке рабочей силы, а также каково было их общественное значение и форма

254

биологического воспроизводства. Говоря иначе, в духе вульгарного упрощения: если для общественного воспроизводства необходимо, чтобы женщины в течение двадцати лет рожали и воспитывали детей, у них должны быть иные "права" (политические,

315 *Tyger v U.K.* 1978. (Ser. A. 15).

316 Это признание бывает иногда совершенно формальным, как, например, в тех случаях, когда Соединенные Штаты ставят условием предоставления режима наибольшего благоприятствования соблюдение прав человека (в случае, если речь идет о дружественных и союзных диктатурах, от этого критерия всегда можно отклониться в интересах государственной безопасности).

собственности), на что общество, возможно, и не пойдет, чем у женщин, вынужденных зарабатывать себе на хлеб.

И противоположный пример: до Второй мировой войны феминистское движение выступало против аборт. Сегодня большинство феминистов считает, что аборт — это дело личного выбора каждой женщины.

255

8.2. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ОСНОВНЫХ ПРАВ

8.2.1. Следует ли доверять определению основных прав законодательному органу?

Каковы, следовательно, те права человека, которые ждут лишь конституционного признания и которые конституция должна признать? Человеческие понятия о праве, привлечшие демократическое законодательство к "уточнению" права, как будто рассеяли неопределенность содержания прав человека, позаботившись при этом об их защите. Ведь никто лучше нас самих не знает наших кровных, неотторжимых естественных прав, а наша тесная связь с законодательным органом дает нам возможность выразить и защищать эти права.

В соответствии с этим лучшей гарантией прав человека представлялось — по крайней мере в революционной Америке — такое положение, когда люди сами принимали решения о своих правах и свободах ^[317]. Следовательно, конституция должна содержать предписания лишь о том, как должно отправляться правосудие, т.е. о вещах, которыми законодатель возможно не станет заниматься. Ранние конституции в соответствии с этим детализировали именно уголовно-процессуальные аспекты личной свободы. "Побочная" практическая причина этого сводилась к тому, что французы, например, не доверяли правосудию, в глазах современников оно было наиболее тяжким проявлением произвола

255

английской и французской корон. Как Вольтер, так и Руссо всю жизнь считали себя жертвами уголовного преследования, стараясь уверить в этом и других. Сновидения деятелей буржуазных революций заполнены тюремными кошмарами.

Но даже во время медового месяца близкого сердцу народного законотворчества, в создателях конституции появляется какая-то подозрительность.

Законодательный орган олицетворяет собой весь народ. Весь народ (или, по крайней мере, состоятельные люди) имеет возможность выразить свою волю. Но что произойдет, если находящаяся в большинстве группа навязет свою волю другой группе и будет ограничивать или осуществлять права по своему усмотрению? Уточнение в законодательстве связано с опасностями. Пример Пенсильвании скоро показал: чем полнее демократия, тем меньше

317 Такой подход был характерным для конституции Виргинии 1776 г. или принятой под влиянием взглядов Томаса Пэйна конституции Пенсильвании 1776 г., представлявшей собой, несомненно, самую революционную декларацию Соединенных Штатов. Преамбула пенсильванской Конституции резюмирует эту концепцию прав, следующим образом: "Правительства необходимо создавать и поддерживать для того, чтобы были обеспечены безопасность и поддержка сообщества как такового, а также возможность для образующих сообщество лиц пользоваться своими естественными правами и прочими благами, которыми наделил человека Творец бытия; если эти великие цели правительствами не достигаются, народ, придя к общему согласию, имеет право сменить правительство и принять такие меры, которые он считает необходимыми для достижения безопасности и счастья".

надежд на то, что определение не исказится в произвольное ограничение права из-за диктатуры большинства^[318]. Это предположение позже было ужасно и кроваво подтверждено обращением с основными правами во время правления якобинцев, которые к тому же попытались связать эти права с долгом и добродетелью. Если права человека сделать исключительной основой законодательства, это приведет к анархии.

Виргинская модель^[319] относительным разделением властей стремилась обеспечить те права, с которыми обращались весьма непринужденно и которые принадлежали доброму народу Виргинии и его потомству, являясь основой управления. В отличие от этого Пенсильвания более склонялась к всеобъемлющему, централизованному осуществлению демократизма. Политическая реальность и, вероятно, более глубокие причины обусловили победу виргинской модели над радикальным демократизмом^[320].

256

Непосредственное и постоянное осуществление народного суверенитета оказалось непригодным для соблюдения естественных прав, считавшихся в то время еще "само собой разумеющимися", и, прежде всего, для обеспечения стабильности управления. Однако иллюзии — вещь упрямая: с тех пор они периодически всплывают"^[321].

Если существует что-либо, чего конституционализм не желает, так это непосредственный народный суверенитет^[322]. Основа конституционализма — не те законы, что непосредственно определены народом, это особенно важно в отношении законов, касающихся основных прав человека^[323]. Кто же призван определять права человека? Либо надо согласиться с тем, что определение (и тем самым ограничение) не имеет места, либо с тем, что право на это имеет все-таки законодатель, но в рамках конституции и по правилам конституционного разграничения полномочий государственных органов, включая сюда и судебный контроль.

318 Наличие и господство фракций с самого начала было серьезной опасностью. В действительности во время предоставления гарантий прав человека нужно было обеспечить совместимость существующих групп общества. Конституция многоконфессиональной Пенсильвании должна была, кроме свободы вероисповедания, в подробных предписаниях обеспечить такие условия, в которых член любой секты не мог бы оказаться в гражданской жизни в невыгодном положении. Поэтому официальная присяга предполагает веру в неконфессионального Бога, и любая такая вера достаточна для применения гражданских и политических прав.

319 По виргинской конституции предполагалось, что разделение власти поможет избежать тирании, поэтому она не сочла нужным коснуться в своем тексте обеспечения свободы слова или *habeas corpus*.

320 Пенсильванская конституция 1776 г. учредила однопалатную систему; исполнительный совет и правосудие действовали, находясь в персональной зависимости от собрания депутатов. Все это, под влиянием верящего в права человека Томаса Пэйна, базировалось на непомерно широком для того времени избирательном праве и народном контроле.

321 Согласно эстонской Конституции 1920 г., почти все законы можно было пересмотреть путем иницилируемого народом референдума — такой перманентный народный суверенитет (как и близкая к нему, но ограниченная Конституцией швейцарская система) ставит права человека в полную зависимость от народной воли.

322 Даже сам Руссо отвергал непосредственную законодательную волю народа, хотя, как известно, невысоко ставил и английский парламентаризм, в системе которого граждане свободны только в день выборов. Народ вправе подать жалобу, если он считает, что конституцию, обеспечивающую свободу, нарушают; посредством этой жалобы он обеспечивает себе представительство, однако решение, дать ли жалобе ход, выносит уже орган, избранный узким кругом.

323 Относительно этого отдельные конституции или законы об избирательном праве содержат особые ограничения.

Конечно, может быть представлена и концепция, согласно которой без демократического законодательства, являющегося выражением всеобщей воли, с точки зрения прав человека нельзя обойтись именно потому, что содержание, круг и последствия осуществления прав человека не выяснены до конца. Задача законодателя состоит не столько в соблюдении этих прав, сколько в определении их содержания, с использованием демократических форм выражения согласия людей. В конечном счете, права человека не создают конкретное положение ("право") для живущего в государстве гражданина, а представляют собой лишь обещание принять во внимание разные точки зрения в период законного определения гражданского состояния [³²⁴]. Именно это "принятие во внимание" объявило обязательным (в том числе и для себя) французское учредительное Национальное собрание в 1789 г. [³²⁵]

257

То, что права человека были доверены законодателю, вполне понятно с точки зрения демократического республиканизма всюду, где революция была направлена против исполнительной власти и где победители захватили парламент и оттуда хотели ограничить исполнительную власть как источник грубого попрания прав. Например, бельгийская Конституция 1831 г. была ответом на тираническую и насильственную языковую политику и политику голландского короля в области религии. Конституция исходила из того, что король (как самый могущественный фактор власти) будет и в дальнейшем нарушать права граждан, поэтому казалось достаточным сделать основой любого необходимого ограничения гражданских прав закон, принимаемый представителями буржуазии, победившей в революции.

Однако по мере того, как исполнительная власть всюду переплеталась с законодательной и одновременно распространяла на нее свое влияние, эта гарантия оказалась ничем. За длительный промежуток времени доверенная заботам законодателя защита прав человека стала напоминать отношения козла и капусты. К тому же к середине — концу XIX в. исчезло и поначалу почти мистическое уважение к правам человека. В эпоху позитивизма в сверхъестественное уже не верили. Казалось, скептицизм Бентама одержал верх. С конца прошлого столетия возобладала концепция правового позитивизма; право представляет собой предписанное позитивным законом ограничение власти или (по немецкой догматике) рефлекс судебного исправления позитивного правонарушения. В Британии викторианская самоуверенность на полвека пережила королеву Викторию. Английская история вместо конституционного процесса, обеспечивающего права человека, покровительствовала английской парламентской демократии с ее сильным кабинетом и армией преданных независимых гражданских служащих, которых не связывали основные права или сложные механизмы ограничения власти, их обеспечивающие.

Но в других странах после бесчеловечных форм угнетения, революционных вспышек и трагических национальных кризисов снова увидели необходимость в защите человеческих прав, в меньшей мере подчиненной законодателю. Достичь этого пытались путем сравнительно точного фиксирования основных прав в конституции и защиты их от законодательного органа. После Первой мировой войны этой защите служит конституционное судопроизводство, контролирующее в первую очередь законодателей; еще раньше на этот путь встали Соединенные Штаты в результате своего более органического исторического развития.

324 *Waldron J. Rights and Majorities: Rousseau Revisited // Majorities and Minorities. (Chapman & Wertheimer eds.) Nomos XXXII. New York University Press. 1990. P 52.*

325 Декларация стремилась дать ориентир для принимающейся впоследствии конституции и законодательства учредительного собрания. Положения Декларации представляли собой решения, являвшиеся определяющими с точки зрения современных (либеральных) основных прав, хотя сформулированы они были в значительной мере под влиянием политических нужд и соотношения сил в тот момент.

8.2.2. Какие основные права должна защищать конституция?

а) *Классический перечень*

Сколько авторов, сколько общественных состояний и эпох, столько и прав человека. Согласия нет даже по тем правам человека, которые считаются самыми что ни на есть важными; нет его даже между "пророками" конституционализма. Локк признавал право на собственность, но признавал также и то, что ограничение этого права создает право нуждающихся получать долю прибавочной стоимости, полученной с помощью собственности [326]. В этом сходились Гроций, Гоббс и Монтескье, правда, каждый, исходя из собственных соображений [327]. В отличие от этого Блэкстоун — защищая собственников — отрицает происхождение собственности из естественного права. Право на собственность создают государственные законы [328].

Перечень человеческих или естественных прав на заре разработки конституций распространялся на три требования Локка (жизнь, свобода, собственность). Чем детальнее расписывал какой-нибудь немецкий князек поведение и сословное состояние своих подданных, с тем более обширным каталогом прав человека выступал местный дежурный борец за свободу (скажем, изгнанный пастырь). В издевку над этим избытком естественных прав писались даже трактаты и о свободе подстрижения ногтей. Еще виргинская Конституция 1776 г. формулирует многочисленные конкретные свободы, лишь с трудом подходящие под понятие "оставить в покое".

Само естественное право со своими неприкосновенными, безграничными и безусловными полномочиями неспособно дать годное к функционированию, т.е. предсказуемое, решение. Для этого нужно определить права и свободы, нуждающиеся в особой защите.

Если конституция хочет избежать тупика, бессистемности определения в законе основных прав, она вынуждена сделать сознательный, хотя и несколько произвольный выбор: составить перечень основных прав в надежде, что своим содержанием он будет связывать

законодателя. Конституция должна определить круг тех прав, которые она намерена почитать и заставить почитать других. В принципе, чем сильнее легитимность конституции, проистекающая из общественного участия, тем вероятнее, что выбранные ценности могут быть приемлемыми в наибольшем объеме почти для всех членов общества, или, по крайней мере, по вопросу этих ценностей может наблюдаться наименьшее расхождение в мнениях. Однако с учетом несколько элитных процессов создания конституций, зачастую приобретающихся в виде дара свыше, реально каталог прав выражает обустройство, необходимое для общественного сосуществования, а иногда потребности действующих

326 *Locke J.* Op. cit. P. 65.

327 Даже сам Хайек признает обязанность общества заботиться о нуждающихся; для этой цели государство законно использует общественные средства. О праве нуждающихся, однако, нет и речи. *Hayek F.* *The Constitution of Liberty.* Chicago, 1960. P. 285—286.

328 Право нуждающихся не поддается толкованию, потому что неясно, кто в этом праве наделен обязанностями. В случаях личной безопасности, безграничного пользования собственностью или в случаях освобождения от произвольного ареста с этой точки зрения все ясно: на основании этих прав все должны оставлять субъекта права в покое. Но кто наделен обязанностями по отношению к "нуждающемуся"? Государство? (Следовательно, необходимо создать фонд для помощи нуждающимся, деньги в который вносили бы все в меру своих возможностей?)

институтов [329]. В предписаниях по основным правам отдельных программных революционных конституций отражаются ценности учреждающей конституцию элиты, от которых ожидают изменения общества. Основа шкалы ценностей наиболее важных прав нейтрально-индивидуалистического (либерального) толка сводится к предположению, что в рамках регулирования свобода абстрактных лиц в представлениях учредителей конституции должна быть совместимой со свободой конкретных лиц или теоретически быть приемлемой для всех — по крайней мере в перспективе. Быть приемлемой, например, по представлениям Джона Роулса [330], означает, что любой человек, оказавшийся в ситуации, созданной гарантированными правами, будет ни в более, ни в менее выгодном положении, чем любой другой.

Итак, что же содержится в перечне?

В первоначальном тексте Конституции США институционные элементы отдельных прав (например, "хабеас корпус") упоминаются лишь в связи с разграничением компетенции между государственными органами. В 1789 г. Конституция была дополнена несколькими основными правами:

- свобода слова и вероисповедания;
- свобода на ношение оружия (для сотрудников милиции);

260

- справедливое возмещение убытков за отчужденную государством собственность, т.е. защита собственности;
- свобода от размещения солдат на постой;
- определенные уголовно-процессуальные гарантии личной свободы: условия выдачи ордера на обыск, предъявление обвинения и рассмотрение дела в суде присяжных, различные процессуальные гарантии для обвиняемого, например, запрет дачи показаний против самого себя, право на защиту, надлежащая процедура.

Большую часть этих институций англосаксонская судебно-правовая практика обеспечивала изначально [331]. После гражданской войны в этот список включены личная свобода (запрещение рабства), равенство перед законом и общее обеспечение надлежащей судебной процедуры (*due process*) при защите жизни, собственности и свободы. Наконец, конституционное признание получило всеобщее избирательное право. Этот перечень довольно узкий, в некоторых случаях он отражает проблемы исторического момента (освобождение от постоя), к тому же всеобщее избирательное право — политическое право, а не право человека (см. ниже).

329 Свобода вероисповедания служит мирному сосуществованию групп граждан. Американская Конституция (поправка I) запрещает Конгрессу издавать законы, устанавливающие какую-либо религию или запрещающие их свободное вероисповедание, чтобы избежать раскола государства в результате конфессиональных конфликтов. С другой стороны, если где-то наблюдается бесспорное преобладание какой-либо религии, она по традиции признается в конституции государственной, как, например, в Великобритании, в Скандинавских странах, в Греции и, по крайней мере до 1972 г., в Ирландии. В некоторых странах фундаментального ислама конституция объявляет страну исламским государством. Франция, напротив, определяет себя как секуляризованную республику. Со своей стороны, Индия, которая сталкивается с проблемой сектантства, схожей с проблемой, стоявшей в XVIII в. перед Соединенными Штатами, скорее предпочла бы совершить самоубийство, чем идентифицировать себя в конституции с какой бы то ни было религией или мировоззрением.

330 Rawls J. *A Theory of Justice*. Harvard, 1970.

331 Английский Билль о правах 1689 г. подтвердил право на рассмотрение дела судом присяжных и право оставаться на свободе под поручительство и запретил несоразмерное или жестокое наказание. Все эти права американские поселенцы требовали как принадлежащие им от рождения, т.е. в силу их английского гражданства, а не как естественные, неотчуждаемые права человека.

Первоначально этот перечень был столь сжатым в расчете на то, что все эти права содержались в конституциях американских штатов, считавшихся более важными, чем федеральная конституция. Впоследствии эта лаконичность вынудила Верховный суд "втиснуть" и многие другие права в эти немногие, а также признать наличие конституционных прав, находящихся за текстом конституции (например, *privacy* — право на личную жизнь). В результате "вмещения" все вопросы, касающиеся избирательного права, права объединения, воспринимаются как вопрос свободы слова.

Французская Декларация 1789 г. дает более краткий перечень прав человека и порой беззастенчиво, порой почти грубо говорит об ограничении прав, его формах и его основе, другими словами, является менее абсолютистской [332]. Неотчуждаемыми (принадлежащими с рождения) правами человека Декларация называет права на свободу, на собственность, на безопасность и на сопротивление угнетению [333]. Единственным пределом свободы (прав человека) является тождественное право других, как это определяется законом. Однако закон может запретить и

261

действия, вредные для общества, даже в том случае, если они не приводят к жертвам. За неотчуждаемыми правами следует право участия лично или через представителей в разработке законов. После перечисления некоторых основных гарантий в области уголовно-процессуального права следует свобода вероисповедания и свобода выражения мнения, которые имеют довольно много ограничений. Религия и выражение мыслей и мнений не наказуемы, если их выражение не нарушает общественный порядок, установленный законом (ст. 10). Согласно закону, за злоупотребление правом выразить мнение необходимо нести ответственность.

Французская Конституция 1791 г. дает уже более полный и более обязательный перечень гражданских и политических прав и гораздо более решительно, чем американская федеральная Конституция, выступает за равенство перед законом. В несении налоговых тягот равенство означает соизмеримость с возможностями граждан, а в отношении применения законов — безусловность. Равны и политические права, несмотря на то, что в соответствии с концепцией Сьейеса было введено активное и пассивное избирательное право. Законодательный орган основан на косвенном представительстве, что действительно очень далеко отстоит от столь популярной в глазах некоторых людей республиканской демократии, которую в конце концов пришлось ограничить.

Свободы как конституционные права первоначально означали безопасность и/или освобождение; личная свобода как безопасность означала, что никто не может быть произвольно арестован и осужден, а также ограничен в передвижении [334]. До завершения французской революции безопасность означала также право "не умереть с голоду" [335].

332 Столетия идет спор о том, не является ли это просто заимствованием Декларацией прав американских штатов, принятых за два года до этого.

333 Неотчуждаемость не означает неограниченность, а лишь то, что человек не может отказаться от своих прав, например не может добровольно отдать себя в рабство.

334 Гарантии личной свободы Конституции 1791 г. содержались в главе, посвященной правосудию, но свободы эти в большинстве случаев были сформулированы как права личности или как общий запрет, а не как специальные процессуальные предписания, относящиеся к правосудию. В качестве прав фигурировали подходы к решению проблемы, ограничивающие уголовное преследование, обеспечивающие личную свободу. Предписывалась, например, необходимость полицейского ордера на арест и передача дела в суд в течение трех дней. Содержать под арестом можно было только в тюрьме. Основным уголовно-процессуальным правом было предъявление обвинения, право на защиту, на освобождение под залог. Обвиняемый имел право на законного (назначаемого в

Ограничение прав и свобод [³³⁶] возможно только в соответствии с Конституцией. Свобода слова и выражения мнения была обеспечена абсолютным запрещением цензуры, считавшейся самой опасной практикой для этих свобод. Нововведением по сравнению с Декларацией было право на подачу петиций и на проведение мирных собраний без оружия. Эти права всегда понимаются в рамках регулирования охраны общественного порядка, их содержание определяется законом. Закон, между прочим, не может ставить никаких препон в осуществлении естественных и гражданских прав, но злоупотребление правом наказуемо [³³⁷].

Либеральная эпоха существенно не расширила этот перечень, а скорее сделала его более точным. В бельгийской Конституции фигурируют, по сути дела, в более сжатой форме все права французского образца (за исключением предоставления работы безработным). Равенство однозначно касается равенства перед законом, т.е. необходимость применять закон одинаково ко всем. Перечень дополняется свободой объединений, которую во время французской революции страстно отвергали и запрещали, мотивируя тем, что всякое объединение представляет собой уродливое посредничество между гражданином и всеобщей волей, дающей жизнь воле политической, т.е. законодательству [³³⁸]. Жилище и переписка неприкосновенны. Последний запрет абсолютен, вследствие чего в Бельгии и сегодня невозможно законное прослушивание телефонов; что касается неприкосновенности жилища, то исключение делается на основе ордера на обыск, соответствующего условиям закона. Преподавание свободно. Свобода печати дополняется запретом предварительного залога. Наконец, как во всякой революционной конституции, и здесь фигурирует несколько предписаний, категорически исключающих наиболее вопиющие нарушения законов недавней тиранией. Поэтому государство не может вмешиваться в церковные

назначения. Поэтому исключается гражданская смерть (наказание лишением всех гражданских прав). Поэтому объявляется, что пользование языками свободное, но законом может быть предписан язык ведения официальных дел.

соответствии с законом) судью и на рассмотрение дела судом присяжных с правом отвода присяжных. Судебный процесс должен быть открытым.

335 Французская Конституция 1791 г. определяет и такие обязанности государства, которые хотя и не представляют собой право в современном смысле слова (осуществление их не может быть обеспечено принуждением), но как конституционные обязанности могут, бесспорно, влиять на правовое положение личности (не всегда расширяя ее свободу). Эти обязанности касаются не только организации бесплатного обучения (как это уже предписывалось в пенсильванской Конституции 1776 г.), но и организации заботы о беспризорных детях, беспомощных бедняках и безработных. О безработных следует заботиться путем предоставления им работы.

336 В литературе, находящейся под влиянием французских концепций, различается три вида законных ограничений прав: превентивное, регулирующее и уголовное. Согласно бельгийской Конституции, для проведения собраний в закрытом месте предоставляется полная свобода, однако собрание под открытым небом представляет собой уже предмет правового регулирования. Впоследствии законодательное регулирование распространилось на проведение любых общественных мероприятий под открытым небом.

337 Осуществление свободы слова наказуемо только в случае отмеченных в конституции злоупотреблений, т.е. при намеренном подстрекательстве к неповиновению закону, к сопротивлению конституционным властям или к совершению преступления, а также в случае клеветы на должностное лицо. В соответствии с этой традицией греческая Конституция подробно рассматривает возможности ограничения свободы печати. В принципе, конечно, конституционные права ущемляются с формальной точки зрения корректно: указанием на содержащиеся в конституции исключения.

338 См. закон Ле Шапелье, недвусмысленно направленный против рабочих объединений.

К 1831 г. перечень гражданских — и формально политических — свобод был практически завершен. Последующие расширения носят отчасти технический характер, например, неприкосновенность переписки распространяется на телефонные разговоры, свобода печати — более или менее на все средства массовой информации. Преобладающую часть гражданских свобод характеризует то, что они в отличие от государства формулируют запрет на невмешательство, иногда подчеркнуто и с конкретным указанием ряда типичных вмешательств, нарушавших свободу в прошлом (например, цензура, права церковной инвеституры). В эти либеральные времена государство обязано в крайнем случае предоставлять позитивные услуги в области бесплатного образования.

b) Позитивные права (экономические и социальные права и защита правовых институтов)

Социальные права в Декларации 1789 г. не фигурировали^[339]. Либеральный конституционализм не следовал социальным традициям французской Конституции 1791 г.; он "подтвердил", иначе говоря, сделал своим принципом то, что было "пропущено" в 1789 г.

К концу революции сущность природы прав человека была определена при полной, на первый взгляд, победе собственности в соответствии с индивидуальным понятием прав и концепции, основывающейся на владении. Налогообложение и налоги толковались узко и исходили из представления о государстве как "ночном стороже". Налоги, кстати, касались узкого круга собственников.

Не считая нескольких исключений, до 1917 г. конституционные индивидуальные основные права попросту запрещали государству и его органам определенные действия; государство должно было разве что продолжать создавать законы, чтобы запреты встраивались в систему защиты свободы. Точнее: уж если государство существует, чтобы защитить общество от злоупотребления свободой, чтобы соблюдение прав одними не ущемляло свободу других, следовательно, оно должно принимать правозащитные законы и встраивать в эту систему (особенно в уголовное право) запреты, установленные конституцией во имя обеспечения гражданских прав.

264

В конце XIX в. началось переосмысление прежних, в основном негативных, конституционных свобод, т.е. обязывающих государство к сдержанности при одновременных попытках создания законов в пользу нуждающихся и "трудящихся". В начале XX в. в этом отношении в авангарде находились мексиканская (1917) и Веймарская (1919) конституции. Иногда это сталкивалось с сопротивлением суда (как в Америке до 1935 г.) или попросту не вписывалось в традиционную конституцию.

Термидор и либерализм, отменивший законы о бедных, нейтрализовали государство; теперь разворачивала свои знамена концепция антилиберального конституционализма. Она выдвигала для государства цели в надежде на обеспечение общественного спокойствия. Риск огромный: в опасности оказались основные права человека, не подлежащие государственному регулированию и являвшиеся одним из устоев конституционности, к тому же возросшая роль государства в обществе нарушила равновесие властей в пользу исполнительной власти, традиционно безразличной к гражданским правам, которая вдобавок поставила законодателя под свой политический контроль.

339 Предложения комиссий изобилуют проектами, суть которых — забота о бедняках, но поскольку Декларация была обнародована в незаконченном виде, учредители вдруг почувствовали необходимость неотложно дать подробную конституцию. Спорные социальные права в 1789 г. не были в нее включены

Лауреат Нобелевской премии экономист Ф. Хайек, апологет свободного рынка, в своей книге, вышедшей в 1960 г., писал:

"Правительство, которое может использовать принудительные средства только для соблюдения общих норм, не может определять материальное положение конкретных людей и не может осуществлять распределительную, или "социальную", справедливость... Если правительство намерено определять положение конкретных людей, оно должно быть способным определить направление индивидуальных усилий... Распределяющая справедливость требует подчинения всех ресурсов единой центральной власти, т.е. определения того, каким целям должны служить люди. Если мнение сообщества решает, что должны иметь различные люди, та же самая власть должна решать и то, что им нужно делать" [³⁴⁰].

В этом принудительном характере отношений ничего не меняет то, что этого желает большинство.

Элементы новой концепции, признанной конституционно и способной к радикальному ограничению классических негативных прав и свобод, впервые появились в мексиканской, а затем в Веймарской конституциях.

Поскольку расширение политических прав оказалось не достаточным для обеспечения общественного мира и демократии, мексиканская

265

Конституция 1917 г., завершившая длившийся долгие годы революционный хаос, исключительно ко благу трудящихся посвятила отдельную главу, гарантировавшую восьмичасовой рабочий день, минимальную заработную плату, равную независимо от пола и национальности оплату труда и право на забастовку. Конституция обязывала работодателей обеспечивать охрану безопасности труда и предоставлять трудящимся один выходной день в неделю. Конституция поставила перед законодательными органами задачу создания трудового законодательства в целях осуществления прав трудящихся, а также сама провозгласила недействительными целый ряд противоречащих ей соглашений по трудовому праву.

В Веймарской конституции 1919 г. фигурировали и другие нововведения, подрывавшие традиционную конструкцию защиты прав. Веймарская конституция взяла под свою защиту институты и группы. Это привело к конституционной защите институтов и выдвинуло вопрос о групповых правах.

В качестве примера защиты институтов можно привести ст. 119:

"Семья как основа семейной жизни, а также сохранения и роста нации, пользуется особой защитой Конституции. Семья основывается на равноправии полов.

Охрана чистой и здоровой семьи, придание ей общественного значения является задачей государства (земель) и местных властей. Многодетные семьи имеют право на пропорциональную поддержку.

Материнство имеет право на поддержку и заботу со стороны земель".

340 Hayek F. Op. cit. P. 231-232.

Такой тезис, как в ст. 119, да еще в главе о правах, и к тому же если конституция принимается всерьез, не остается без последствий. Неудивительно поэтому, что в 20-х гг. немцы расширили доктрину защиты институтов. На место конкретно осуществляемой свободы права эта доктрина ставит своего рода государственно-судейский патернализм. Согласно этой доктрине, конституция защищает не столько, свободу конкретных людей, сколько служит свободе как общественной ценности или общественному устройству. Или же служит институтам, которые работают на общественные ценности, не зависящие от свободы, а также на общественное устройство. Речь идет не о праве отдельных людей определять свое семейное положение, т.е. заключать и расторгать брак, а о защите стабильности семьи, брака. Подобным же образом защищается не выражение отдельных мнений, а свобода печати (в частности, и в ущерб выражению отдельных мнений в таких, например, случаях, когда для обеспечения функционирования печати не нужно помещать опровержение или когда печать не должна платить высокие штрафы, чтобы возместить ущерб за злоупотребление свободой слова).

266

Содействие развитию социальных прав можно считать и ответом на критику традиционных негативных основных прав со стороны государственного социализма. Социалистическая правовая концепция ссылалась на то, что буржуазные свободы пусты и бессодержательны и не обеспечивают фактическую свободу. Чего стоит право на образование и самореализацию, если у человека нет денег на учебу? Чего стоит свобода печати, если газеты могут издавать только богатые; о какой свободе выражения мнений может идти речь, если телевидение показывает только то, что можно рекламировать?

Уже советско-российская Конституция 1918 г. и основанные на ней декреты ограничивают свободу печати именно в этом духе, исходя из реальности и, следовательно, "подлинного пользования правами". Снабжение бумагой сделали государственной монополией, чтобы газеты, выполняющие откровенно мобилизующие (пропагандистские) функции, находились в распоряжении трудящихся; дотации на издание периодики доходили почти до ста процентов — пусть "Правда" будет доступна каждому. Наконец, все издательства перешли в государственную собственность. Вопрос о том, что разрешено публиковать и что нельзя, можно было решать с позиций собственности. Даже в цензуре не было необходимости. Без сомнения владелец или редактор, учитывающий его интересы, может влиять на содержание газеты или телевизионных программ и при капитализме. Однако при государственном социализме во внутренней цензуре, ставшей возможной в результате вышеуказанного государственного "развития" прав и свобод, проводились чисто политические точки зрения. Самоцензура частной собственности распространяется лишь на отдельные газеты или телекомпании; столкновение мнений возможно даже в условиях олигополии средств массовой информации. При государственном социализме на всю печать распространяется воля центра, которая является единственной.

Социальные государства, отчасти в ответ на социалистическое правовое давление, подняли перчатку, брошенную им в виде социальных прав. Они также взяли за развитие услуг по расширению прав и в некоторых случаях сделали их конституционными. При отсутствии соответствующих контрмер это влечет за собой опасности, характерные для социалистических правовых воззрений. Если в задачи государства входит, даже путем предоставления материальных услуг, содействие "подлинному осуществлению" прав, оно должно ввести для этого новое налогообложение. Далее, в нем возрастает стремление самому определять методы реализации личных прав. И возникает не только эта возможность. Свобода печати может осуществляться не только посредством государственных дотаций на определенные

267

публикации и программы, но и, например, путем государственного воспрепятствования появлению монополий в области печати или создания возможности уравновешенной политической информации в ходе политической предвыборной кампании, т.е. хотя и путем позитивного регулирования, но все еще в целях совершенствования условий, при которых реализуются негативные права.

Необходимость принятия на себя государством социальных задач усиливается и современным требованием равенства. Либеральные воззрения прошлого столетия и даже еще Веймарская конституция буквально толковали предписания о равенстве, т.е. имели в виду равенство перед лицом закона, правоприменительное равенство. Сегодня даже при чтении текстов конституций XIX в. или их более поздних вариантов, отчасти под влиянием римской Конвенции о правах человека, отчасти, вероятно, в результате роста авторитета демократической легитимации (равенства), чувствуется, что законодатель ни в одном из основных прав не может провести разницу между человеком и гражданином [³⁴¹].

"Традицию" легитимации социальных прав продолжила итальянская Конституция, принятая после Второй мировой войны при участии социалистической и коммунистической партий, а также преамбула французской Конституции 1946 г. (являющаяся частью действующей Конституции). Подобным же духом пропитана Всеобщая декларация прав человека 1948 г. Согласно этой Декларации, каждый человек имеет право на социальную защиту и реализацию экономических, социальных и культурных прав в интересах свободного развития его личности (ст. 22); она провозглашает право на труд, справедливую оплату труда и оплачиваемый отпуск, более того, согласно Декларации, каждый человек имеет право на жизненный уровень, необходимей для существования гражданина и его семьи, на социальное и медицинское обслуживание, на пособие по безработице и пенсионное обеспечение.

Все эти экономические и социальные права значительно отличаются от традиционных прав человека, т.е. основных прав и свобод. С одной стороны, можно оспорить их универсальность (поскольку часть их однозначно относится к положению работников). Конечно, работником может оказаться каждый, как и, например, обвиняемый. Однако при таком подходе возникают еще более неясные и

268

проблематичные моменты: кто, например, принял на себя обязательство по обеспечению этих прав? И вообще, какова их юридическая природа?

Относительно части прав, касающихся трудовых отношений, можно предположить, что обязанным на основе последующих законов будет работодатель, неясно, однако, нужно ли образовывать фонды социального страхования целиком из взносов работодателей или из заработка работников. Возможно, следует обязать государство пополнять эти фонды из налоговых поступлений? И если да, должно оно делать это в качестве собственных, государственных услуг или достаточно принять закон о функционировании таких институтов? Наконец, как тогда обстоят дела в отношении других прав индивидуального субъекта права, и в случае нарушения его социальных прав имеет ли он возможность обратиться в компетентный суд? В отношении минимальных социальных прав все это становится весьма сомнительно.

341 См. новую редакцию бельгийской Конституции 1831 г. Немецкая концепция, отчасти на иной основе, приходит к подобным же выводам. Поскольку каждый имеет право на человеческое достоинство, а основные права принадлежат людям, вытекающая из них представлений о достоинстве, то в отношении основных прав всякая дискриминация является антиконституционной.

В тех конституциях, которые не входят в разряд государственно-социалистических, социальные права, несмотря на антилиберальный поворот, получают, как правило, невысокое признание по сравнению с классическими гражданскими и политическими. Это имеет не только свои теоретические и исторические причины, но и практическое объяснение. Иногда эти права предполагают непредвиденные расходы, с другой стороны, они не универсальны, т.е. более пристрастны. Согласно господствующему мнению, речь идет не о классическом праве, реализуемом через суд, а о государственной цели или государственной задаче. Это подтверждается и осторожными выражениями, которые использует Веймарская конституция. Социальным правам соответствуют бесспорно конституционные и материальные обязанности государства, однако осуществление этих прав не может быть истребовано по суду. Индивид не может обратиться в суд в случае, если его социальные права не реализуются. Если социальное законодательство совсем не применяется для реализации государственных задач, можно говорить разве что о конституционном упущении, но нельзя проверять эффективность законодательства. Когда государство принимает закон по социальным вопросам, тратит средства на социальные цели, его действия конституционно оправданы.

Действительно, все это стоит на зыбкой почве. И хотя под влиянием социалистических стран и под давлением изменения внутреннего соотношения сил, а также социал-демократической солидарности во всем мире усилился культ социальных и культурных прав, и в интересах гарантии социальных прав международные обязательства взяли на себя и страны рыночной экономики, в интеллектуальном смысле представляется сомнительным расценивать эти права как основные конституционные права. В германском Основном законе, кстати, социальные

269

и культурные основные права отсутствуют, хотя Основной закон определяет Германию как социальное государство. Текст Основного закона (но не юридическая практика) лишь в ограниченной мере защищает собственность и решительным образом позволяет осуществлять социализацию промышленных отраслей. Нидерланды и Швеция, считающиеся образцовыми странами в плане социального обеспечения, также не включили в конституции социальные услуги. Естественно, чем больше опасность отмены социальных услуг, тем важнее включение их в конституцию для тех, кому угрожает потеря благ.

270

8.3. ЧТО СЛЕДУЕТ ИЗ ОСНОВНЫХ ПРАВ?

8.3.1. Ограничение государственной власти

Когда революционный процесс разработки конституций обратился к основам естественного права, то задал читателям и пользователям конституций неизбежный вопрос: что значит наличие у человека конституционных прав и что из этих прав следует? Что касается классических негативных прав, то конституционная защита заключается вовсе не в обеспечении возможности людей что-то сделать. В конце концов, если свобода представляет собой исходное состояние, первозданность, то государство не имеет оснований совершать определенные действия, которые уничтожили бы эту возможность.

Исходной точкой является свобода граждан. Гражданин сохраняет свою свободу в государстве. Как впоследствии иногда констатируют конституции стран, освободившихся от патерналистского гнета, разрешено все, что не запрещено. Что-либо регулировать в государственном порядке, ограничивать, запрещать, что само по себе не наносит вреда никому другому, можно, лишь имея на то особые полномочия. Стало быть, исходным

пунктом является свобода. Исключение представляет собой возможность законного наложения обязательств, проистекающая из конституционно зафиксированных обязательств по уплате налогов.

В Декларацию 1789 г., по предложению аббата Сьейеса, было внесено положение, согласно которому политическое общество, конституционное государство не означает договорное ограничение свободы; в нем сохраняются естественные свободы, более того, своей полноты они достигают именно в условиях права.

Конституционные права предназначались для ограничения власти. Первая поправка к американской Конституции не указывала на то, что человек волен пользоваться свободой слова и вероисповедания — это для большинства американцев само собой разумелось. Надлежало

270

выяснить, что означает эта свобода с точки зрения государства. (Согласно поправке I, Конгресс не должен издавать законов, ограничивающих свободу слова, печати или вероисповедания; государство не может устанавливать религию.)

Перечень прав меняется, меняется и то, что влечет за собой включение в перечень. Но если согласиться с тем, что конституция представляет собой правовую норму, из которой следуют обязательства, т.е. она имеет нормативную силу, то включение в конституцию прав в системе правового государства придает им нормативный характер.

Провозглашение основных прав накладывает определенные обязательства на государство, но что значит обязанность государства? Все это приводит нас к поиску твердого ядра *непосредственной защиты* зафиксированного в конституции права и непосредственного юридического эффекта этого права. Включение основных прав или свобод в конституцию означает принятие обязательств государством. Во-первых, обязательства самому не нарушать эти права. Остается спорным вопрос, обязывает ли конституция государство обеспечивать осуществление этих прав по отношению к другим. В известной степени, конечно, государство должно гарантировать осуществление прав, связанных со свободой. В этом смысле основные права означают больше, чем просто конституционно признанная свобода как возможность действия (см. ниже).

Но что значит гарантия со стороны государства? Полагается ли возмещение убытков при нарушении зафиксированных в конституции прав, но последующие законы не уточняли эти права? А если права нарушаются органом, действующим от имени государства или частного лица? Даже в Соединенных Штатах, где любой судья с готовностью листает Конституцию, она лишь в результате длительного развития стала непосредственной юридической основой для вынесения решений о возмещении убытков. Для европейского толкования конституционализма, особенно бытующего в Венгрии, характерна легитимация непосредственного возмещения убытков или иного обжалования по частному праву на основе конституции, если основные права других лиц нарушаются вследствие деятельности, которая не запрещена [³⁴²].

271

342 В виде исключения германский Конституционный суд для защиты прав личности институционализировал не указанное в законе возмещение убытков, более того, запрещенное до этого законом. Однако этот принцип позже не применялся (суд постановил определить возмещение убытков неимущественного характера в пользу бывшей супруги иранского шаха принцессы Сорейи из-за оскорбительной газетной публикации о ней).

8.3.2. Влияние основных прав на негосударственные отношения

Государство должно воздерживаться от действий, запрещенных конституцией в связи с осуществлением какого-либо права. В процессе ограничения прав, если в конституции возможность ограничения соединяется с основным правом, государство может поступать только определенным образом.

Осуществление некоторых прав трудно представить без активной государственной деятельности. Хотя конституции обычно умалчивают об этом, но государство имеет власть по охране общественного порядка, восходящую к доконституционным временам, которую демократическая легитимация может даже принять, ссылаясь на законодательство как на принцип суверенной народной воли. Но обязано ли государство создавать такие общественные условия и обстоятельства, которые служат подлинному осуществлению прав и свобод? Является ли нарушением конституции безнаказанность того, кто держит под арестом другого? Или государство прибегает в таких случаях к наказанию лишь потому, что полагает, будто таким образом оно может сохранить свою привилегию ограничения свободы? Должно ли государство обеспечивать то, ожидание чего формирует основное право? И является ли его конституционной обязанностью обеспечение защиты в случае нарушения основных прав гражданами или предотвращение этого нарушения? На этом основании можно конфисковать тираж газеты, поместившей материал, оскорбляющий чье-либо достоинство, прежде чем начнется ее распространение,

Ответ на эти вопросы следует искать в конституционном восприятии роли государства, а также в том, насколько функционирование общества и экономики нуждается в государственных услугах. Для создания рыночной экономики в начале XIX в. необходимо было потеснить государство, раздающее привилегии и сохраняющее их монополию; сложившиеся в тот период конституции достаточно отчетливо противостояли тому, чтобы государство, особенно только что побежденная исполнительная власть, чрезмерно вмешивались в экономику и в частную жизнь граждан.

Позиция американского Верховного суда состоит в том, что государство не имеет активных обязанностей по защите прав человека:

"В формулировке клаузулы о необходимости соблюдения "надлежащей процедуры" нет ничего, что обязывало бы штаты защищать жизнь, свободу и собственность граждан от частного вторжения" [³⁴³].

272

В других условиях развития общество оказывается полностью парализованным без услуг государства, что определяет и конституционную роль государства. Государство играет роль в активной государственной защите и развитии прав, оно обязано защищать права независимо от того, кто их нарушает. Эта концепция не довольствуется предотвращением вмешательства государственных органов, в результате которого нарушаются права [³⁴⁴].

343 DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189, 195—96 (1989). Предыстория дела состоит в том, что служба социального обеспечения хотя и предприняла определенные меры, когда ей стало известно, что отец одного семейства жестоко избивает своего ребенка, но не возбудила дело по лишению его родительских прав. В конце концов ребенок в результате побоев получил неизлечимое повреждение мозга, после чего мать возбудила дело против штата за то, что он не защитил свободу ребенка. В этом случае законодатель, несомненно, принял меры по обеспечению свободы, но вопрос состоял не в законности этого шага, а в его достаточности и относящейся к этому конституционной *обязанности*.

344 Обязанность государства обеспечивать правозащиту (в интересах осуществления права на жизнь и человеческое достоинство) была определена, например, в отношении безопасности атомных

Германский суд в вопросе защиты жизни плода во чреве матери дошел до того, что провозгласил: государство должно защищать его средствами уголовного права. Даже оставшиеся при особом мнении судьи сомневались, соответствует ли форма защиты посредством уголовного права самой защите основного права, которое надлежит защищать с помощью законодательства и государственных услуг, не подвергая их сомнению.

Восточноевропейские страны после 1989 г. не стремились уничтожить решающую роль государства, да и в обозримом будущем не предвиделось ничего, что могло бы заменить услуги государства. Правозащитные "услуги" государства в большинстве случаев сохранялись как конституционная потребность. Венгерская Конституция (абз. 1 § 8) провозглашает защиту основных прав первоочередной обязанностью государства, как и Основной закон Германии (абз. 3 ст. 1), отличающийся государственно-центристскими традициями, гласит, что законодательство, исполнительная власть и суд должны подходить к основным правам человека как к непосредственно действующему праву.

Все это ведет к проблемам сферы осуществления основных прав, к вопросу о том, должно ли государство гарантировать реализацию основных прав и в частных отношениях? Охватывает ли конституция и сферу отношений частного права?

Классические либеральные конституции, как мы уже видели выше, считали конституцию действительной исключительно по отношению к государству, т.е. руководством для государства, но не непосредственно для частной сферы. Эту китайскую стену укрепляло еще и

273

традиционное европейское разделение отраслей права, согласно которому мир частной независимости характеризуется именно тем, что на него распространяются только определенные кодексы частного права, в остальном же в нем царит свобода личного выбора. В наши дни, в первую очередь под растущим влиянием германского Конституционного суда, считающего конституцию выражением объективных ценностей, во многих странах под предлогом усовершенствования юридического верховенства конституции признано, что положения конституции нужно осуществлять и в сфере частных отношений.

Если признать, что законодатель и государство имеют конституционные обязанности в области активной защиты основных прав человека, то основные права и конституционные ценности нужно применять и в частных отношениях как непосредственно, путем соответствующего законодательства в области частного права (например, посредством объявления недействительными договоров, содержащих антиконституционную дискриминацию), так и путем соответствующего судебного применения конституции в частном праве.

Все это является источником новых и новых трудностей, способных, как показывает следующий пример, рано или поздно создать угрозу для самой свободы, которую считалось необходимым обеспечить в конституции. Нарушает ли свободу политических взглядов как основное право человека и тем самым конституцию работодатель, отказывающийся кому-либо в приеме на работу из-за политических убеждений? И обоснованно ли со стороны государства не принимать на службу человека из-за его политических воззрений: например, отказывать в должности преподавателю, который критикует государственное устройство, законодательство или даже является членом политической группировки, критикующей принципы конституции? Можно ли увольнять граждан с государственной службы, как это

электростанций или химического оружия, но до сих пор приемлемыми считались все выбранные законодательством меры защиты.

следует из законов о перлюстрации, за принадлежность в свое время к законным организациям? [³⁴⁵]

274

Вернемся к частному работодателю, который отказывает, например, продавцу в найме из-за мнения и убеждения, высказанных им в ходе собеседования. В одном случае отказ обосновывается тем, что экстремистские взгляды несостоявшегося продавца могли бы отпугнуть покупателей. В другом случае владельцу просто не нравятся эти взгляды. Владелец может полагать, что никому нет дела до того, как он распоряжается своим правом собственности. С какой стати он должен терпеть, чтобы у него перед глазами изо дня в день мелькала физиономия человека, чьи взгляды вызывают у него отвращение?

Согласно понятиям о конституционализме, в наши дни характерной чертой для многих правовых государств является запрещение дискриминации, основанной на естественных свойствах дискриминируемого лица (раса, пол, сексуальные наклонности, возраст, физические недостатки). Не считаются дискриминацией различия, устанавливаемые на основе качеств, которые представляют собой препятствие для выполнения данной задачи. Конституционная защищенность уже не столь однозначна и подвержена изменениям в историческом плане, если основой негативной дискриминации являются убеждения или личное членство. Что же касается сугубо частных отношений, здесь может проявляться "свобода" дискриминации. У себя дома каждый может быть расистом и приглашать к себе в гости, кого он хочет. Основывая семью, человек не поступает незаконно, отвергая притязания не нравящегося ему претендента, хотя адепты революционного равенства, пожалуй, и здесь стремились бы к справедливости [³⁴⁶].

Венгерская Конституция [³⁴⁷] занимает весьма своеобразную антидискриминативную позицию. Она возводит равенство в важнейший

345 Перлюстрация означает просвечивание. В Чехословакии так было названо законодательство, ограничивавшее общественно-политическую деятельность лиц, сотрудничавших с карательными органами коммунистического режима. В Германии после 1945 г. применялось коллективное ограничение прав по отношению к членам нацистской партии. Относящиеся к этому нормы были просто исключены из круга конституционно рассматриваемых вопросов сделанным заявлением, согласно которому предписания Основного закона не распространяются на доконституционные правовые нормы, принятые военной администрацией. Исключение бывших агентов службы безопасности (Staatssicherheit) восточной Германии из числа государственных служащих после воссоединения Германии в 1990 г. было наказанием не за "принадлежность к политической группировке", а за "доносы". В 70-х гг. преподаватель рисования средней школы г-жа Глазенапп как государственная служащая ФРГ была уволена с работы за одобрение проекта по строительству детского сада. Проект являлся одной из инициатив местной организации коммунистической партии. Страсбургский суд не усмотрел в этом нарушения права на собственное мнение, поскольку никто не ограничивал Глазенапп в выражении своего мнения. Другое дело государственная служба — это не сфера свободы мнений.

346 Как говорил Сен-Жюст, "человек рожден, чтобы жить независимо, чтобы у каждого мужчины была хорошая жена и здоровые резвые дети; не нужно ни богатых, ни бедных" (*Saint-Just. Oeuvres complètes*. Paris, 1963).

347 В результате образуется, если принимать дело равенства всерьез, преобладающая над всеми основными правами система равенства, якобинский террор антидискриминации. Это будет главным преступлением нашей жизни во всех ее областях, в том числе и личной жизни, если, пользуясь своими правами, мы будем применять дискриминацию по отношению к другим согласно их защищаемым качествам. Получится нечто вроде американской политической корректности, только иод страхом строгого наказания. Как бы ни была мне противна идеология бритоголовых или либералов, я не могу не принимать их к себе на работу. Где свобода, если я не буду волен решать, с кем мне заключать контракт, а с кем не заключать, по той, например, причине, что мне несимпатично какое-то качество, защищаемое, однако, запретом дискриминации. Почему частный собственник,

принцип, охватывающий все право, делает из равенства суперправо. Осуществление этого, по всей вероятности, она считает активной обязанностью государства:

"§ 70/A. (1). Венгерская Республика гарантирует каждому находящемуся на ее территории человеку права человека и гражданина без какой бы то ни было дискриминации в отношении расы, цвета кожи, языка, пола, религии, политических или других убеждений, национальности и происхождения, социального, имущественного или иного положения.

(2). Любая негативная дискриминация в соответствии с абзацем (1) строго карается законом".

Как оценить на основе венгерской Конституции упомянутую дискриминацию применения? Из-за избытка прав человека и гражданина сразу и не найдешь такой аспект частной жизни, который не был бы связан с основным правом. Текст Конституции слишком обширен. Если неподтвержденность дискриминации — "гражданское право", тогда государству, бесспорно, придется принять закон, согласно которому работодателя не могли бы подвергнуть дискриминации в отношении работополучателя. Но если бы это даже не было гражданским правом, дискриминация все равно была бы запрещена, так как наказуема всякая дискриминация, таким образом, и дискриминация личного характера. За отсутствием особых норм уголовного права дискриминирующий частный работодатель не может быть наказан, но в рамках непосредственной применимости конституции можно будет взыскать с него возмещение убытков к вящей славе права собственности.

8.4. ОГРАНИЧЕНИЕ ОСНОВНЫХ ПРАВ: ПРИМИРЕНИЕ ГОСУДАРСТВА И СВОБОДЫ В КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМЕ

8.4.1. Ограничение основных прав

По Блэкстоуну [³⁴⁸] гражданская свобода — это то же самое, что и естественная свобода, но лишь в той мере, в какой ее ограничивают человеческие законы и в какой она необходима и полезна для общего блага. Свободу, следовательно, можно ограничить, правда, лишь в необходимой с точки зрения общества мере. Эта концепция, сформулированная на языке естественного права, выражает характерную позитивистскую

точку зрения юриста, специализирующегося в области позитивного права. Законодательство гарантирует не существующие права, его интересует, в какой сфере установить обязанности, при необходимости ограничивая возможности действия. Права возникают в крайнем случае по милости государственного регулирования. Это вполне понятно в таком мире, где все "существенные" институты (в том числе и блэкстоуновское право собственности) в конечном счете представляют собой творение государства или человека, традиции или судей.

Эту возможность ограничения не отрицали даже революционные декларации прав человека, указывавшие на приоритетность регулирования прав и свобод. Классический конституционализм стремится согласовать со свободой необходимость общественного спокойствия, связанную с жизнью в государстве. В ходе позитивизации революционного естественного права в XVIII в., т.е. его включения в конституции и признания, эту

частное лицо должно быть столь же нейтральным, сколь и не либеральное, но нейтральное государство? Если это брать за основу, то я не буду волен бойкотировать проповедников расовой сегрегации, не буду волен предпочитать говорящих на одном языке со мной или тех, с кем вместе я молюсь по пятницам (субботам, воскресеньям).

348 *Blackstone*. Op. cit. P. 125.

потребность в общественном порядке и спокойствии, на первый взгляд, принимали во внимание в меньшей мере, чем позитивизм Блэкстоуна. Только с оговорками признали, что, сославшись на какие-то общественные интересы, можно отказаться от осуществления основных прав человека. А ведь такая возможность в демократии Руссо соблазнительна: участие в политическом процессе позволяет каждому реализовать свою волю для осуществления "подлинных" преимуществ сообщества [³⁴⁹]. Коль скоро общая воля того желает, права человека несущественны. Но существует ли вообще золотая середина между абсолютизмом прав человека и нуждами государственного, общественного регулирования?

Французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г. называет свободу, собственность, безопасность и сопротивление тирании неотчуждаемыми и естественными правами человека. Неотчуждаемость, однако, не означает неограниченность. Характерно, что именно Декларация рассматривает вопрос о том, насколько эти права можно ограничивать [³⁵⁰].

277

В соответствии с концепцией Сьейеса, ограничение естественных прав допустимо лишь в интересах сохранения подобных прав других лиц, а не ради каких-то имманентных обязанностей. Ограничения этих прав может устанавливать только закон.

Это, подобно американской концепции, выражает сущность связи между конституционализмом и основными правами (хотя и не сводит проблему к единственно возможному решению). Конституционализм определяет, насколько можно ограничивать признанные основными права или, наоборот, насколько эти права ограничивают власти, образующие государство. В этой формуле фигурируют две переменные, зависящие, по крайней мере на первый взгляд, от государства и, соответственно, от законодателя:

1) хотя существуют основные права, ограничивающие государство, но какие именно права считаются таковыми, это в значительной мере зависит от решения законодателя;

2) насколько законодатель ограничен в ограничении, также зависит главным образом от выбора государства.

В действительности вопрос о том, какие права нужно признать, в конституционной системе определяют общественные ценности и потребности (как в ходе разработки конституции, так и позже, в ее толковании и применении). Принципы конституционализма очерчивают границы и того, насколько можно оставлять без внимания государственное ограничение, внешне выступающее как негативное право.

Конституционное государство унаследовало от своего абсолютистского правопродшественника одну существенную возможность: регулирующую власть, необходимую для сохранения общественного порядка, общественного спокойствия, полицейские полномочия, на основании которых оно может вторгаться и в область права, в

349 Признавая, что человеческие решения в очень многих случаях не эгоистичны, что мы можем руководствоваться любовью к ближнему, солидарностью, моральными соображениями и иногда готовы даже на личные жертвы, нельзя не задать законный вопрос: почему человека (принимающего решение голосованием) должно интересовать общественное благо, если лично для него оно невыгодно?

350 Это различие логично, поскольку исходит из того, что права представляют собой некую данность. С точки зрения общественного регулирования, вопрос в том, что с этими правами делать. Конституции признают в качестве исходной позиции основные права, но поскольку они имеют такое верховенство, являются, как сказал бы советский экономист И. Дворкин, козырными тузами, то необходимо все же определить: когда их нужно ставить превыше всего и ставят ли?

царство свободы. Это вторжение может быть ограничено лишь содержательными моментами, если какая-нибудь конкретная свобода пользуется защитой в качестве основного права. Когда же с расширением сферы государственного регулирования такого рода гарантия конституционализма оказывается недостаточной, то необходимо более точное ограничение государственной власти. Например, если кого-то привлекают к уголовной ответственности, то аргументировать незаконность этого фактом нарушения свободы будет недостаточно. Здесь необходимо точное определение границ вмешательства государства.

Но эта определенность не полная. В то время как относительно основных свобод и ценностей возможно согласие, как и в том, что эти свободы и ценности равным образом распространяются на всех, позитивные последствия этого большинство зачастую не признает. Свобода слова редко оспаривается в обществах, поддерживающих

278

рациональное познание, но разрешение на этой основе порнографии было бы для многих неприемлемо [³⁵¹].

В ходе определения содержания прав конституция указывает и на свою первоочередную задачу сохранения дееспособности государства. На функционирование государства (и на шансы конституции и конституционализма) влияет необходимость обеспечения общественного спокойствия [³⁵²]. Государство должно предоставлять услуги и в ходе этого отвечать требованиям эффективности. Поэтому гарантия основных прав должна отличаться от абсолютной правовой защиты, продиктованной логикой прав человека. Это требование обеспечения общественного спокойствия, в том числе и поддержания международной безопасности, учета государственных интересов, конституционное устройство вынуждено учитывать, ущемляя свободу.

Даже в случае далеко идущей защиты свободы между нею и порядком, обеспечиваемым государством, существует постоянное напряжение. Чрезмерная связанность государства правами человека и фиксирование их в конституции в конечном счете подвергают опасности всю систему. Конституционализм ищет такую форму защиты прав, которая не создает опасности предпосылкам ее собственного существования. Классическим выражением этого является дилемма: сколько терпимости необходимо проявить нетерпимым противникам конституционной системы в связи с необходимостью обеспечения основных прав, представляющих угрозу для государства. То, что терпимость в защиту прав тех, кто нападает на систему, выходит за пределы необходимой меры, слишком легкий ответ на этот вопрос. Дело в том, что ограничения прав, введенные под флагом защиты строя, могут с таким же успехом подорвать конституционную систему, как и ее противники.

8.4.2. Пределы ограничения прав

Из верховенства законодательства, казалось бы, следует, что законодатель может все. Однако в случае существования норм, касающихся основных прав человека, конституционные системы устанавливают границы свободе законодательства. Прибегать к использованию этих

279

351 Недавно муниципальный совет одного американского городка с целью защиты нрав молодежи распорядился наказывать за употребление нецензурных выражений в публичном месте.

352 Как уже отмечалось в гл. 1, конституционализм, государственное устройство обеспечивают известную изначальную гомогенность и минимальную социальную защищенность для всех.

барьеров приходится по большей части из-за требований, предъявляемых правому государству (государственные органы должны соблюдать предписания законов); разница лишь в том, что в правовом государстве эти принципы применялись в первую очередь в связи с правительственной деятельностью (скорее в связи с конкретными актами, чем с принятием постановлений), тогда как конституционная система осуществляет их и по отношению к законодательству.

Однако эти пределы лишь отчасти указываются в конституционных текстах; другая их часть была разработана в ходе судебной практики. Преимущество судебного строгого сдерживания ограничения прав состоит в том, что в определении пределов ограничения правоприменитель может лучше приспособляться к общественным нуждам, потребностям момента и трудностям, чем создатели конституции. Разумеется, в этом же кроются и недостатки судебной деятельности.

Уже Декларация прав человека и гражданина 1789 г. содержала принцип, согласно которому права могли быть ограничены только в законе, т.е. ограничение прав Декларация считала привилегией законодательной власти.

Тексты более поздних конституций отмечают различия между отдельными признанными основными правами человека в отношении их ограничиваемости; в некоторых случаях ограничивающие законы или просто регулирование права они связывают с особыми процедурами (необходимость обеспечения квалифицированного большинства, принятия органического или конституционного закона). Определенные основные права теоретически можно было ограничивать только в пользу других (схожих) прав, причем исключительно в тех случаях, когда без этого ограничения ущемлялись бы конкретные равноценные права других лиц.

В отдельных случаях конституции определяют такие общие интересы или ценности, защиту которых они считают необходимой даже в ущерб основным правам. Так, американскую свободу слова, кажущуюся абсолютной, можно ограничить, если это право создает непосредственную угрозу общественному порядку или провоцирует преступление. Германский Основной закон считает защиту молодежи, а также чести и достоинства человека такими ценностями, которые ограничивают свободу слова.

Ниже приводится несколько возможностей ограничения прав из германского Основного закона, характерных и для других стран.

Основные права могут быть ограничены:

- если ими злоупотребляют или используют их для совершения преступления;

280

- свобода объединений может быть ограничена, если объединение сталкивается с уголовным кодексом или направлено против конституционного строя (состав статей уголовного кодекса имеет свои конституционные границы);
- в интересах безопасности государства (может быть ограничено право свободы передвижения с целью предотвращения непосредственной опасности, угрожающей свободному демократическому конституционному порядку (абз. 2 ст. 11); этот абзац был включен в текст статьи в соответствии с законом, принятым в июне 1968 г., как реакция на массовые выступления террористов);
- право на неприкосновенность жилища может быть ограничено с целью предотвращения угрозы общественному порядку и общественной безопасности, а также морали молодежи;

- собственность может быть отчуждена, исходя из общественных интересов;
- иногда права могут ограничиваться вообще без всяких условий, как, например, право на проведение собраний под открытым небом [³⁵³].

Германские принципы ограничения прав отличаются от общеевропейских, по сути дела, только своей дифференцированностью. Эталоном в этом отношении является Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., которая почти все защищаемые права человека объявляет ограничиваемыми по соображениям национальной безопасности, охраны общественной безопасности, общественного здоровья и общественного порядка, защиты нравов и предотвращения преступлений, а в случае чрезвычайного положения допускает дальнейшие ограничения. Право на личную жизнь можно ограничивать даже во имя экономического благополучия страны, что лучше не комментировать. Если задуматься о том, что именно этот международный документ в значительной мере способствовал развитию защиты конституционных прав в европейских государствах, то станет очевидно, какую слабую преграду представляют собой ставшие конституционными основные права.

Осуществление, без оговорок, государственных и общественных интересов должно, видимо, означать, что настоящих ограничений не существует: основные права также изнашиваются. Состояние, в котором ограничение прав происходит под знаком государственной необходимости, во имя защиты государственных интересов, в принципе не намного лучше социалистической концепции права, допускавшей осуществление прав только в интересах трудового народа.

281

Однако в действительности возможность ограничения прав на основе растяжимых понятий в правовом государстве не становится в послевоенной Европе источником систематических злоупотреблений. Суть содержания основных прав и само человеческое достоинство, согласно германской и венгерской конституциям, не могут быть ограничены [³⁵⁴].

Демократическое пользование властью и антидеспотическая общественная культура, оказывающие влияние и на политиков, побуждают к почитанию основных прав человека. Из-за судебного контроля законодатель вынужден придавать истинное значение тем сферам, в рамках которых конституция ограничивает права.

Суды могут рассматривать и общественную необходимость правоограничения. Под предлогом такой необходимости они более тщательно изучают вопрос о том, следует ли ввести ограничение для функционирования демократического государства" [³⁵⁵]. Индийский Верховный суд пошел дальше и провозгласил: "О том, действует ли закон, нужно судить по его влиянию на основные права граждан и по его неизбежным последствиям. Если влияние

353 Подобное решение в целях защиты общественного порядка содержит бельгийская Конституция 1831 г.

354 Большинство современных конституций допускает дальнейшие ограничения на случай чрезвычайного или военного положения. Основной закон ФРГ содержит, в этом отношении довольно мало подобных ограничений (увеличивается время содержания под стражей без судебного постановления). В остальном — обычное ограничение в интересах общественного спокойствия, исходя из законов, возможно уже в соответствии с Основным законом.

355 Этот неустойчивый, но пригодный для контроля подход характеризует Европейский суд по правам человека, который, исходя из текста Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., рассматривает, необходимо ли ограничение прав в демократическом обществе. Схожее положение содержится и в канадской Хартии прав и свобод 1982 г.

закбна и его последствия затрагивают права граждан с ущербом для них, его необходимо объявить недействительным" [³⁵⁶].

Из принципов правового государства следует дальнейшее ужесточение ограничения основных прав. Ограничение должно быть разумным и соразмерным. Ограничение прав соответствует этому требованию в том случае, если регулирование пригодно и необходимо для достижения правотворческой цели (иными средствами цель недостижима). В нынешнем состоянии конституционного судопроизводства неясно, какие правотворческие цели обуславливают возможность ограничения основных прав.

Если предположить, что ограничение происходит в интересах:

- аналогичных прав других лиц,

282

- других основных прав,
- конституционных обязанностей,
- конституционных целей,
- охраны государства и порядка,
- законной законодательской цели, то возможны различные границы ограничения основных прав. Однако, какова бы ни была основа для ограничения, связанная с ним нагрузка не должна быть "чрезмерной". Законодателю необходимо часто доказывать, что выбранное им средство регулирования причиняет наименьший ущерб в защищенном основном праве.

8.5. ДЛЯ ЧЕГО НУЖНЫ ОСНОВНЫЕ ПРАВА, ОСОБЕННО СВОБОДА" КОТОРУЮ МНОГИЕ СЧИТАЮТ ЛИШЬ ИСТОЧНИКОМ ХАОСА, БЕЗНРАВСТВЕННОСТИ И ЗЛУОПОТРЕБЛЕНИЙ?

Свобода часто кажется ужасающей, если ею пользуются другие. Что же касается нашей собственной свободы, она вселяет в нас неуверенность, ибо влечет за собой ответственность. Она лишает нас возможности выполнить то, что говорят другие. Свобода и стоящие за ней основные права вызывают неприязнь особенно в двух случаях повседневной жизни: когда речь идет о свободе слова и о правах обвиняемых. Восточноевропейская общественность, но отнюдь не только она одна, проявляет особую нетерпимость в отношении этих прав.

Часто задают вопрос: к чему эти многочисленные и дорогостоящие права обвиняемых? Ведь уголовные процессы становятся затянутыми и дорогостоящими. К чему все эти многочисленные формальности? С какой стати нужно из-за процессуальных ошибок отпускать на свободу признавшего свою вину обвиняемого лишь потому, что его, дескать, вынудили дать показания или что у него не было адвоката? Почему из-за каждой мелочи, обыска или прослушивания телефона, нужно просить у суда разрешение, когда промедление в некоторых случаях может стать "роковым" для следствия? Почему бы не довериться следователям? В конце концов, что случится с тем человеком, у которого прослушали телефон? Честному человеку нечего скрывать! Почему нужно освобождать подозреваемых из-под стражи, даже в случае тяжких преступлений? Мудрее было бы, хотя бы из простой осторожности, держать под арестом лиц, обвиняемых в тяжких преступлениях. Самое худшее, что может случиться, это когда выяснится, что подозреваемый не виноват. Вот когда его невиновность будет доказана, тогда и выпустят. (До тех пор, правда, его подержат за решеткой.)

356 Bennet Coleman & Co v. Union of India Air / Agarwal O.K. India in International Encyclopaedia of Constitutional Law.

Причина такого равнодушия по отношению к обвиняемым и к тем, против кого возбуждено уголовное дело, состоит в том, что все

283

убеждены: с ними ничего подобного не может случиться, только лишь с преступниками. А личные права и человеческое достоинство преступников вряд ли могут найти сочувствие. Однако исторический опыт показывает, что власть становится опасной, а полиция одержимой именно тогда, когда этих барьеров нет. В ходе уголовного процесса у органов уголовного преследования огромное преимущество. Без вышеуказанных затруднений деятельность следственных властей может дать результаты, противоположные цели уголовного процесса. Если на арестованного оказывать давление без всяких препятствий, он признается во всем, в том числе и в том, чего никогда не совершал. То, что арестованный должен в течение короткого времени предстать перед судом, иметь связь с адвокатом, знать, в чем его обвиняют, является не простым капризом, а результатом серьезного психологического опыта. Без этого человек может быть душевно сломлен [³⁵⁷].

Основное возражение, связанное со свободой слова и печати, состоит в том, что она защищает нечто такое, чем субъекты права в большинстве случаев злоупотребляют. Газеты лгут и клеветают, в интересах владельца искажают или замалчивают факты. Свобода слова используется для недопустимого подстрекательства, манипулирования настроениями масс, вредного влияния на молодежь, шокирования порядочных людей безнравственным поведением. Почему разрешают показывать по телевидению страдания, ссоры и раздоры? Правительства, начиная от американского Закона об иностранцах и подрывной деятельности 1798 г. [³⁵⁸] и якобинской цензуры во имя защиты нации, к этому еще обычно добавляют: недобросовестные публикации подрывают необходимый авторитет правительства, сеют раздор, односторонне показывают только негативные явления.

Эти точки зрения покажутся, возможно, менее достойными внимания, если задуматься, что в случае ограничения в известной степени свободы выражения мнения каждый из нас оказывается под давлением, ибо никогда нельзя знать, какое мнение будет запрещено в следующий раз. Если мы не можем высказать то, что думаем, мы тем самым лишаем

284

себя возможности самовыражения и самоутверждения. Если мы не можем высказать свои заблуждения, мы тем самым лишим других возможности указать нам на наши ошибки и упорно, безнадежно будем оставаться при своих заблуждениях, как и все остальные. Существует абсолютная истина или нет, факт остается фактом: ни одна эпоха, ни один ученый ею не владеет; мы можем лишь приблизиться к истине в ходе свободной дискуссии.

Да, но чего стоит приближение к истине в политической аргументации? Истина в политике вещь хотя и полезная, но не самая важная для нахождения новых взаимосвязей. Без свободной дискуссии нет демократий; без свободного формирования и выражения мнения

357 Тот, кто видел фильм "Именем отца", помнит, вероятно, как британская полиция сумела вырвать у арестованных изобличающие их признания, потому что на основании антитеррористического закона, который позже оказался в противоречии с Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, продолжительность содержания под арестом была увеличена выше среднего срока сохранения душевной стойкости человека.

358 Закон запретил недобросовестную, скандальную или недоброжелательную критику в адрес правительства, которая может служить подстрекательством к неповиновению правительству. Президент Т. Джефферсон не возобновил закон в конце срока его действия (он был направлен против его партии) и распорядился о возмещении убытков осужденным.

вся конституционная система разрушится [³⁵⁹]. Если нет дискуссий, если печать не может публиковать различные мнения, пусть даже оскорбительные, то люди лишены возможности сознательного политического выбора. А это означает, что у не имеющих власти не будет шансов сменить власть имущих путем убеждения голосующих. Если нет свободы слова, то нет и общественного мнения, контролирующего и ограничивающего власть имущих. Нет и информации, на которую руководители государства могли бы ориентироваться. "Свобода печати необходима правительству, как и народу, и в этом отношении нарушение ее — преступление против государства" [³⁶⁰].

8.6. ТОЧНОСТЬ ОПРЕДЕЛЕНИЯ

Основные права человека напоминают скорее декларации принципов, чем юридические предписания. Они не слишком четкие, следовательно, нуждаются в уточнении. В то же время они не абсолютны отчасти потому, что вступают в конфликт друг с другом и с подобными правами

285

других людей, отчасти же потому, что должны осуществляться в функциональном пространстве государства. Кроме свободы, обеспечиваемой правами, необходимо учитывать также сохранение государства и общественного спокойствия.

Мы уже убедились в том, что Конституция Соединенных Штатов и поправки к ней скупы на слова; они лишь называют права, не уточняя подробно их содержания. Возможно, это является следствием соединения основных юридических и политических законодательных предложений, но именно благодаря этой неточности текст оказался приемлемым для всех. В общей формулировке каждый человек представляет благоприятный для себя смысл, как бы говоря: там посмотрим, чье толкование заполнит форму содержанием и чьи интересы будет охранять данная норма.

Основные права человека, также и по историческим причинам, призваны ограничивать произвол государственной власти. Ограничение полномочий государства имеет шансы на успех в том случае, когда компетенция государственных органов разграничена и на основании конституционных предписаний, когда они выступают друг против друга в защиту права. Одно из условий этого состоит в наличии необходимого и достаточного определения защищаемого права, другое — в том, чтобы сам потерпевший мог осуществить и защитить свои права, возможность чего обеспечивается правосудием.

Законодательство дает точное определение и создает основу для осуществления конституционных прав. Определения, дающиеся в законодательстве, обеспечивают такое

359 Различные демократии в разной мере признают значимость свободы выражения мнений и иногда отдают предпочтение аргументам в пользу защиты общественного порядка или личности человека, но в ущерб свободе слова, однако публикации политического характера всюду пользуются особой защитой по причине их важности с точки зрения функционирования политического строя. Даже германский Конституционный суд, считающий человеческое достоинство одной из основных ценностей, занимает позицию, согласно которой политики могут рассчитывать лишь на минимальную защиту в отношении политических дискуссий в печати.

360 *Constant B.* Op. cit. P. 150. Согласно позиции американского Верховного суда, роль печати настолько важна для функционирования демократии, для существования всех свобод, что печать необходимо защищать и от самоцензуры. Если за клеветнические ошибки газете придется возмещать слишком большой ущерб, ее издатель в следующий раз подумает, что ему публиковать и от чего воздержаться — вот откуда взялась самоцензура; поэтому суд присуждает возмещение ущерба за публикацию неточного и оскорбляющего материала о политических и общественных деятелях лишь в случаях явной небрежности.

положение, при котором подчиненная законам исполнительная власть, государственная администрация почтительно относятся к конституционным правам в силу присущих правовому государству обязанностей. Если же они поступают иначе, то их можно принудить к этому судебным решением. Однако в целях повышения ответственности государственных органов наиболее типичные злоупотребления, нарушения прав целесообразно запретить в самой конституции или определить важнейшие процессуальные содержательные условия, которые государство должно уважать.

Возможность разработки определения содержания прав и их защиты, в том числе определение необходимости ограничения прав, делает законодателя хозяином положения. Мы уже смогли убедиться в опасности того положения, когда право оказывается в услужении у парламента [³⁶¹]. Но было бы ошибочно полагать, будто бы в интересах

286

законодателя без всяких причин игнорировать конституцию, благодаря которой он обретает собственную легитимацию. Законодатель действует не в безвоздушном пространстве; учитывая моральную обоснованность, общепринятость основных прав человека, общественное мнение, от которого зависит переизбрание депутатов на следующий срок, он не может оставлять без внимания следующее:

"Права по охране общественного порядка всегда означают ограничение личных свобод, а ведь исходной позицией нашего общественного права является свобода гражданина. Прямо или косвенно облик всех конституций наших республик определяет Декларация прав человека и гражданина; всякая дискуссия по общественному праву, чтобы иметь под собой общую основу, должна исходить из того, что свобода является правилом, а ограничительные меры исключением" [³⁶²].

Законодательство призвано (по французской концепции) внести должную ясность в правоприменение. Но и кроме этого у него есть известная свобода действий, которую законодатель, если считает ее слишком рискованной, может сузить. Основные права могут быть ограничены законодательством по соображениям обеспечения общественного порядка,

361 Действующая в настоящий момент венгерская Конституция местами также слишком декларативна. Что касается отдельных институтов, то вместо провозглашения нрав необходимы более подробные правовые нормы (уголовно-процессуальное право, наказания, специфические основы ограничения права на собрания). В связи с правом на собрания то обстоятельство, что закон определяет, какие организации являются запрещенными, может побуждать к злоупотреблениям. Однако можно создавать партии без всяких ограничений, что не соответствует идее воинствующей демократии. Если названное основное право человека означает лишь то, что оно регулируется законом или осуществляется в рамках закона, этого явно недостаточно. Хотя мы можем сказать, что в соответствии со значением этих положений свобода может быть ограничена лишь в рамках законной процедуры, но для правовой безопасности этого мало. Следует подробно указать, что делает процедуру "законной" (например, отдача под суд). В противном случае создается впечатление, что любой процесс, соответствующий законной подлости, будет конституционным, если его соблюдают в процессуальном аспекте. Небезразлично и то, как выглядит это в подробностях. В тексте многих конституций употребляется выражение "разумный срок". Для кого он разумный? То, что для следователя неудобно короткое время, а для органов уголовного розыска нерациональная трата ресурсов, для заключенного — бессмысленно томительное ожидание. Поскольку речь идет о нравах заключенного, разумность следовало бы понимать именно с его точки зрения. "Разумный" срок, однако, может означать "неразумный" и с точки зрения цели института — срок, после которого можно ожидать, что заключенный начнет давать показания против себя. Хотя бы из этого соображения следовало точно определить сроки.

362 Corneille, commissaire du gouvernement, 1917. Conseil d'Etat. 10 Aug. 1917, Baldy, Leb. 637.

причем степень ограничения зависит от состояния общественного порядка и грозящих ему опасностей [363].

287

Это пространство действий позволяет конституционным ценностям и свободам не отрываться от господствующих во все времена общественных воззрений и возможностей функционирования общества. Запрещая необычные и жестокие или несоразмерные наказания, конституции со всей очевидностью всегда полагаются на извечную, подверженную изменениям, общественную оценку. Необходимая строгость закона сегодня иная, чем была в начале XIX в. Верховный суд Соединенных Штатов в 1972 г. считал смертную казнь необычным и жестоким наказанием, спустя четыре года (после изменения относящихся к этому законов) он уступил господствующим в обществе взглядам [364].

Мы можем принять к сведению, что даже указанные в конституции права представляют собой всего лишь слова, зависящие от толкования. Что же касается стоящих за ними обычаев, они приспособляются к обстоятельствам с помощью тысячи хитроумных способов. Мы не можем питать иллюзий: конституцию осуществляют люди, а не компьютеры, запрограммированные согласно загадочной воле учредителей конституции. Вероятно, это единственная возможность того, что конституция ложится на плечи людей не антиобщественным грузом чужой власти. В конституционных ценностях и понятиях, подверженных изменчивому, растяжимому толкованию, есть, однако, ядро,

288

которое необходимо оберегать, если мы хотим присвоить слову и праву какое-нибудь значение. Возможно, всякий приказ, всякое понятие похожи на луковицу Пера Гюнта, с которой можно снимать шелуху до тех пор, пока не окажется, что на месте сердцевинки ничего, кроме шелухи, нет, но для обеспечения конституционализма все-таки необходима

363 Например, в 1981 г. французские законодатели считали, что охрана безопасности граждан, возросшая опасность совершения террористических актов требуют усиленного преследования преступников, в частности предоставления полиции права держать кого угодно под арестом в течение шести часов до удостоверения личности. Конституционный совет согласился с этим, добавив, однако, что фигурирующее в законе выражение "до удостоверения личности" означает, с учетом принципа свободы как основного правила и ограничения как исключения, что личность можно удостоверить любым способом и что прокурора можно уведомить когда угодно во время содержания задержанного под стражей. Когда в 1983 г. у власти оказались социалисты, право личной свободы означало для законодательства возможность ареста только в случае непосредственной опасности для людей и имущества. С тех пор так и повелось: в зависимости от того, находится власть в руках правых или левых, права полиции на арест расширяются или сужаются, т.е. меняется объем права на личную свободу. Однако с того времени не было ни одного случая угрозы для личной свободы людей. Свобода как основное право не является, следовательно, абсолютным понятием, она лишь намечает пространство действий, в котором может реализоваться воля существующего в данный момент большинства. Каково это пространство, зависит отчасти от формулировок текста конституции, отчасти от господствующих в обществе взглядов на основные права человека. Даже сторонникам программы "порядка и законности", французским правым, в 1981 г. не могло прийти в голову, что срок содержания под стражей может составлять, скажем, 24 час.

364 "Пространство действий" делает возможным мирное сосуществование различных воззрений для осуществления личной свободы, проживание людей в мирах, не обязательно соприкасающихся, и с различными шкалами ценностей. Когда германский Конституционный суд в целях защиты жизни плода в утробе матери счел необходимой криминализацию аборта, он признал одновременно возможность последнего по социальным причинам. Следовательно, если найдется врач, который сочтет, что социальные причины в данном случае налицо на основании оценки беременной женщины, то препятствий для аборта нет. (Ситуация складывается по-иному, если законодательство определяет объективные социальные показатели.)

наша вера в то, что ядро существует. Эта вера не тождественна запрету снимать шелуху и не требует провозглашения абсолютного характера и неизменности прав человека.

Твердым ядром основных прав и самой большой помощью в их соблюдении являются обязательные для государства приказы, например предписания относительно того, через сколько часов после ареста заключенный должен предстать перед судом. Что означает "надлежащая" уголовно-процессуальная процедура и насколько она может быть сокращена в интересах "общественной безопасности", зависит от меняющейся (иногда истеричной) оценки общества. Правовую защиту в данном случае мы можем ожидать от конституционных предписаний (квалифицированное большинство, несколько чтений), относящихся к "оценке" и судебнo-догматическому контролю. Если конституция провозглашает, что пытки запрещены, и добавляет, что понимает под этим причинение физической боли, ситуация становится яснее. Однако указывает конституция на это прямо или не указывает, такое толкование "надлежащей" процедуры, при котором, например, больному диабетом отказывают в инсулине, неприемлемо.

Определение основного права влечет за собой далеко идущие последствия. Достаточно ли назвать и признать право? ("Признается свобода мнений и вероисповеданий".) Или положение гражданина становится прочным лишь при наличии большей точности? И какова обратная сторона медали при детализации?

Возьмем для примера права, связанные с религией (верой и неверием). Согласно самой простой формулировке, все убеждения в пределах догматов веры свободны. В узком смысле слова это означает всего лишь, что государство никого не может преследовать за религию, однако в вопросе позволения отправлять культы такой определенности и ясности уже нет. Свободу религии признает и российская советская Конституция 1918 г. Однако этот принцип желает гарантировать трудящимся "подлинную" свободу совести. С этой целью он отделяет государство от церкви и обеспечивает каждому гражданину также и право религиозной и антирелигиозной пропаганды. О свободе отправления религии не говорится ни слова (не случайно).

Из комбинации провозглашения свободы вероисповедания и "отделения церкви от государства" (главный судья США Бергер называет этот тезис "в лучшем случае туманным") проистекает целый ряд

289

недоразумений и в условиях несоциалистических отношений [³⁶⁵]. Могут ли члены конфессиональной общины на основе свободы убеждений строить церковь, точнее, может ли закон это запретить? Поэтому "удачнее", если право касается свободы отправления религии и убеждений. Если отправление религии представляет собой абсолютную свободу, на каком основании предписания строительных властей являются действительными для церквей? И что означает "отправление", кроме богослужений по соответствующим правилам веры и кроме создания условий для отправления культа? Относится ли сюда содержание конфессиональных школ? Или содержание больниц? В какой мере в этих конфессиональных институтах должны соблюдаться общие профессиональные правила и общий отраслевой контроль? И если конфессиональные сообщества в целом не имеют права на содержание больниц, имеют ли такое право конфессии, чьи религиозные доктрины имеют прямое отношение к исцелению больных? И если государство функционирует отдельно от церкви, то может ли государство на основе закона или без него взять на себя расходы по социальному страхованию всех церковных служащих (как это принято в настоящее время в венгерской правовой практике) или даже их содержание (что полностью подчинило бы

365 См.: *Lemon v. Kurtzman* 403 U.S. 602(1971).

церковь государству)? В обоих случаях отправление религиозных культов оплачивали бы атеисты, уплачивая налоги.

Если уж речь зашла о служащих, то каковы пределы церковного трудоустройства? Является ли дело церковных служащих внутренним делом церкви? Может ли церковь уволить вахтера оставленного ей публичного спортивного комплекса за вероотступничество? ^[366] И если венгерская Конституция запрещает дискриминацию по признаку сексуальных наклонностей, можно ли отрешить священника от несения службы, если его сексуальные наклонности, сталкиваясь с религиозными доктринами или каноническими правилами, делают его непригодным для выполнения своей функции? (Отрешение от службы — это не то же самое, что увольнение с работы, и нарушение церковных канонов не является нарушением норм позитивного права.) Если правила канонического права были бы схожи с организационными правилами частного работодателя, то можно было бы говорить о нарушении "молчаливого соглашения" трудового правоотношения, но тогда, согласно сказанному, на этот организационный порядок распространялись бы всеобъемлющие антидискриминативные предписания венгерской

290

Конституции, а привлечение доктрин той или иной религии, церкви под контроль конституционных органов вряд ли будет соответствовать идее свободы вероисповедания и известным направляющим толкованиям идеи отделения церкви от государства.

Насколько возможно отправление религии в гражданской и государственной жизни? Можно ли уволить гражданина за отказ принести присягу по форме? Можно ли вообще связывать занятие государственной (или иной) должности с принадлежностью или непринадлежностью к какой-либо определенной конфессии? Можно ли уволить кого-либо с государственной должности на том основании, что выполнение данной государственной задачи сформулировано так, что это сталкивается с предписаниями данной религии? [Например, в США под знаком единства военной униформы смогли запретить солдатам ношение ермолки (головной убор); в Канаде же сикхи имеют конституционное право носить тюрбан.] Может ли законодатель вмешиваться в относящиеся к отправлению религии вопросы церковной организации таким же образом, как он может подчинить все другие организации общим правовым нормам?

Все это не теоретические вопросы. Всюду велись и ведутся ожесточенные споры об отношениях между государством и церковью. Известная своей лаконичностью бельгийская Конституция, которая вопрос свободы мнений, например, решает в одной фразе, а свободе совести посвящает специальную статью (ст. 15), в соответствии с которой нельзя никого обязать принимать участие в какой бы то ни было религиозной церемонии (см. проблему клятвы или возможного осуществления привилегий церкви большинства в государственной школе). Конституция защищает автономию церкви перед бельгийским государством, запрещая государству вмешиваться в назначение священников ^[367]. Тот факт, что для этого понадобилось особое предписание, означает, очевидно, что оно не однозначно следовало из принципа свободы религии. Насколько нетривиально такое правило, можно судить по тому, что мексиканская Конституция 1917 г., гарантировавшая свободу выбора религии и отправления культа (в публичных местах богослужения или дома — ст. 24) и запретившая

366 См.: Corporation of Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos. 483 U.S. 327 (1986).

367 Бельгийская Конституция 1831 г. особо подчеркнула и то, что нельзя запретить издание переписки священников с их церковными иерархами или издание их протоколов. Очевидно, это специальное правило было создано с целью повышенной защиты католиков, поскольку по смыслу оно следует и из раздела о тайне переписки, и о свободе печати. Рожденный горьким опытом страх диктует необходимость подробных и пространных предписаний.

парламенту принимать законы о создании или запрещении религий, более страницы (ст. 130) посвящает

291

перечислению прав государства по отношению к церкви и запретов для церкви. В соответствии с этим штаты определяют, сколько священников может иметь та или иная церковь на данной территории в соответствии с местными нуждами [³⁶⁸]. Свобода вероисповедания "дополнена" пространной статьей об отделении церкви от государства (ст. 130), которая содержит длинный перечень прав государства в *противовес* правам церкви с указанием того, чего церковь *не имеет права* делать.

Вопрос не так уж прост, хотя и немаловажен. Сами по себе права не говорят о том, чем следует руководствоваться. Их конституционализация помогает преодолевать этот недостаток.

292

368 Послабления в ограничениях, ущемляющих церковь, начались лишь несколько лет назад. Веймарская конституция подробно, почти как мексиканская Конституция, регулировала вопрос, что означает свобода совести и вероисповедания, и практически провозглашала обратное тому, что содержит современная мексиканская Конституция.