

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ КАЗЕННОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ИМЕНИ В.Я. КИКОТЯ»

В. И. Червонюк, И. В. Калинин, А. Ю. Мелехова

Конституционное право зарубежных стран

УЧЕБНИК

*Под общей редакцией доктора юридических наук,
профессора В. И. Червонюка*

3-е издание, дополненное

В двух частях

ЧАСТЬ I. СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

**Москва
2018**

ББК67.400

Ч-45

Рекомендовано Методическим советом Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя в качестве учебника для курсантов и слушателей образовательных организаций высшего образования системы МВД России, сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации

Рецензенты:

Шергин А. П. – главный научный сотрудник ФГКУ «ВНИИ МВД России», Заслуженный деятель наук Российской Федерации, почетный член Российской академии юридических наук, доктор юридических наук, профессор;
Мигущенко О. Н. – профессор кафедры государственно-правовых дисциплин ФГКОУ ВО «Орловский юридический институт МВД России имени В. В. Лукьянова», доктор юридических наук, доцент.

Авторский коллектив:

Червонюк В. И. – введение; гл. 1 разд. I; гл. 2–4 разд. I (в соавт. с И. В. Калинским); гл. 3 разд. I (в соавт. с А. Ю. Мелеховой); гл. 5, 7, 9 разд. II; гл. 6 разд. II (в соавт. с И. В. Калинским); гл. 8 разд. II (в соавт. с А. Ю. Мелеховой); гл. 10 разд. III; гл. 11 разд. III (в соавт. с И. В. Калинским); гл. 11, 12, 13, 15, 16, 19 разд. IV; гл. 14, 17, 18, разд. IV (в соавт. с А. Ю. Мелеховой); **Калинский И. В.** – гл. 2–4 разд. I; гл. 6 разд. II; гл. 11 разд. III (в соавт. с В. И. Червонюком); библиографический список; **Мелехова А. Ю.** – гл. 3 разд. I; гл. 8 разд. II; гл. 14, 17, 18 разд. IV (в соавт. с В. И. Червонюком).

Конституционное право зарубежных стран : учебник : в 2 ч. Часть I.

Ч-45 Сравнительное конституционное право / В. И. Червонюк, И. В. Калинский, А. Ю. Мелехова ; [под общ. ред. В. И. Червонюка]. – 3-е изд. доп. – М. : Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя, 2018. – 675 с.

ISBN 978-5-9694-0595-0; ISBN 978-5-9694-0596-7 (часть 1)

Учебник по конституционному праву зарубежных стран подготовлен в соответствии с требованиями государственного образовательного стандарта для высших учебных заведений, осуществляющих подготовку кадров по специальностям «Юриспруденция», «Правоохранительная деятельность» и «Обеспечение национальной безопасности». Композиционно учебник охватывает две взаимосвязанные части: Часть I. Сравнительное конституционное право; Часть II. Иностранное конституционное право. Содержание первой части базируется на методологии сравнительно-правового анализа и охватывает своим предметом проблематику, традиционную для общей части курса конституционного права.

Книга предназначена курсантам, слушателям, адъюнктам и преподавателям высших учебных заведений системы МВД России, а также всем, кто интересуется проблемами конституционного развития в современном меняющемся мире.

ББК 67.400

ISBN 978-5-9694-0595-0

ISBN 978-5-9694-0596-7 (часть 1)

© Московский университет
МВД России имени В.Я. Кикотя, 2018
© Калинский И. В., 2018
© Мелехова А. Ю., 2018
© Червонюк В. И., 2018

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	12
Раздел I. ВВЕДЕНИЕ В КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО	16
Глава 1. Конституционное право как часть юридической науки	16
§ 1. Понятие, источники, система науки конституционного права в зарубежных странах	16
§ 2. Методология науки конституционного права зарубежных стран	29
§ 3. Применение методологии аналитической юриспруденции в конституционном праве	32
§ 4. Социология конституционного права	36
§ 5. Сравнительно-правовой и страноведческий подходы к изучению конституционного права	44
§ 6. Принцип историзма в конституционно-правовых исследованиях История конституционных учений как наука и учебная дисциплина	47
§ 6.1. Исторический метод в конституционно-правовых исследованиях	47
§ 6.2. Биографический метод в конституционно-правовых исследованиях	51
§ 7. Конституционное право зарубежных стран как учебная дисциплина и ее значение для подготовки юристов	53
Глава 2. Конституционное право как отрасль национального права	57
§ 1. Понятие предмета конституционного права в зарубежных странах как отрасли права. Своеобразие страноведческого подхода к оценке предмета конституционного права	57
§ 2. Конституционализация и конституционное право	76
§ 3. Понятие и особенности метода конституционного права	79
§ 4. Конституционные правоотношения: понятие, объекты и субъекты. Виды конституционных правоотношений. «Общие» правоотношения как отражение особенностей конституционного права	83
§ 5. Нормы конституционного права	96
§ 5.1. Понятие, особенности, специфика структуры, норм конституционного права. Понятие, признаки и виды норм конституционного права	96

§ 5.2. Своеобразие санкции в конституционном праве	99
§ 5.3. Виды норм конституционного права. Исходные («общие») и «конкретные» (предоставительно-обязывающие) нормы как отражение регулятивных особенностей конституционного права.....	102
§ 6. Система (нормативный состав) отрасли конституционного права.....	111
§ 6.1. Методологические подходы к оценке системы конституционного права. Структурообразующая роль принципа права.....	111
§ 6.2. Конституционно-процессуальное и конституционно-судебное право	117
§ 7. Конституционное и международное право	122
§ 8. Конституционная ответственность в структуре конституционного права.....	128
§ 9. Конституционная лексика как характеристика юридических особенностей отрасли конституционного права	139
Глава 3. Формы (источники) современного конституционного права.....	156
§ 1. Понятие и виды форм (источников) конституционного права в зарубежных странах.....	156
§ 2. Принципы конституционного права: фундаментальное значение в структуре национального права	158
§ 3. Оценка закона как высшей формы права в основных правовых системах современности в контексте соотношения учредительной и законодательной властей. Акты, приравненные по юридической силе, к законам	167
§ 4. Институт делегированного законодательства в зарубежных странах. Применение института делегированного законодательства в конституционной практике России	187
§ 5. Иные формы (источники) конституционного права.....	200
§ 6. Конституционные традиции и их регулятивный потенциал в сфере действия конституционного права	225
§ 7. Коллизии в конституционном праве зарубежных стран и способы их преодоления	227
§ 8. Эволюция форм (источников) конституционного права. Аккультурация в праве как фактор интернализации форм конституционного права.....	237

Глава 4. Конституции зарубежных стран	242
§ 1. Понятие конституции и ее сущность	242
§ 1.1. Генезис конституции	242
§ 1.2. Сущность конституции	244
§ 1.3. Функции конституции, ее социальное значение и юридические свойства	256
§ 2. Конституция как верховное (высшее) право в национальной правовой системе и правовой механизм утверждения правовой государственности	258
§ 3. Ценность конституции	263
§ 4. Содержание, форма и структура конституции. Эволюция формы и содержания	265
§ 5. Виды конституций	269
§ 6. Феномен фактического и юридического (формального) изменения конституции (сравнительно-правовой анализ)	271
§ 7. Способы и порядок принятия, полного и частичного пересмотра конституции и ее отмены (конституционный процесс). Гибкие и жесткие конституции	280
§ 8. Техничко-юридическая конструкция основных законов	284
§ 9. Толкование конституции. Познание конституционных смыслов, конституционная герменевтика	289
§ 10. Правовая охрана конституции: понятие, юридические формы, механизмы	297
§ 11. Институт конституционного контроля: понятие, формы осуществления	300
§ 11.1. Конституционный контроль как правовой механизм охраны конституции	300
§ 11.2. Становление и развитие конституционного контроля	303
§ 11.3. Модели (типы) конституционного контроля	307
Раздел II. ИНСТИТУТ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ, ФОРМЫ ПРАВЛЕНИЯ И ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ	312
Глава 5. Конституционный строй современных зарубежных государств	312
§ 1. Понятие конституционного строя и его основ	312
§ 2. Экономическая основа конституционного строя. Конституционная экономика	320
§ 3. Социальная основа конституционного строя. Социальное государство	323

§ 4. Политическая основа конституционного строя. Конституционный статус политических партий и неправительственных организаций	325
§ 5. Институционализация парламентского меньшинства и его гарантии в современных конституционных системах	331
§ 6. Духовно-культурная основа конституционного строя. Светское государство	340
Глава 6. Государственная власть и государство как конституционно-правовые институты	343
§ 1. Государственная власть как конституционно-правовой институт	343
§ 2. Государственная власть и государство	343
§ 3. Суверенитет нации и народа (народовластие)	344
§ 3.1. Суверенитет народа (нации) в доктрине и практике конституционализма	344
§ 3.2. Правление (суверенитет) народа и правление (господство) права	348
§ 4. Государственный суверенитет. Структура государства. Органы государственной власти	354
§ 5. Государственные символы. Государственный язык: понятие, конституционный статус	358
§ 6. Конституционно-правовой режим государственной территории	360
Глава 7. Конституционный статус личности. Права и свободы человека и гражданина	363
§ 1. Понятие, содержание и принципы конституционного статуса личности	363
§ 2. Институт прав и свобод человека и гражданина	364
§ 3. Развитие прав и свобод	366
§ 4. Техничко-юридические способы конституционного закрепления прав и свобод	367
§ 5. Классификация прав и свобод	370
§ 6. Конституционные процессуальные права в структуре основных прав и свобод человека и гражданина	372
§ 7. Механизм реализации конституционных прав и свобод личности	374
§ 8. Ограничение прав и свобод в конституционных системах зарубежных стран	382
§ 9. Отмена, умаление, лишение прав и свобод в современном конституционном праве	386
§ 10. Конституционные гарантии прав и свобод	397

§ 11. Конституционные обязанности	401
§ 12. Гражданство в зарубежных странах: понятие, принципы, способы приобретения и прекращения	403
§ 13. Правовой режим иностранцев	407
§ 14. Институт убежища и право на убежище. Иные правовые режимы иностранных граждан	408
Глава 8. Форма государственного правления	410
§ 1. К методологии исследования формы государственного правления	410
§ 2. Конституционный смысл формы государственного правления: современный контекст	413
§ 3. Форма правления и конструкция «разделения властей»: взаимосвязь и конституционная неидентичность	419
§ 4. Форма правления как объект конституционного регулирования: технико-юридические модели	426
§ 5. Типология форм правления: традиционный и инновационный подходы	430
§ 6. Монархический строй и присущие ему формы правления	432
§ 7. Республиканский строй и присущие ему формы правления ...	437
§ 7.1. Конституционные признаки республики	437
§ 7.2. Президентская республика	438
§ 7.3. Смешанная форма правления	441
§ 7.4. Нетрадиционные формы республиканского правления	444
§ 8. Конституционные характеристики парламентарной формы правления («парламентского правления»)	445
§ 9. Исламская форма правления	449
§ 10. Эволюция и преобразование формы правления	453
§ 10.1. Эволюционное преобразование конституционного устройства как противоположность имитации рецепции демократических форм правления	453
§ 10.2. Трансформация формы правления	454
§ 10.3. Стабильность конституции и стабильность формы правления	455
§ 10.4. Конституционные реформы и протестные акции как способ преобразования (коррекции) формы правления в современной практике зарубежных стран	457
§ 11. Государственный режим как категория конституционного права: понятие и разновидности	459
Глава 9. Государственно-территориальное устройство зарубежных стран	461

§ 1. Понятие, конституционные признаки и разновидности форм государственно-территориального устройства.....	461
§ 2. Унитаризм и унитарное государство: понятие, виды	462
§ 3. Территориальная автономии.....	464
§ 4. Регионализм и региональное государство.	
Конституционные механизмы противодействия сепаратизму.....	466
§ 5. Федерализм и федеративное государство: понятие, конституционные признаки, виды. Способы разграничения компетенции в федеративном государстве. Институт федерального принуждения	472
§ 6. Федерация и конфедерация. Квазиконфедерация	477
§ 7. Конституционный статус нетипичных территориальных образований. Переходные формы территориального устройства	475
Раздел III. ИНСТИТУТЫ ПРЯМОЙ ДЕМОКРАТИИ, ВЫБОРЫ, ОБЩЕНАЦИОНАЛЬНОЕ (НАРОДНОЕ) ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО. ИЗБИРАТЕЛЬНОЕ ПРАВО.....	478
Глава 10. Конституционные институты непосредственной демократии в зарубежных странах.....	478
§ 1. Народовластие и его конституционные формы. Народное (общенациональное) представительство и непосредственная демократия	478
§ 2. Референдум: понятие, виды, основания и процедуры проведения.....	479
§ 3. Народная законодательная инициатива и народное вето	481
§ 4. Отзыв депутатов и выборных должностных лиц и голосование на референдуме о досрочном прекращении полномочий	483
Глава 11. Выборы и избирательное право	487
§ 1. Выборы как институт конституционного права и объект регулирования.....	487
§ 2. Выборы и право: конституционная взаимосвязь. Избирательное право.....	491
§ 2.1. О понятии избирательного права	491
§ 2.2. Активное избирательное право в зарубежных странах: конституционно-правовое содержание и пределы, основания ограничения.....	493
§ 2.3. Пассивное избирательное право в зарубежных странах ...	497
§ 2.4. Электоральная правосубъектность	503

§ 3. Принципы избирательного права.....	505
§ 4. Статус избирателей и кандидатов на выборные должности (страноведческая характеристика)	510
§ 5. Конструкция избирательной системы в контексте эволюционирующего конституционализма	512
§ 5. 1. Смена парадигмы в оценке природы избирательных систем	512
§ 5.2. Избирательные «семьи» и их разновидности	522
§ 5.3. Проблема выбора избирательной системы	524
§ 6. Организация проведения выборов в зарубежных странах. Избирательный процесс.....	527
§ 6.1. Понятие избирательного процесса	527
§ 6.2. Назначение выборов	529
§ 6.3. Предварительный этап избирательного процесса. Формирование избирательной инфраструктуры	532
§ 6.4. Основной этап избирательного процесса.....	538
Раздел IV. ОРГАНИЗАЦИЯ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ	547
Глава 12. Институт главы государства в зарубежных странах	547
§ 1. Понятие института главы государства и его место в системе разделения властей. Юридическая форма главы государства.....	547
§ 2. Основания, способы и порядок замещения поста главы государства в зарубежных странах	552
§ 3. Компетенция главы государства и его правовые акты	555
§ 4. Конституционная ответственность главы государства. Импичмент: основания и процедуры	558
Глава 13. Законодательная власть. Парламент в зарубежных странах.....	561
§ 1. Понятие, природа, функции парламента	561
§ 2. Компетенция парламента	569
§ 3. Структура и порядок формирования парламента. Особенности формирования нижней и верхней палат.....	571
§ 4. Внутреннее устройство палат парламента. Порядок работы парламента: сессии и организационно-правовые формы его деятельности	573
§ 4.1. Внутреннее устройство палат парламента.....	573
§ 4.2. Фракционная структура современного парламента	

(конституционно-правовой анализ).....	577
§ 4.3. Организация деятельности парламента. Парламентские производства	582
§ 5. Роспуск парламента: конституционные основания и процедуры	584
§ 6. Законодательный процесс (законодательное производство): понятие и стадии.....	587
Глава 14. Конституционный статус правительства	592
§ 1. Место правительства в системе разделения властей. Понятие и модели (виды) правительства.....	592
§ 2. Конституционный состав правительства и порядок его формирования	594
§ 3. Компетенция правительства, его правовые акты и аппарат	597
§ 4. Организация исполнительной власти в зарубежных странах. Роль главы правительства. «Комитетская система»	598
§ 5. Конституционная ответственность правительства	601
Глава 15. Конституционные основы судебной власти	603
§ 1. Судебная власть в системе разделения властей: понятие, назначение, особенности	603
§ 2. Организация судебной власти. Типы (модели) судебных систем.....	511
§ 3. Конституционно-правовой статус судьи и его гарантии. Высшие органы судейского сообщества	615
Глава 16. Конституционный судебный процесс в современном государстве	617
§ 1. Конституционное правосудие (конституционный судебный процесс) как высшая форма осуществления конституционного контроля.....	617
§ 1.1. Конституционный судебный процесс как вид специализированного конституционного контроля и форма правосудия.....	617
§ 1.2. Титульные особенности конституционного правосудия.....	621
§ 1.3. Конституционный судебный процесс и конституционно-судебные производства. Виды (модели, типы) конституционного судопроизводства	624
§ 2. Стадии конституционного судебного процесса	628
§ 3. Процессуальные сроки в конституционном судопроизводстве	630
Глава 17. Прокуратура в конституционном механизме современного государства	635
§ 1. Модели прокуратуры в зарубежных странах и особенности	

ее статуса	635
§ 2. Статус прокурора в зарубежных странах	641
§ 3. Статус прокуратуры в странах континентального права ...	650
§ 4. Страны с нетипичным статусом прокуратуры	652
Глава 18. Конституционный статус вооруженных сил	
и полиции в зарубежных странах	653
§ 1. Конституционно-правовой статус вооруженных сил	653
§ 2. Полиция в структуре современного государства:	
конституционно-правовая характеристика	656
§ 3. Силловые структуры государства и форма правления:	
прямые и обратные связи	663
§ 4. Парламентский контроль за вооруженными силами	
и полицией в зарубежных государствах	668
Глава 19. Территориальное устройство и публичная власть	
на местах	672
§ 1. Административно-территориальное устройство	
и публичная власть на местах	672
§ 2. Понятие местного самоуправления и управления	673
§ 3. Типы (модели, системы) местного самоуправления	676
§ 4. Конституционные механизмы контроля государства	
за деятельностью органов местного самоуправления	
и управления	679
Библиографический список	682

ПРЕДИСЛОВИЕ

Предлагаемая читателю книга является частью более общего замысла – издания в трех книгах курса конституционного права зарубежных стран, структурно охватывающего три относительно самостоятельные ветви единой дисциплины: сравнительно-правовой анализ конституционного права (книга первая); иностранное конституционное право (книга вторая); учебно-методический комплекс, или методико-технологическое сопровождение академического курса, преподаваемого в высших учебных заведениях страны и в вузах МВД России. При этом реализация означенного замысла основывается на развитии тех идей и подходов, которые ранее были представлены в ряде изданных авторами работ учебного и монографического характера. Настоящее издание в определенной мере синтезирует материал, представленный в работах разного жанра, является развитием как уже обнародованных, так и новых идей, взглядов по тем проблемам, относительно которых в конституционно-правовой доктрине и конституционной практике сохраняется неопределенность. При этом, конечно, содержание проблематики курса, характер, стиль и формат его изложения обусловлены, прежде всего, потребностями образовательного процесса.

Предложенная композиция материала (раздельное, в двух книгах рассмотрение проблематики курса) обусловлена обстоятельствами, можно сказать, «объективного» порядка, лишь отчасти зависящего от авторов. Прежде всего, структурирование курса обусловлено логикой и предметом конституционного права зарубежных стран. Ранее предложенное нами деление конституционного права в соответствии с пандектным способом композиции нормативного материала¹ – подразделение на общую и особенную части – было воспринято и другими авторами. При таком подходе делению отрасли права на общую и особенную части соответствуют структура научной дисциплины и архитектура учебного курса. Однако такой вывод правомерен для конституционного права конкретно взятой страны. Что же касается структурирования конституционного права зарубежных стран – дисциплины, не имеющей в основе одноименной отрасли права, то деле-

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран. Модельная программа учебного курса для вузов МВД России. Конституционное право России. Типовая учебная программа. М., 1996 ; Его же. Конституционное право России : учебное пособие. М. : ИНФРА-М, 2003 ; Его же. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 1. Ч. 1. М., 2008.

ние на эти же структурные части (общую и особенную) выглядит несколько неожиданно и не соответствует отмеченному выше критерию¹. Можно, конечно, предположить, что понятие общей части используется авторами такого подхода не в специально-юридическом значении, а в смысле структурно обособленного по предметному основанию образования или, иными словами, той части учебного курса, которая охватывает темы, имеющие общее значение для всех без исключения стран, в составе национальных правовых систем которых действует конституционное право. Такое допущение если и возможно, то весьма условно и не согласуется с языком права, которому юристы все же должны следовать неукоснительно.

Представляется, что особенность конституционного права зарубежных стран заключается в том, что оно может и должно быть структурировано с учетом тех методологических средств конституционного правопознания, которые в наибольшей мере специфичны для этой отрасли юридической науки. Именно для конституционного права зарубежных стран своего рода титульными являются сравнительно-правовой и страноведческий подходы – методологические средства получения нового знания, которые имеют в правоведении универсальное значение, т. е. применимы ко всякой отрасли права и соответствующей ей научной дисциплине². Традиционно в отечественном правоведении сложилось так, что методология сравнительно-правового и страноведческого анализа получила распространение именно в конституционном праве и менее всего специфична для других сегментов правоведения. Не углубляясь в объяснение причин такого явления, отметим, что присущий именно конституционному праву междисциплинарный характер (в силу занимаемого одноименной ветвью права места в структуре национального права, особенностей ее нормативной структуры и нормативно-правового воздействия,

¹ Именно такой подход характерен для одного из самых авторитетных изданий курса конституционного права зарубежных стран, опубликованного коллективом авторов Московской государственной академии (университета) имени О.Е. Кутафина: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 5-е изд., обновл. и дораб. М. : Норма, 2014. 1120 с. ; Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Особенная часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 5-е изд., обновл. и дораб. М. : Норма, 2016. 1104 с.

² О методологическом значении страноведческого и сравнительно правового подходов в конституционном праве см.: Червонюк В. И. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 389–392.

воспроизводства в правовой системе страны генеральных правовых режимов и пр.) указывает на несомненное преимущество его методологии правопознания, одинаково полезной для всех отраслей юриспруденции.

Таким образом, в соответствии с методологическими инструментами освоения конституционной действительности в конституционном праве зарубежных стран целесообразно выделять два относительно обособленных и обладающих своеобразием структурных уровня: сравнительное конституционное право и иностранное конституционное право. Следуя этой логике, материал предлагаемого издания распределен в двух книгах, в каждой из которых соответственно реализуется один из таких подходов.

Обособленное издание сравнительного и иностранного конституционного права имеет еще одно преимущество. Отрадно то обстоятельство, что книжный рынок богат литературой по конституционному праву. Прежде всего, обращает на себя внимание издание в последние годы фундаментальных работ учебного характера по отечественному и иностранному конституционному праву. Вместе с тем, существует дефицит работ компаративистской направленности, в которых было бы представлено систематическое изложение конституционной проблематики, имея в виду охват как классических тем, так и новых, отражающих потребности динамично развивающейся конституционной практики. В некоторой степени решению и этой задачи подчинена структура предлагаемого издания.

Первая из трех книг – «Конституционное право зарубежных стран. Часть I. Сравнительное конституционное право» – структурно охватывает взаимосвязанный комплекс проблем, традиционно инкорпорируемых проблематикой общей части отраслевой юридической дисциплины. Тем самым данная книга имеет относительно автономное значение, может быть использована в процессе преподавания не только иностранного, но и отечественного конституционного права. Характер рассмотренных в первой книге проблем позволяет сделать вывод о востребованности данного издания для всего цикла юридических дисциплин, преподаваемых в юридическом вузе. В книге читателю предложен углубленный анализ к изложению как классических тем, так и инновационного материала – о конституционализации, новом подходе к пониманию конституционного права в структуре современного права, о конституционной герменевтике, конституционной лексике, нормативной структуре конституционного права,

современной концепции конституционной ответственности и избирательной системы и др.

Вторая книга «...Иностранное конституционное право» содержит материал, представленный исключительно на основе страноведческого анализа. Соответственно приводится материал, посвященный конституционному праву стран, традиционно представленных в учебных изданиях, а также регионов, слабо отраженных в государственоведческой литературе – СНГ, Юго-Восточная и Центральная Азия, некоторые страны Африки, Латинской Америки и Карибского бассейна. Поскольку на факультете подготовки иностранных специалистов Университета обучаются слушатели всех (указанных в книге) стран, отмеченный подход имеет не только эвристическое значение, но и несет в себе значительную мировоззренческую нагрузку.

РАЗДЕЛ I. ВВЕДЕНИЕ В КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

Глава 1. КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО КАК ЧАСТЬ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

§ 1. Понятие, источники, система науки конституционного права в зарубежных странах

Являясь отраслевым подразделением права, конституционное право общепризнано рассматривать в трех взаимосвязанных значениях: *отрасли права*, или системы действующих норм, являющихся составляющей национальной правовой системы; части правоведения или *юридической науки*, предметом исследования которой является одноименная отрасль права, образующие ее нормы и формирующиеся на их основе конституционно-правовые отношения и конституционное поведение; *учебной дисциплины*, основанной на достижениях науки и отрасли, преподаваемой в юридических высших учебных заведениях.

При этом экстерриториальность действия позитивного права одновременно указывает исключительно на внутригосударственный характер приложения отрасли права. Говоря иначе, конституционное право в указанном смысле (как ветвь национального права) присуще отдельно взятой стране. Однако означает ли отсутствие единой и общей для всех зарубежных стран¹ мегаотрасли конституционного права отсутствие единой науки конституционного права зарубежных стран? В компетентной литературе господствует позиция, согласно которой «нет обобщающей науки конституционного права зарубежных стран»², но есть единая наука конституционного права, разделом или составной частью которого является иностранное конституционное право. Не существует и обособленного от отечественного и иностранного конституционного права общего конституционного права³.

¹ Скорее, за оговорку следует принимать встречающиеся в публикациях (чаще всего в учебниках, учебных пособиях) утверждения о наличии такой отрасли права, как «конституционное право зарубежных стран». В данном случае название учебного курса, преподаваемого в вузах, распространяется и на одноименные отрасли национального права. Поэтому констатация того, что «конституционное право зарубежных стран сформировалось как самостоятельная отрасль национального права на рубеже XVIII и XIX столетий» следует расценивать как досадное недоразумение (см.: Конституционное право зарубежных стран : учебник для вузов / под общ. ред. М. В. Баглая, Л. М. Энтин. М., 2000. С. 1).

² Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран : учебник. М. : Юристъ, 2015.

³ Чиркин В. Е. Конституционное ... С. 111.

По этой версии, согласующейся с утвержденной ВАК при Минобрнауки России классификацией научных специальностей, отечественное и иностранное конституционное право являются составляющими единой науки «конституционного права». Между тем как в цитируемой работе, так и в других изданиях российское конституционное право все же признается самостоятельной научной отраслью¹.

Очевидно, что вопрос о том, можно ли вести речь о собирательном понятии иностранного конституционного права, о комплексном и сравнительном изучении конституционного права многих стран мира или об ответвлении от единой науки конституционного права научной дисциплины, объектом изучения которой является иностранное конституционное право, все же не является закрытым и требует дальнейшего обсуждения². В этой связи обратим внимание на то, что общей для всех или многих стран отрасли конституционного права нет, но есть функционирующие во всех или во многих странах сходные институты конституционного права, действие которых подчинено как общим, так и специфическим закономерностям. Очевидно, что наука призвана выявлять и оценивать эти общие и специфические зависимости. Иными словами, конституционное право должно выявлять это тождество и различие и давать ему научное объяснение. Можно предположить, что познание общего и специфического в сфере действия конституционного права и конституционной практике, свойственного всем или многим государствам, может осуществляться в рамках общего (или сравнительного) конституционного права – специальной отрасли научного знания, обособляемой в структуре конституционного права³. Предмет этой дисциплины по своему содержанию не совпадает с содержанием выделяемой в структуре конституционного права Общей части⁴. Данная отрасль права образуется

¹ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 72; Конституционное право России : учебник / отв. ред. А. Н. Кокотов и М. И. Кукушкин. М., 2003. С. 41.

² Здесь уместны и некоторые аналогии. В частности, притом, что есть общая наука политология существуют и ее самостоятельные ответвления – политическая социология, сравнительная политология и т. д.

³ В связи с этим требует оценки следующее утверждение: «допустимо говорить о том, что конституционно-правовые нормы и институты, а также регулируемые ими отношения, складывающиеся в тех или иных зарубежных странах, могут быть предметом отдельных конституционно-правовых исследований, но не науки в целом» (Арбузкин А. М. Конституционное право зарубежных стран : учебное пособие. М. : Ориент, 2005. С. 16). Однако существуют институты и механизмы, которые специфичны только для отдельных стран или небольшой их группы.

⁴ См. Богданова Н. А. Система науки конституционного права. М., 2001.

на стыке сравнительного и иностранного конституционного права. Таким образом, становится возможным получить наиболее полное представление об особенностях конституционно-правового развития отдельных стран, используя на этой основе в конституционной практике России опыт функционирования демократических конституционных институтов.

Следовательно, правомерно допустить, что при отсутствии единой отрасли конституционного права существуют единые для многих стран институты, различие и сходство которых применительно к конституционно-правовым системам ряда стран может изучаться в рамках отдельной научной дисциплины. Вполне допустимо название «Конституционное право зарубежных стран» применить и для характеристики той части коммуитарного права, которое связано с регулированием конституционно-правовых отношений применительно к группе стран, в частности в странах ЕС и, может быть, применительно к другим наднациональным сообществам¹.

Как часть юриспруденции наука конституционного права есть совокупность различного рода концепций, взглядов по вопросам конституционно-правового развития. Имея своим объектом одноименную отрасль права, наука конституционного права представляет собой в отличие от своего объекта не совокупность норм, а систематизированное знание, научные теории и концепции относительно юридической природы, механизмов действия этих норм, критериев и факторов их эффективности. В содержание науки конституционного права включаются как различные теоретические конструкции и концепции, так и комментарий (оценка) действующего национального законодательства в его сопоставлении с законодательством других стран, в том числе с законодательными актами, ставшими памятниками права. Эти воззрения, рассуждения, анализ действующих и действовавших норм, закрепленных и закреплявшихся в конституционном и другом отраслевом нормативном материале, а также представленных в актах судейского права и других конституционно-правовых формах, излагаются в монографиях, научных статьях, различного рода комментариях. Соответственно источниками научных знаний в материальном смысле являются литературные источники, памятники права, действующее законодательство, обобщения практики его применения и др.

¹ Такой подход отчасти уже реализуется (см., например: Михалева Н. А. Конституционное право зарубежных стран СНГ. М., 2007.

Предметом науки конституционного права является объективно существующая конституционная реальность – это конституционное пространство, в котором взаимодействуют участники конституционных правоотношений; это действие норм конституционного права, включая их реализацию, формирующееся на этой основе конституционное правосознание и конституционная культура. Конституционная реальность есть та сфера действия права, в которой формируются и обнаруживают себя тенденции и закономерности конституционно-правового развития. На основе познания закономерностей конституционно-правового развития наука формулирует выводы и обобщения, которые являются основой усовершенствования норм и институтов, служат методологическими ориентирами для всей конституционной практики.

Наука конституционного права формулирует основные понятия и категории, которыми оперирует действующее конституционно-правовое законодательство, анализирует функции и роль конституционно-правовых институтов. Предмет ее изучения – принципы, нормы, институты права, процессы их становления, структурирования и эволюции. При этом важнейшей составляющей научного анализа являются проблемы осуществления (реализации и применения) конституционных норм, воплощения их в конституционных отношениях и конституционном поведении граждан и носителей властных полномочий. Наука, таким образом, исследует не только конституционное право «в норме» (в статике), но и в действии, определяет эффективность конституционно-правовых норм и конституционно-правовых институтов, вырабатывает рекомендации по их оптимизации. Соответственно разнообразные конституционные процессы, конституционная практика – также предмет конституционно-правовой теории.

В объект познания науки входят не только обоснование и развитие теории и методологии конституционного права, но и изучение его истории, эволюции (путей, форм, истоков формирования) и развития конституционно-правовых институтов, прогнозирование их будущего состояния. Предмет конституционного права – исследование свойств конституционно-правовых норм, институтов и отношений, тенденций и закономерностей их организации, функционирования и развития, а также путей, форм и механизмов их реализации в контексте отдельной личности, общества в целом и государства. Конституционное право изучает конституционно-правовые институты и конституционно-правовые нормы и отношения применительно к отдельно взятой стране и одновременно к группе стран. Главный смысл и задача кон-

ституционного права в том, чтобы за огромным многообразием соответствующих явлений и процессов выявить глубинные свойства, связи, взаимодействия, отношения, тенденции и закономерности их организации, функционирования и развития, не лежащие на поверхности общественной жизни. Таким образом, изучение мирового конституционного опыта имеет не просто эвристическое значение, но принципиально важно для формирования конституционно-правовых институтов современной России. Через познание конституционно-правовых реалий современных зарубежных государств становится возможным отобрать, систематизировать, усовершенствовать и применить на практике те модели конституционного устройства, которые оказались эффективными в сходных условиях, отказаться от институтов, не целесообразных или не адаптированных применительно к российской действительности.

Источниками науки конституционного права являются национальные конституции и другие нормативные правовые акты высших органов законодательной и исполнительной власти, содержащие нормы отрасли конституционного права, т. е. конституционная система в целом.

Это также законодательство зарубежных государств, международно-правовые договоры, соглашения, решения органов конституционного контроля, судебная практика, имеющая прецедентное значение, доктринальные взгляды выдающихся отечественных и зарубежных исследователей иностранного конституционного права, работы ведущих российских и зарубежных ученых-государствоведов, содержащие общие суждения по проблемам, значимым для конституционно-правовой науки.

Наука конституционного права обобщает практику государственно-правового строительства как объективного критерия добываемой истины и те процессы, которые происходят в жизни на базе действия конституционно-правовых норм и институтов. Поэтому в качестве источников науки конституционного права выступает и конкретная практическая деятельность государственных органов, всех участников конституционно-правовых отношений. На основе изучения и обобщения практики наука конституционного права определяет оптимальность действия норм и институтов, их эффективность, разрабатывает пути и способы совершенствования конституционного законодательства.

Система науки конституционного права в значительной мере отвечает системе отрасли конституционного права и ее главной составляющей – национальной конституции.

Именно этими обстоятельствами объясняется содержание фундаментального семитомного курса государственного права, изданного в 1987–1992 гг. в ФРГ: «Handbuch des staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland». Каждый том издания одновременно можно считать самостоятельным компонентом системы науки данной страны. Это: 1. Основы государственного строя и конституции; 2. Демократическое волеобразование; государственные органы федерации; 3. Функционирование государства; 4. Конституционные основы финансовой системы. Федеративное устройство; 5. Общее учение о правах человека; 6. Права и свободы человека; 7. Нормативная природа и охрана конституции. Международные отношения.

Укрупнение отмеченных проблем позволяет свести их в две группы, соответственно включающие проблематику прав человека и организацию публичной власти¹.

В странах, где национальные конституционные системы, равно как и сложившиеся конституционные традиции (национально-правовая самобытность), имеют существенную специфику, предмет науки конституционного права, конечно же, отражает эти реалии. Понятно, что на содержание предмета науки влияет фактор обусловленности действия институтов конституционного права или той среды, в которую они «помещены». Это обстоятельство не всегда принимается в расчет, когда, к примеру, утверждается, что «американские учебники отличаются от европейских, включая российские, особенно резко»². В качестве аргументов авторы обращают внимание на содержание одного из курсов конституционного права США, в предмет которого включены следующие темы: 1) суды и судебная проверка (основному тексту предпослан анализ конституции); 2) федеративная система; 3) власть Конгресса; 4) оговорка о торговле (о практике толкования Верховным судом федерального полномочия о регулировании торговли между штатами)³; 5) исполнительная власть; 6) право собственности; 7) уголовный процесс; 8) первая поправка к Конституции о свободах частной жизни; 9) равная защита⁴.

¹ Этому требованию, в частности, отвечают британские курсы конституционного права.

² Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов. М., 2006. С. 68.

³ Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М. : Новая юстиция. 2007. С. 561.

⁴ См.: Schwarz B. Constitutional Law : A Textbook. 2nd ed. N. Y.; L., 1979.

Действительно, кажущееся нелогичным с позиции российского исследователя наличие в содержании курса конституционного права трех процессуально-судебных «блоков» с точки зрения конституционно-правовой действительности США оказывается вполне закономерным. Проблемы, включенные в содержание курса, действительно имеют конституционное значение, и для государственно-правовой системы США они чрезвычайно важны. «Клаузула о торговле» предоставляет Конгрессу широкие полномочия принимать законодательство, которое имеет преимущественную силу в отношении законов штатов, когда они оба вступают в противоречие. Но даже когда Конгресс еще не предпринял никаких действий, «клаузула о торговле» в «дремлющем» состоянии порождает презумпцию, в соответствии с которой штаты не могут определенным образом вмешиваться в регулирование торговли между штатами. Ее цель состоит в том, чтобы предотвратить осуществление штатами экономического протекционизма – установление экономических барьеров на пути конкуренции товаров разных штатов или трудовых услуг их граждан.

Разработанная Верховным судом США современная доктрина «дремлющей» клаузулы о праве Конгресса регулировать торговлю предъявляет к нормам права штатов два критерия: она признает неконституционными законы, которые без достаточного основания допускают «дискриминацию в отношении межштатной торговли» или устанавливают для нее «чрезмерные обременения» (*undue burden*). На основе критерия «чрезмерного обременения» признаются неконституционными действия властей штатов, ограничивающие торговлю, когда, как вытекает из решения Верховного суда, «обременение, установленное в отношении этого вида торговли, носит чрезмерный характер по сравнению с выгодой, которую местные власти предполагают получить...».

Кроме того, американские юристы обращают внимание на следующие две особенности Конституции США, которые способствуют «судебному активизму». Первая связана с наличием в Конституции множества «общо сформулированных положений». Отсюда «многие из таких общих терминов, как «свобода», «надлежащая правовая процедура» и «равная защита законов», являются понятиями, определение которых заставляет обращаться к тем или иным политическим традициям и представлениям». Вторая особенность заключена в «старении» Конституции, которой исполнилось более 200 лет. При этом «внесение поправок в Конституцию не может быть реалистичным способом изменения основных конституционных ценностей,

учитывая то, что процесс внесения поправок непомерно труден. Соответственно «задача «обновления» Конституции досталась судам»¹.

Отмеченное, таким образом, свидетельствует о своеобразии действия конституционно-правовых институтов США. Вместе с тем, это своеобразие не отменяет общего в составе конституционно-правовых систем различных стран. Центральными проблемами конституционного права США являются проблемы прав человека и организации публичной власти. Конечно, то обстоятельство, что Конституция 1787 г., стремясь не допустить произвола институтов государственной власти, крайне скупо говорит о правах и свободах человека, делая главный акцент не на провозглашении, а на механизме их гарантий, одновременно указывает на иные конституционные формы (источники) оформления фундаментальных прав человека. Таковыми, прежде всего, являются судебные решения (прецеденты), т. е. подразумеваемые (вытекающие из духа Конституции) фундаментальные права, или права, пользующиеся конституционной защитой². Судебная практика в этой связи – обязательный атрибут конституционных исследований³.

Особенности науки, ее назначение обнаруживаются в выполняемых данной наукой *функциях* – тех реальных изменениях, которые данная наука способна производить в общественном сознании и государственной практике.

Как всякая научная отрасль знания, конституционное право, прежде всего, выполняет *познавательную функцию*, суть которой – научное познание закономерностей, понятий и категорий государственно-правовой жизни. Изучая конституционное право, познающий исследует особую форму жизнедеятельности людей – их государственно-правовое бытие.

Весьма важной является *теоретическая функция* науки конституционного права, выражающаяся в ее способности описывать и объяснять существующую государственную практику, формулировать общие

¹ См.: Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М. : Новая юстиция, 2007. С. 535.

² Так, к подразумеваемым Верховный суд США отнес право избирать, право на неприкосновенность частной жизни (right to privacy), а также свободу ассоциаций, «право вступать в брак, производить потомство, право ездить в другие штаты» и др.

³ По утверждению У. Бернама, значительный удельный вес в конституционном праве проблем судебного права объясняется отсутствием тесной связи конституционного права США с текстом Конституции. Соответственно при изучении преподаваемого в юридических вузах курса конституционного права студенты должны изучать не текст Конституции (это не вменяется им в обязанность), а «переваривать сотни страниц судебных решений», в которых так или иначе находят применения положения данной Конституции» (см.: Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М. : Новая юстиция, 2007. С. 534–538).

и специфические законы их развития, прогнозировать будущее развитие институтов конституционного права, практики их применения.

Как фундаментальная базовая отрасль правоведения, конституционное право выделяется своим научно-понятийным потенциалом и, таким образом, реализует *методологическую функцию*¹. Понятийный аппарат конституционно-правовой науки раскрывает наиболее важные, основные закономерности, свойства, признаки права, иных явлений.

Конституционное право выступает основой функционирования государства и права, формулирует рекомендации для решения многочисленных проблем государственно-правового строительства и в этом смысле осуществляет *прагматическую функцию*. Прагматизм конституционного права заключается и в том, что данная наука напрямую связана с конституционной практикой государства, являясь ее теоретической основой, а также основой осуществляемых конституционно-правовых реформ. Прагматическую функцию следует рассматривать в единстве с *прогностической*, задачей которой является определение путей совершенствования законодательства и практики его применения. Прогностическая функция отражает потребность в разработке вероятностного конституционного знания, предвосхищающего возможные последствия предпринимаемых действий и намеревающихся гипотетически определить изменения, сопутствующие достижению целей. Отрыв практики от предварительного обоснования научного прогноза неизбежно ведет к резко отрицательным последствиям в государственно-правовой жизни общества. Через познание конституционно-правовых реалий современных зарубежных государств становится возможным отобрать, систематизировать, усовершенствовать и применить на практике те модели конституционного устройства, которые оказались эффективными в сходных условиях, соответственно отказаться от институтов, оказавшихся нецелесообразными или не адаптированными.

Несомненна для конституционного права и *аксиологическая функция* – способность науки формировать у отдельного человека, коллективов людей ценностные ориентации об институтах конституционного права. Конституционное право в этом смысле не только преследует цель получения истинных познаний, но и в конечном счете есть познание общественного идеала, показ того, каким должен быть разумный, справедливый, гуманный государственно-правовой строй общества.

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 2. Введение в конституционное право. М. : Московский университет МВД России, 2009. Ч. II. С. 167–178.

Принципиально важным является следующее обстоятельство: являясь юридическим учением (наукой) в системе правоведения, конституционное право, вместе с тем, будучи обращенное к конституционной практике, выступает методом ее познания и преобразования. Эта особенность (свойство) науки конституционного права предопределена осуществляемыми ею функциями:

- *дескриптивной*, предполагающей необходимость всестороннего и полного описания внутренних и внешних связей (закономерностей) конституционно-правовых явлений¹;

- *оценочной*, связанной с постулированием суждений о конституционно-правовых объектах с позиции их приемлемости или неприемлемости для субъектов конституционного права. Значимость данной функции очевидна, если иметь в виду, что оценка любого конституционно-правового явления, эффективности и социальной приемлемости конституционного-правового института в конечном счете предполагает их соизмерение с действительными конституционными ценностями, запечатленными в нормах основного закона страны;

- *сравнительной*, предполагающей обязательное сопоставление различных конституционных явлений (форм правления, избирательных систем, моделей законодательной, исполнительной и судебной властей, типов местного самоуправления и др.)²;

- *преобразовательной*, вызванной потребностью общества в формировании таких знаний, которые, будучи включенными в практическую деятельность органов государственной власти, способны снизить издержки государственного управления, способствовать достижению большего соответствия результатов намеченным целям и т. д.³

¹ Особенность предмета конституционного права – той ветви национальной правовой системы, которая так или иначе вторгается во все сферы общественной и государственной жизни, – указывает на особую значимость данной функции, одновременно ставит перед исследователем задачу осмысления в процессе научного анализа как внутривидовых связей конституционного права, его места в структуре национального права, так и его включенности в структуру социума.

² Выполнение конституционным правом данной функции объективно необходимо, обусловлено зависимостью его (конституционного права) объекта как от внутренней ситуации в стране, так и от возможности заимствования прогрессивного чужого опыта. В этом смысле исследование даже собственно отечественной проблематики объективно располагает исследователя к широкому привлечению возможностей компаративистики.

³ Прямые и опосредованные выходы в конституционную практику, воздействие на нее с точки зрения возможной оптимизации является титульной особенностью конституционного права. Прикладной характер конституционного права, можно сказать, «генетически» задан.

Дискуссия о названии или о содержании конституционного права. Проблема эта до конца не решена и имеет давнюю историю. В дореволюционной России данная дисциплина носила название «государственное право», хотя применительно к иностранным курсам использовалось понятие «конституционное право». Такое название было заимствовано из Германии (Staatsrecht). В советский период дисциплина именовалась государственным правом. В то же время отдельные государствоведы (Н. И. Лазаревский, И. П. Трайнин, В. Ф. Коток, И. Е. Фарбер, В. А. Рянжин) считали названия «государственное право» и «конституционное право» тождественными на том основании, что структура учебной (и научной) дисциплины повторяла структуру союзной Конституции. Исходя из этого предлагалось переименовать государственное право на конституционное.

В. А. Рянжин, возражая против термина государственного права, отмечал, что данный термин имел бы право на существование, если бы право монопольно, исчерпывающе и исключительно регулировало общественные отношения, связанные с организацией государства. Но такие отношения регулируются административным, судостроительным правом. К тому же функция государственного права не сводится к регулированию отношений, связанных только с организацией государства¹.

Указанный подход имел противников. По утверждению А. И. Лепешкина, «каждое название отрасли права отражает определенное ее содержание, специфику тех правовых норм, которые объединяются по предмету правового регулирования в отрасль права под определенным общим наименованием... Само название той или иной отрасли права не есть случайное, безразличное, второстепенное по отношению к ее содержанию, а является как бы формой выражения специфического содержания совокупности норм, объединяемых данной отраслью права, исторически сложившейся в процессе становления и развития системы права. Именно поэтому в советском обществе исторически сложилось не конституционное, а государственное право, которое, отражая специфику предмета правового регулирования определенной области общественных отношений, вошло в систему социалистического права как ее составная часть. Поэтому нельзя считать спор о замене названия отрасли права другим названием чисто терминологическим спором. По существу, это есть спор о характере и содержании правового регулирования, осуществляемого нормами данной отрасли социалистического права»².

По мнению Н. А. Богдановой, большое значение в выборе наименования отрасли и науки права имеет качественная оценка основных черт устройства общества и государства, закрепленных в нормах Конституции. Конституционное право Н. А. Богданова связывает с утверждением в данном государстве конституционного строя: «...Качественные признаки демократического государства определяют название отрасли, занимающей ведущее место в его правовой системе, а конституционное право представляет собой качественный этап в развитии государственного права»². Эти положения, безусловно, представляют интерес для понимания природы конституционного права, но все же полностью не проясняют суть проблемы. Так, обращает на себя внимание то обстоятельство,

¹ См.: Советское государственное право : учебник. Л. : Изд-во ЛГУ, 1975. С. 4–5.

² Лепешкин А. И. Соотношение государственного права и норм Советской конституции // Советское государство и право. – 1971. – № 2. – С. 102–103.

² Богданова Н. А. К новой концепции преподавания конституционного права // Государство и право. – 1994. – № 7. – С. 12–13.

что в странах, где утвердился конституционный строй, название анализируемого курса не обязательно обусловлено данным фактором.

При оценке содержания и объема курса важно отношение исследователя к феномену государства. Соответственно те курсы, которые уделяют данной проблеме большое значение (сущность, причины происхождения, функции, форма государства, форма государственного устройства и форма правления, государственный режим и государственный механизм, соотношение государства с правом, экономикой и др.), именуются государственным правом.

Как известно, в дореволюционном российском государственном праве (традиции которого восходят к государственному праву Германии) составляющей анализируемой отрасли выступала теория государства (предмет сущность, причины происхождения, функции, форма государства, форма государственного устройства и форма правления, государственный режим и государственный механизм, соотношение государства с правом, экономикой и др.) – дисциплина, появившаяся в 30-е годы XX в. Все (или почти все), что охватывается предметом теории государства, ранее выступало предметом общего государственного права. Такой подход в целом был характерен и для романской ветви континентального права. Так, французский ученый А. Эсмен утверждал, что объектом конституционного права являются: форма государства, форма и органы правления, пределы прав государства¹.

Напротив, если государствоведческая проблематика «урезана» и государство как институция не выступает объектом специального анализа, название курса отражает эту особенность его содержания. Именно по этой причине в современном германском государствоведении более употребимым является термин «государственное право»². По данной версии, название «конституционное право» употребляется для обозначения центральной части государственного права, это «государственное право в узком смысле»³.

¹ Эсмен А. Начала государственного права // Цит. по: Червонюк В. И., Калинин И. В., Мелехова А. Ю. Антология конституционных учений : в 2 ч. 3-е изд., доп. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. Ч. I. С. 125.

² К примеру, одно из наиболее авторитетных изданий – учебник Альфреда Катца «Государственное право. Основной курс в публичном праве» (Katz A. Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht. Hedelberg, 1991. S. 8). Этой же позиции придерживаются авторы фундаментального курса «Государственное право Германии» (см.: Государственное право Германии. М., 1994. Т. 1. С. 5).

³ Stern K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 1: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung. München, 1984. S. 7 ff.

Правда, среди государствоведов Германии существуют и необычные взгляды на данную проблему. В частности, К. Хессе считает, что «конституционное» право объемнее, чем право «государственное», которое по смыслу и содержанию означает лишь право государства. В то время как конституция не ограничивается установлением государственного строя, а охватывает также основы устройства негосударственной жизни (брак, собственность и др.). Но, «с другой стороны, – как считает данный автор, – «конституционное» право ограничено по сравнению с «государственным» в том плане, что «государственное» право включает в себя, например, административное и процессуальное право...»¹.

В новейшей отечественной литературе название «государственное право...» встречается редко², преобладает обозначение данной дисциплины как «конституционное право...»³ или как «конституционное (государственное) право» без каких-либо к тому объяснений⁴. Не углубляясь в полемику, по которой нам уже приходилось подробно высказываться⁵, отметим лишь, что, следуя формирующейся традиции, полагаем более приемлемым применительно и к науке, и соответствующей ей учебной дисциплине применять ставшее привычным название «конституционное право». При этом считаем обязательной оговорку относительно того, что целый ряд проблем феномена государства (а не только государственной власти) должен стать органичной составляющей предмета и науки, и учебного курса.

§ 2. Методология науки конституционного права зарубежных стран

Если определения объекта и предмета науки позволяют понять, *что* изучает данная наука, то уяснение методологии, как известно, направлено на общее понимание того, *как, каким образом, какими способами* она это делает. Методология – явление интегральное, объединяющее в себе мировоззрение и фундаментальные общетеоретические концепции, всеобщие философские законы и категории, обще-

¹ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М., 1981. С. 29; Hesse K. Grudzuge des Verfassungrechts des Bundesrepublik Deutschland. Aufl 18, erg. Hedelberg, 1991.

² См.: Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран : учебное пособие. М. : ИНФРА-М, 1999.

³ См.: Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2002; Конституционное право зарубежных стран : учебник для вузов / под ред. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. М. : Норма, 1999; и др.

⁴ См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб. М. : Норма, 2007; Чудаков М. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : курс лекций. Минск : Харвест, 1998.

⁵ См.: Червонюк В. И. Конституционное право России : учебное пособие. М. : ИНФРА-М, 2003. С. 111.

и частнонаучные методы¹, есть учение о принципах, способах, приемах научного познания предмета исследования, совокупность научных принципов, методологических подходов, мировоззрение исследователя, а также выработанная наукой система методов познания, юридических (и государствоведческих) понятий и категорий, служащих инструментами познания конституционно-правовой действительности². В контексте деятельностного подхода методология науки – это некий алгоритм достижения модели знания как теоретической цели и формирования программы приемов и способов исследования как цели практической. Цель методологии – получение нового знания, использование которого позволяет познать и преобразовать окружающую действительность. «методология регулирует познавательный процесс с учетом современного уровня знаний, сложившейся картины мира (С. А. Лебедев). Она призвана рационализировать саму науку, придать ей характер действенного социального института в современном социуме.

Притом, что понимание методологии не может быть сведено исключительно к научным методам освоения правовой действительности, последние в процессе познания выступают важнейшими инструментами правопознания. Как и другие науки, наука конституционного права использует не один, а целый ряд методов. Согласно сложившейся *многоуровневой концепции* в современной науке *методологического знания*, все методы научного познания по степени общности и уровню применения могут быть разделены на следующие основные группы³:

1) *философские методы*, среди которых наиболее значимы диалектика, метафизика, аналитический метод (характерный для современной аналитической философии»), интуитивный, феноменология, герменевтика (понимание») и др. (притом, что выделяют две крайние модели: а) умозрительно-философский подход – натурфилософия,

¹ Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М. : Изд-во СГУ, 2008. С. 83.

Несомненно, более точен ученый, формулируя дефиницию данного понятия: методология права есть не что иное, как общенаучный феномен, объединяющий всю совокупность принципов, средств и методов познания (мировоззрение, философские методы познания и учения о них, обще- и частнонаучные понятия и методы), выработанные всеми общественными науками, в том числе и комплексом юридических наук, и применяемых в процессе познания специфики правовой действительности, ее практического преобразования (Керимов Д. А. Методология права. С. 88).

² Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник для вузов. М. : ИНФРА-М, 2006. С. 39.

³ Там же. С. 307–312.

философия истории и т. п.; б) позитивизм)¹. Современные подходы к оценке философских методов основываются на постулате, что эти методы не следует воспринимать как некий «свод» жестко фиксированных регулятивов; это система находящихся на самых высших (предельных) «этажах» абстрагирования «мягких» принципов, операций, приемов, носящих всеобщий, универсальный характер. В этой связи философские методы не заменяют специальные методы и не определяют окончательный результат познания прямо и непосредственно, но задают лишь самые общие ориентиры (регулятивы) исследования, его генеральную стратегию²;

2) *общенаучные методы исследования*, которые получили широкое развитие и применение в науке XX в. Они выступают в качестве своеобразной «промежуточной методологии» между философией и фундаментальными теоретико-методологическими положениями специальных наук. В структуру общенаучных методов включают три уровня методов: а) методы эмпирического исследования; б) методы теоретического познания; в) общелогические методы и приемы исследования³. Это также системный и структурно-функциональный, синергетический подходы, наблюдение, моделирование, анализ и синтез, индукция и дедукция и ряд других;

3) *частнонаучные методы* – совокупность способов, принципов познания, исследовательских приемов и процедур, применяемых в той или иной специальной науке. Это методы механики, физики, химии, биологии и социально-гуманитарных наук⁴. В других работах отмеченные три группы методов дополняют четвертой. Это *дисциплинарные методы* – система приемов, применяемых в той или иной научной дисциплине, входящей в какую-нибудь отрасль науки или возникшей на стыках наук⁵.

Как и другие науки, наука конституционного права использует не один, а целый ряд методов. Характерной особенностью этой науки является ее тесная связь с философией, социологией, политологией, религиоведением.

¹ Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник для вузов. С. 308.

² Подробнее см.: Червонюк В. И. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. 104–111, 120–134, 239.

³ Там же. С. 309.

⁴ Подробнее см.: Червонюк В. И. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 313.

⁵ Там же. С. 25.

Назначение методологии не сводится только к познанию государственно-правовой действительности. Она выполняет также функции систематизации полученного государственно-правового знания, выработки понятийного аппарата конституционного права. Таким образом, предметная область науки конституционного права получает выражение в системе научных понятий, теорий, образуя логически цельную систему конституционно-правового знания. С учетом отмеченного методология конституционного права представляет собой теоретическое объяснение оснований и принципов объективного познания конституционно-правовой действительности, а также логические способы и приемы ее исследования.

Современная методология права может выступать и в единстве интегрированных в нее частных методологий (например, для познания особенностей отдельных правовых семей), но может исследовать правовую действительность или ее фрагменты, субъективированные объекты познания посредством методологии, базирующейся на определенной научной теории. Так, познание структуры права, прежде всего, предполагает использование методологии аналитической юриспруденции с присущим ей догматическим способом освоения правовой действительности. Хотя, конечно, применение только этой методологии недостаточно для познания структурных особенностей права. Исследование механизмов восприятия права его адресатами становится возможным при привлечении методологических возможностей психологии права; функциональные связи права могут быть обнаружены при посредстве инструментария социологии права и т. д. При этом не исключается исследование права при том условии, что одна методология может выступать антитезой другой. Отмеченное, однако, не опровергает общего вывода относительно интегративной природы методологии.

§ 3. Применение методологии аналитической юриспруденции в конституционном праве

Методологические возможности конституционного права, как и всякой части правоведения, предопределены специально-юридическими особенностями общей теории права¹. Эти особенности общетеоретического правоведения концентрированно отображает *специально-юридическая теория, или аналитическая юриспруденция* – часть общей теории права, изучающая право с позиции специально-юридических свойств и юридических форм его проявления. Это имеющая характер логической системы научная теория, связанная с атомистической проработкой фрагментов правовой действительности, осуществляемая путем обобщений, получаемых аналитическим путем данных (выработки понятий, категорий) на основе текстов законов и иных нормативных правовых актов, судебных решений, сложных юридических дел (казусов), других реальных фактов правовой жизни (С. С. Алексеев).

С точки зрения философии науки аналитическую юриспруденцию можно позиционировать с метафизикой права; это такая часть юридической науки, которая призвана, используя метафизический метод, оценить право вне связи с той духовно-культурной и социальной средой, в которую оно «погружено». Таким образом становится возможным познать специально-юридические характеристики права, внутренне присущие ему связи, структурную определенность, способы взаимосвязи между целым и его частями, стройную систему знаний о формально-юридических свойствах права, о его толковании и применении в юридической практике, а также деятельность научного сообщества по получению, проверке и оформлению этих знаний. Предметом аналитической юриспруденции является изучение права как юридической формы общественных отношений, формулирование понятий, специально-юридический анализ правового регулирования норм права, правоотношений, правоприменения, правонарушения, мер принуждения в праве, систематизации законодательства и др.²

В работе В. М. Сырых, одной из немногих на данную тему, речь идет о догматическом методе и догматическом правовом исследовании. Последнее интерпретируется как «исследование норм права в целях выявления воли правотворческого органа, выраженной в исследуемых источниках права, общих и особенных черт, признаков, свойственных исследуемым нормам права, и допущенных правотворческих ошибок». В рамках догматического исследования предлагается следующий перечень исследовательских за-

¹ Говоря о различии между юридической социологией и догматической юриспруденцией, Ж. Карбонье заметил: «Представитель догматической юриспруденции уже в виду своей профессии находится как бы внутри правовой системы, своего национального права. Даже будучи чистым теоретиком, он может с достаточным основанием претендовать на то, чтобы оказывать воздействие на это право. Он участвует в развитии доктрины. Он является авторитетом в праве, хотя и не его источником. Социолог, наоборот, пребывает вне изучаемой системы (если даже он сам к ней относится), и его наблюдения ни в коей мере не влияют на ее функционирование» (Карбонье Ж. Юридическая социология. / пер. и вст. ст. В. А. Туманова. М. : Прогресс, 1986. С. 36).

² См.: Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник. М. : ИНФРА-М, 2006. С. 234.

дач: сбор источников права и уяснение их способности содержать действующие нормы права; толкование норм права; оценка качества выявленных норм права; формулирование обобщенных положений, оценок; объяснение полученных исследовательских результатов; изложение результатов исследования. Презюмируется и основное правило изложения догматического описания действующего права: «Автор может выходить за пределы содержания толкуемой нормы права, излагать иные нормативные предписания, но он не может описывать явления, процессы, которые свидетельствуют о реальном действии норм права и не содержатся в действующих нормах права»¹.

В понимании иных авторов суть формально-юридической методологии заключена в том, что данный метод содержит в себе совокупность приемов и средств познания нормативных правовых актов с точки зрения содержания их текста, его буквального и системного смысла. Познание осуществляется посредством использования юридической терминологии, правил юридической техники, системных характеристик права, правил построения иерархии нормативных правовых актов, правил разрешения юридических коллизий, правил применения закона и права по аналогии и др. По сути, формально-юридический метод – это использование всей аналитической методологии юриспруденции, т. е. приемов и средств познания содержания права – тех правил и предписаний, которые его образуют; это совокупность приёмов и средств познания правовых текстов с точки зрения их содержания, формы и юридического действия. Отмечается, что этот метод в современных условиях, а также в силу требований парадигмы юридического позитивизма, выступает необходимой составляющей любого научного юридического исследования. Однако есть смысл говорить и о самостоятельных формально-юридических (догматических) исследованиях².

О догматическом методе как методе познания речь идет в одной из работ В. Н. Жукова. Автор представил интересный анализ тех основных мифов, которые сложились и многократно тиражируются в отношении юридического позитивизма³.

Таким образом, можно сказать, что догматический метод в значительной, если не в определяющей, мере выступает идентифицирующей интегративной характеристикой аналитической юриспруденции.

Аналитическая юриспруденция – это определенный контекст права, собственно говоря, его составляющая, определяющая специально-юридический колорит его отраслевых структур, включая и право конституционное. Наиболее плодотворно данный аспект права раскрыт теорией юридического позитивизма – методологии правоведения, получившей широкое развитие в различных странах и господствовавшей в качестве единственной в течение длительного времени. Юридический позитивизм как метод научных исследований стал средством обособления от других методов познания, используемых в политологии, исторических дисциплинах, социологии и в работах по естественному праву, а также позволил выйти за пределы исключительно документального, текстологического анализа правовых норм. Резуль-

¹ Сырых В. М. История и методология юридической науки : учебник. М. : Норма, 2013. С. 327.

² История и методология юридической науки : коллективная монография / под ред. В. В. Сорокина. М. : Юрлитинформ, 2016. С. 113.

³ Жуков В. Н. Догматический метод и мифы юридического позитивизма // Государство и право. – 2018. – № 5. – С. 44–51.

татом его эффективного применения стало формирование юриспруденции в качестве самостоятельной отрасли науки, становление ее академической и прикладной независимости. Юридический позитивизм позволил произвести глубокий анализ действующего законодательства, разработать научное руководство по толкованию правовых норм и устранению их коллизий, обеспечить структурирование права при помощи юридических понятий и категорий.

Посредством этого метода право обособлялось от иных социальных регуляторов, текстуально воплощалось в нормативных правовых актах, которые становились его единственно возможными формами выражения. Таким образом, ключевым направлением правопознания стало исследование научных абстракций, развитие понятий и категорий, упорядочивание на их основе правового материала¹.

Отмечается, что в науке конституционного (государственного) права юридический позитивизм проявляется как философско-правовая доктрина, отдающая приоритет изучению конституционно-правовых норм методами формальной логики. Согласно этой доктрине, познание государства и права не должно сводиться к выявлению их реального существования. Основная задача заключается в том, чтобы сделать государство и право юридически мыслимыми, т. е. найти подходящие понятия, в которых можно было бы осмыслить без внутренних противоречий все их особенности. Государство должно рассматриваться только с юридической стороны, как юридическая личность, как субъект публичного права, имеющий свою собственную волю, свое собственное право властвовать. Позитивное право подлежит исследованию вне связи с практикой и политикой современного государства, вне системы общественных отношений. Именно с этих позиций можно определить юридическую конструкцию основных институтов действующего публичного права и самого государства, создать подлинно научную теорию государственного (конституционного) права.

Может быть, не совсем все так и обстоит на самом деле. Существует множество ответвлений от позитивистской методологии, и только отдельные из них настаивали на полном обособлении права (не государства) от иных социальных феноменов. К тому же и «чистая теория права» Г. Кельзена имеет свое методологическое оправдание. С точки зрения познания специально-юридической сущности права подход, вытекающий из этой концепции, как раз и не представляется ошибочным. В ином случае следовало бы отвергнуть сохраняющуюся веками относительную самостоятельность права. Именно самобытность права, уникальность присущих ему свойств и признаков позволяют ему (праву) в той мере, в какой это предопределено его природой, быть дистанцированным от государства, государственной вла-

¹ Червонюк В. И. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 398–445.

сти. Власть (сила) права тем самым не является производной от власти (силы) государства¹.

Иное дело, что указанный, действительно весьма существенный, аспект права, нельзя фетишизировать и возводить в абсолют, как это имело место в истории правовой мысли и не так редко встречающийся в новейших условиях. Отмеченное в особенности важно для конституционного права, для которого имплицитно присуща связь с экономикой и политикой, реальной жизнью и политической практикой. Носитель прав и свобод («среднестатистический» гражданин) непосредственно и непрерывно включен в систему социальных связей и практик и лишь опосредованно коммуницирован с публично-властными структурами. Между тем ортодоксально-позитивистский подход к оценке конституционно-правовых реалий, можно сказать, по-прежнему имеет широкое распространение. Вследствие этого оценка тех или иных конституционно-правовых явлений, процессов и состояний дается исключительно или главным образом с позиции конституционного законодательства, редко практики его применения. Конституционное законодательство и конституционно-правовая жизнь в этом случае оказываются жестко разделенными; реальное конституционно-правовое явление оценивается главным образом с позиции традиционно понимаемого должного. Сущее остается вне пределов досягаемости в конституционном познании. Комментарий конституции, закона, судебного решения превалирует над соотношением нормы в тексте закона и в реальной конституционной действительности. Социальными последствиями принятия и применения закона как законодательный, так и правоприменительный орган юридически не обременен; сформировавшаяся у публичных должностных лиц правовая ментальность часто к этому также не предрасполагает.

Отказ от этой односторонности в познании предполагает использование методологии социологии конституционного права².

¹ Обоснование и аргументация феномена силы права, его отличия от понятия силы власти см.: Гойман В. И. Действие права: методологический анализ. М. : Академия МВД СССР, 1992. С. 34–45.

² См.: Червонюк В. И. Прикладная юриспруденция и прикладные методы научного исследования в юридических науках : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя, 2017. С. 283–291.

§ 4. Социология конституционного права

Термин «социология конституционного права» звучит несколько непривычно. Непривычно с той точки зрения, что даже внимательно-му читателю, обратившемуся к учебникам отечественного и иностранного конституционного права, с трудом удастся разыскать необходимый материал, относящийся к данной теме. Может быть, в отдельных из них словосочетание «социология конституционного права» упомянутый внимательный читатель и найдет, однако его содержание, место в структуре конституционно-правового знания, методологический статус и т. д. останутся не выясненными¹. Это обстоятельство, а также необходимость уяснения методологических возможностей социологии конституционного права в юридическом исследовании вынуждают нас несколько подробнее остановиться на рассмотрении данного вопроса.

Социология конституционного права, равно как и социология права, вне зависимости от позиции того или иного автора в вопросе о статусе социологии права (понимаемой в качестве самостоятельной социологической дисциплины, частью общей социологии, самостоятельной юридической дисциплины и пр.), является своего рода отвлечением и от социологической ветви знания, в том числе социологии права, и от конституционного права. В самом первом приближении социологию конституционного права можно охарактеризовать как ту часть социологии права, объектом которой является конституционная система или шире: вся конституционно-правовая действительность.

Обращает на себя внимание следующее обстоятельство. Становление государственоведения занимает длительный период, хотя далеко не единичные положения государственоведческого свойства сформулированы в русле развивающегося гуманитарного знания. Мыслители древности в этом смысле оставили в своем наследии немало интересных, не утративших свое значение и в современных условиях, высказываний о государственности, демократии, формах государственного

¹ В частности, в одной из таких работ речь идет о критериях дифференциации социологического знания в сфере юриспруденции. Отмечается, что наиболее дифференцированной и распространенной структурой социологии права можно считать ту, которая связана с многообразием объекта познания и системой права, например: социология уголовного права, социология семейного права, социология государственного (конституционного) права, социология административного права и т. д. (см.: Адыгезалова Г. Э. Основные понятия социологической юриспруденции : монография. Краснодар : Кубанский государственный университет, 2017).

устройства, взаимоотношениях между властвующими и населением и пр.¹ Вместе с тем, наука конституционного права является сравнительно молодой ветвью юриспруденции в сравнении с его классическими дисциплинами, относящимися к частному и публичному праву.

Тем не менее, можно сказать, что изначально формирующаяся наука конституционного права развивается под влиянием социологической мысли. Отчасти следует солидаризироваться с утверждением о том, что в отличие от науки гражданского и уголовного права², где социологический компонент всегда воспринимался как чужеродный и противопоставляется догме права, для науки государственного права почти всегда было естественным выявлять связи между нормами права и общественными отношениями³. Отмечается также, что на всем пути своего развития наука конституционного права «всегда была тесно связана с другими науками – с философией, социологией, с религиозными воззрениями»⁴. С последним утверждением действительно можно согласиться, поскольку уже в античности, к примеру, была заложена традиция связывать содержание политической и экономической жизни с формой государства (Платон, Аристотель, Полибий, Цицерон). Достаточно обратить внимание на то обстоятельство, что ни один мыслитель античности не обошел своим вниманием проблему формы правления⁵.

Отмеченную особенность государствоведения можно объяснить, прежде всего, своеобразием предмета этой науки, который мало похож на предметные области других ветвей правоведения. Наличие в конституционном праве двух генеральных объектов правового воздействия – публичной верховной власти и гражданских прав и свобод объективно предрасполагает исследователя к более широкому взгляду

¹ См.: Червонюк В. И., Калинин И. В., Назарова И. С. Антология конституционных учений : в 2 кн. Книга вторая. Особенная часть конституционного права. 3-е изд., доп. М., 2017. С. 255.

² Справедливости ради надо отметить, что именно представители науки уголовного права пришли к выводу о том, что состояние правовых явлений, уровень и динамика преступности зависят не только от характера законодательства, но и множества других факторов неюридического характера.

³ См.: Жуков В. Н. Социология права в России (вторая половина XIX – первая треть XX в.) : монография. М. : Юрлитинформ, 2015. С. 154.

⁴ См.: Кутафин О. Е., Козлова Е. И. Конституционное право России : учебник. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2018. С. 57.

⁵ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 4. Государственное (конституционное) устройство. Часть I. Организация верховной власти в современных государствах. М. : Московский университет МВД России, 2014. С. 222.

ду на государственно-правовую действительность, не ограничиваясь собственно юридическим подходом. Справедливости ради, надо сказать, что возникшая к концу XIX в. юридическая школа (усилиями таких немецких ученых, как Гербер, Лабанд, Еллинек), имевшая на протяжении длительного времени едва ли не самую большую популярность в государствоведении, все же ограничивала государствоведческое познание сферой правового пространства, правда, не склоняясь при этом к воинствующему позитивизму. Познание природы властвования, прав и свобод человека объективно требовало от исследователя обратить внимание на носителей властных полномочий и носителей прав и свобод, равно как и на те условия (среду), в которой эти полномочия и права осуществляются. Это обстоятельство в свою очередь predisполагало к использованию возможностей социологической науки.

Симптоматично поэтому, что с конца XIX – начала XX в. в теоретической юриспруденции возникает социологическое направление, где социологический *аспект* не просто присутствует, но в значительной мере доминирует. В исследованиях зарубежных авторов социологическое направление получает развитие в ряде учений: солидаризм (Л. Дюги, Л. Буржуа), институционализм и плюралистическая демократия (М. Ориу, Л. Леви-Брюль, Г. Гурвич, М. Дюверже) и др. Конечно, социологическую направленность в государствоведении нельзя переоценивать. В этой связи требуют уточнения утверждения о том, что «современные учебники конституционного права на Западе и у нас, как правило, определяют свой предмет в качестве своеобразного триединства: 1) конституционно-правовые нормы, 2) общественные отношения, подлежащие государственно-правовому регулированию, 3) практика реализации конституционно-правовых норм»¹. Равно как и нуждается в коррекции презюмирование того, что «здесь социологический компонент уверенно сосуществует с догматическим»².

Явным преувеличением следует признать утверждение о том, что в последующие эпохи «социологический компонент в государствен-

¹ Конституции стран : в 4 т. Т. 1–2. Часть Общая : учебник / отв. ред. Б. А. Страшун. М., 2006. С. 26.

² Жуков В. Н. Социология права в России. С. 99.

Ссылки цитируемого автора на весьма авторитетную отечественную литературу по конституционному праву не влияют на критику. К тому же, если обратить внимание на одну из таких работ, то даже при внимательном ознакомлении с ее содержанием, трудно найти темы, относящиеся к социологическому анализу проблем, рассматриваемых в этой работе (см.: Кутафин О. Е., Козлова Е. И. Государственное право Российской Федерации : учебник. М., 1999. С. 32.

ном праве – норма данной науки, никогда особенно не ставившаяся под сомнение, и при этом социологический подход расширял свое влияние по мере становления полноценного государственного права»¹. Такой вывод входит в противоречие с действительным положением дел в данной области. Скорее всего, читатель в большинстве учебников по конституционному праву (отечественному и иностранному) обнаружит доминирование традиционного подхода к анализу конституционно-правовой проблематики – анализ (с разной степенью компетентности) правовых установлений, относящихся к предмету изложения. Достаточно обратиться к теме «Избирательное право...» в учебниках по отечественному конституционному праву, чтобы найти подтверждение отмеченному. Может быть, и по этой причине юристы-государствоведы очень часто неэффективность того или иного конституционно-правового института, оценку имеющих широкое распространение в конституционном пространстве негативных явлений связывают исключительно с несовершенством конституционного законодательства. Соответственно и выход из такого состояния видится исключительно в принятии новых законов, изменении Конституции, учреждении госструктур, призванных осуществлять более действенный контроль за исполнением законодательства, и т. д.

Между тем, как отмечал дореволюционный государствовед В. В. Ивановский, «изучать государственное право следует только во взаимосвязи с фактическими отношениями, подлежащими правовому регулированию»². По справедливому утверждению историка и социолога Н. И. Кареева, «старое государственное право или возводило в принцип действующее законодательство, или искало нормы, по которым можно было бы перестроить действительность, и пользовалось фактами действительности для иллюстрации или доказательства своих положений, а не для установления общих законов, коим подчиняются явления государственной жизни во всех странах и во все эпохи. Для него юридические нормы значили все, фактические же отношения имели мало значения. Оно смешивало задачи чистой и прикладной науки, плохо иногда отличая последнюю от политического искусства, т. е. непосредственного применения на практике правил прикладной политики. Особенно под влиянием социологии в области государствоведения стало обнаруживаться стремление сделать политическую жизнь предметом чистой науки в смысле такой же общей теории государства, какую по отношению к народному хозяйству является теоретическая политическая экономия»³.

На дозу присутствия социологического в конституционном праве оказывает влияние страноведческий фактор. Если для современного конституционного права стран германской ветви континентального права, а равно государствоведческой мысли англо-американских

¹ Жуков В. Н. Социология права в России. С. 154.

² Ивановский В. В. Учебник государственного права. Казань, 1910. С. 18.

³ Цит. по: Червонюк В. И., Калинин И. В. Назарова И. С. Антология конституционных учений : в 2 ч. 3-е изд., доп. М., 2016. Ч. I. С. 201.

стран, характерно придерживаться традиций юридической школы в государствоведении, то страны романской ветви конституционного права придерживаются иной методологической позиции¹. В частности, французская доктрина на одно из первых мест в конституционном праве выдвигает политическую власть и политический режим; современная итальянская литература придерживается еще более широкого подхода к оценке предмета конституционного права: его специфика усматривается в регулировании политического поведения².

Социологическое видение конституционного права в значительной мере предопределено фактором *конституционализации*. Социологический контекст объективно требуется в формировании социального правового государства, предполагающего утверждение не только в норме, но и в реальной жизни конституционной ответственности публичных властей и их должностных лиц перед гражданами в отношении выполнения конституционно возложенных на них обязанностей.

С социологизацией конституционного права связаны разработки проблематики прав человека. Социальный контекст понимания прав человека должен быть привнесен и в массовое конституционное правосознание, позволяющее утвердить понимание действительно конституционно существующей (признанной на высшем законодательном уровне) связи между публичной властью и носителями прав и свобод. В указанном смысле публичная власть связана правами и свободами, права не дарованы властью, напротив, власть связана в своей деятельности содержанием этих прав; принимаемые законы, их содержание обусловлены конституционными правами и свободами и не могут входить с ними в противоречие; принятие законов вопреки этому конституционному императиву означает умаление или отмену тех прав и свобод, которыми наделены граждане. Социальный контекст прав человека указывает одновременно и на формирование ответственной личности, самоограничивающей собственное поведение в конституционном пространстве и ответственно относящейся к использованию конституционно-правового ресурса.

В рассматриваемом контексте с социологической точки зрения принципиально важно установление объективно складывающихся между различными конституционными явлениями и процессами за-

¹ Подробнее об этом см.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. I. Введение в конституционное право. М. : Московский университет МВД России, 2008. Ч. I. С. 77–81.

² Цит. по: Сравнительное конституционное право. С. 13–19.

конов или закономерных связей¹, например между формой правления и принципом разделения властей, формой правления и государственным режимом, устройством парламента и реализацией принципа народного (общенационального) представительства в принимаемых парламентом законах и др.

С позиции социологии конституционного права в оценке конституционно-правовых явлений особое значение приобретает вопрос о совместимости «формального» и «материального» аспектов, т. е. того, что уже получило признание в основном законе страны, и реального проявления юридически должного в конституционной практике. Совместимость формального и материального в оценке институтов конституционного права формы государственного правления углубляет представления о природе конституционно-правовых явлений, позволяет уяснить, выявить и оценить те ее характеристики, которые либо в самой общей форме получили конституционное оформление, либо не получили «позитивного» признания. Невнимание к данному аспекту порождает серьезные издержки в исследовании конституционно-правовых феноменов. Подтвердим это, в частности, на примере исследования формы государственного правления².

Так, консерватизм формы правления как части формы государства сформировал и консервативное отношение к данной проблеме. Ряд ученых (И. Л. Волошенко, С. Б. Глушаченко, Д. А. Ежов, Я. М. Опритов и др.) утверждает, что форма правления «малосодержательна» и не оказывает сколько-нибудь значительного влияния на содержание и характер осуществляемых государством функций, в то время как имеющее характер закономерности соответствие структурной организации государства его функциям, по существу, аксиоматично. По этой же версии считается, что однажды заданная модель устройства государственной власти остается неизменной в течение длительного времени, тогда как государственный (политический) режим, характер государственной деятельности оказываются динамичными, изменяющимися под влиянием политических, экономических, социальных и иных причин. Однако политическая практика целой группы стран доказывает, что под влиянием указанных причин происходят определенные изменения и в организации государственной власти, отражаемые в понятии «эволюция формы правления». Соответственно трансформирующимся целям, задачам государства, его деятельности эволюционирует и структурная организация государственной власти. При этом эволюция формы государственного правления отражает такие необратимые изменения в структуре и организации верховной власти, которые, хотя и отличаются качественными изменениями, тем не менее, сохраняют признаки преемственности прежнего устройства государства. В конституционно-правовом контексте это находит отражение в уточнении статуса высших органов государства, закреплении в основных законах новых форм их взаимодействия, усилении (или ослаблении) контрольных механизмов и

¹ Закон, по утверждению известного социолога П. А. Сорокина, есть фиксация человеком часто повторяющихся связи между фактами. Он помогает человеку ориентироваться в мире бесчисленных фактов (Сорокин П. А. Историческая необходимость // Социологические исследования. – 1989. – № 6. – С. 136).

² См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 4. М. : Московский университет МВД России, 2014. Ч. 1. С. 255.

пр. Понятие эволюции формы правления тем самым принципиально отличается от радикальной, революционной ее трансформации, при которой полностью утрачивается связь между вновь возникшей и прежней формами правления.

Исследование с государствоведческих позиций формы государственного правления в единстве ее формальных и материальных признаков позволяет точнее оценивать наблюдаемые повсеместно в практике различных стран допустимые «отклонения» от ее (формы правления) «классических стандартов, представленных как конституционными течениями, так и современной политической практикой различных стран. С этой точки зрения становится возможным точнее оценить и конституционную модель формы правления современного Российского государства с учетом всей совокупности социальных, этнических и исторических предпосылок: степени развития экономической системы, социальной структуры населения и его этнического состава, уровня политической и правовой культуры, соответствия государственного устройства страны традиционным воззрениям и психологии широких масс и ряда других факторов¹.

С позиции социологии конституционного права становится возможным познать формирующуюся конституционную практику различных стран, под которой следует понимать обобщенный опыт реализации принципов, норм, институтов конституционного права. В процессе изучения конституционной практики становится возможным познание целей действия конституционно-правовых норм и фактических результатов их реализации, оценка эффективности конституционно-правовых норм, легитимности законов. Через познание практики можно получить реальное представление о конституционном строе, структуре государства, особенностях институтов гражданского общества состоянии прав и свобод человека и гражданина, формах осуществления народного суверенитета, порядке организации и деятельности органов государственной власти, действенности гарантий местного самоуправления. Именно конституционная практика, реальная конституционно-правовая жизнь показывает, насколько эффективна и совершенна сложившаяся в государстве национальная конституционная система, в чем проявляются ее недостатки и пр.

В контексте социологии конституционного права конституционно-правовую практику не следует отождествлять с конституционными правоотношениями, как это нередко представлено в учебной и научной литературе. По характеру конституционно-правовых отношений можно сделать ошибочный вывод, что норма эффективна, достигла поставленной цели, реализовалась в точном соответствии с ее содержанием. В то же время изучение социологическими методами реальной конституционно-правовой жизни позволяет выяснить действительную природу конституционных установлений, их действен-

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 4. М. : Московский университет МВД России, 2014. Ч. 1. С. 256.

ность и реализуемость¹. Познание конституционно-правовой практики дает объективное представление о результатах действия правовых установлений, фактически достигнутых целей этих установлений.

Вместе с тем, утверждение о том, что «знакомство в учебном курсе с конституционно-правовой практикой под таким углом зрения представляется более важным, чем изучение догмы права², вряд ли можно признать истинным. Как это доказано доктриной, не следует противопоставлять сущее – должному, социологический подход – нормативному³. Конечно, общество нуждается в непрерывном системном изучении фактических реалий, их тенденций и закономерностей, которые складываются на основе норм конституционного законодательства, в связи с чем солидаризация отечественных и зарубежных государствоведов в вопросе о том, что изучение только законов, внутригосударственных и международных договоров и даже судебных решений еще недостаточно, чтобы дать полную картину состояния и динамики конституционного права как отрасли национальной системы права, что для этого требуется знание той среды, в которой действуют нормы конституционного права, представляется оправданным. Верно и то, что необходима, прежде всего, точная информация о том, как применяются и модифицируются эти нормы в деятельности законодательных, исполнительных и судебных органов государственной власти каждой страны, необходимо знать конституционно-правовую практику, выступающую критерием определения эффективности норм права, их непосредственной действительности. Однако социология, как и догма, есть составные, взаимодополняемые и взаимозависимые части единой науки конституционного права.

Социология конституционного права предстает как многосоставная отрасль знания, под эгидой которой инкорпорированы различные научные комплексы и соответствующие им научные методы познания конституционно-правовой действительности: теория политической практики, психология конституционного права, методы информационного права, конституционная экономика, теория и методы рецепции государственно-правовых моделей развития в условиях гло-

¹ О применении социологического инструментария в конституционном (юридическом) исследовании см.: Червонюк В. И. Прикладная юриспруденция и прикладные методы научного исследования в юридических науках : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя, 2017. С. 111.

² См.: Конституционное право: университетский курс : учебник : в 2 т. Т. 1 / под ред. А. И. Казанника, А. Н. Костюкова. М. : Проспект, 2015.

³ См. об этом: Червонюк В. И. Прикладная юриспруденция и прикладные методы научного исследования в юридических науках. М., 2017. С. 237–269.

бализации, методы анализа конституционного права в контексте его преемственности и инновационного развития, метод экстраполяции, юридические технологии «правовая инженерия», математические методы, конституционная статистика и статистические методы анализа, конкретно-социологические методы¹.

§ 5. Сравнительно-правовой и страноведческий подходы к изучению конституционного права

Метод сравнительного изучения относится к числу наиболее распространенных в юриспруденции, политологии, истории. В государствоведении использование принципа компаративизма (от фр. *comparer* – сравнивать, сличать) привело к обособлению в конституционном праве части курса, обозначенного как «Общая часть».

Как справедливо отмечают компаративисты, применение сравнительного метода подчинено логической предпосылке, а именно сравнимости понятий и явлений, которые хотят сопоставить. Бессмысленно сравнивать два радикально разнородных явления, как и два идентичных. Недостаточно для сравнения и терминологическое сходство².

По мнению отдельных исследователей, значимость сравнительно-правового метода обусловлена тем обстоятельством, что не существует всемирного конституционного права как некоего общего стандарта конституционализма для всех без исключения современных государств³, а есть лишь национальные конституционно-правовые системы отдельных стран с их специфическими особенностями и индивидуальным своеобразием. Одной из важнейших задач науки сравнительного конституционного права (прежде всего, ее общей части) является выявление общего и особенного в развитии этих систем⁴.

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Прикладная юриспруденция и прикладные методы научного исследования в юридических. М., 2017. С. 222.

² Карбонье Ж. Социология права. М., 1986. С. 220.

³ С этим утверждением можно согласиться с некоторыми оговорками. Институт прав и свобод практически во всех демократических государствах без исключения как раз и формируется под влиянием сложившихся в данной области международных стандартов. Международный Билль о правах конституционные системы таких государств воспринимают в том формате, как это изложено в текстах фундаментальных актов о правах человека. Таким же образом существуют универсальные стандарты относительно проведения свободных выборов, справедливого судебного разбирательства. Словом, в некоторых своих проявлениях международное конституционное право все же формируется. Что касается регионального уровня, то, скажем, на Европейском континенте такое право для государств – членов Евросоюза представлено Лиссабонским Договором. Следовательно, корни сравнительно-правового анализа в конституционном праве не предопределены отмеченным фактором.

⁴ См.: Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М.: Норма, 2007. С. 18.

И достигается это, в первую очередь, путем сравнительного сопоставления конституционно-правового строя, конституционно-правовых институтов различных стран, равно как и их конституционных систем в целом. С помощью этого метода облегчается и объективная оценка места и роли опыта каждой страны в развитии конституционного права и науки о нем. На этой основе наука сравнительного конституционного права имеет возможность выработать практические рекомендации по совершенствованию конституционного законодательства в соответствующей стране. Кроме того, происходящее на протяжении всей истории развития человечества, а в особенности в последние несколько веков, активное взаимопроникновение правовых систем существенно влияет на развитие конституционного права в каждом отдельном государстве, стирает многие различия, сближает концептуальные подходы.

Сравнительно-правовой метод, несмотря на то, что сравнительное конституционное право обособилось от конституционного права относительно недавно, известен с античных времен и связывается с именем Платона и Аристотеля. Суть данного метода заключается в сопоставлении конституционно-правовых явлений, процессов, например сравнение устройства парламентов нескольких стран, применяемой в этих странах законодательной процедуры, типов избирательных систем, конституционных средств и механизмов защиты прав и свобод и др. Результатом применения данного метода является получение нового государствоведческого знания. Так, в вышеприведенном примере на основе анализа парламентских структур возможно выявление существующих тенденций в данной сфере, определение оптимальных для данной конституционной среды форм парламентского контроля в отношении исполнительной ветви власти.

Реформирование и совершенствование конституционной практики невозможно без сопоставления сходных объектов познания, существующих одновременно или разделенных известным периодом времени. В ходе исследования сравнению могут быть подвергнуты государства, публичные органы власти (их модели), конституционные системы отдельных взятых стран и отдельных континентов или одной и той же страны на разных этапах ее конституционной истории. При этом для поиска истины необходимо анализировать количественные и качественные стороны объекта, его теоретические и эмпирические характеристики. Широкое привлечение возможностей сравнительно-правового метода может привести (и приводит) к появлению новых научных дисциплин, если в ходе таких исследований изучается определенная совокупность относительно самостоятельных закономерностей государственно-правовой сферы, не входящих непосредственно в предмет традиционных юридических наук. Следовательно, реформирование и совершенствование государственно-политической конституционной практики невозможно без сопоставления сходных объектов познания, существующих одновременно или разделенных известным периодом времени.

В компетентной государствоведческой литературе обращается внимание на то, что сравнение должно проводиться по двум основаниям: по институтам и по функциям. При институциональном сравнении в основе лежит институт права, например сопоставление института роспуска парламента в различных странах с так называемым «парламентским правлением» или избирательных систем со сходными партийными системами и т. д.¹ Сравнение по функциям применяется для оценки функционирующих сходных институтов разных стран, например деятельность института омбудсмана в странах обще-

¹ См.: Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть : учебник для студентов юридических вузов и факультетов. М. : Волтерс Клувер, 2006. С. 22–29.

го права и государствах Северной Европы¹. Сравнительный метод дополняется сравнительно-историческим методом, значение которого состоит в том, что он требует сопоставления национальных конституционно-правовых систем не только в статике, т. е. с точки зрения достигнутого на данный момент, но и в исторической динамике, с точки зрения их возникновения и развития. В этой связи конституционная история проблемы имплицитно присутствует в конституционно-правовых исследованиях.

Страноведческий подход представляет собой систематический анализ конституционно-правовых проблем отдельно взятой страны без обращения к методу сравнительно-правового анализа. На основе данного метода строится изучение отечественного конституционного права².

В «чистом» виде применение в отдельности каждого из рассмотренных методов почти не встречается; «присутствие» каждого из них в государствоведческих исследованиях определяется исследовательскими задачами, методологической оснащенностью исследователя. В то же время в научной практике сложилось своеобразное условное «разделение» сфер научного анализа: часть исследователей занимается преимущественно или исключительно проблематикой отечественного конституционного права или иностранного конституционного права отдельно взятых зарубежных стран, в то время как другая часть свои научные интересы устремляет в область освоения общего (сравнительного) конституционного права.

¹ Примером применения сравнительно-правового метода является анализ моделей прокуратуры в зарубежных странах (Ендольцева А. В., Галустьян О. А., Сыдорук И. И. и др. Прокурорский надзор : учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». 6-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2012), законодательного производства (Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах. Ч. II. Законодательные производства : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России, 2012), форм государственного правления (Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 4. М., 2014), избирательного законодательства и избирательных систем (Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Избирательное право. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017), конституционной юстиции (Червонюк В. И. Конституционный судебный процесс. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017).

² На основе применения данного метода одним из авторов, в частности, подготовлены следующие работы: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран зарубежных государств : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015; Червонюк В. И. Конституционное право России. Общая и Особенная части : учебник для магистрантов. 2-е изд., пересм., перераб. и доп. М. : ИРЭ, 2015. 1228 с.

§ 6. Принцип историзма в конституционно-правовых исследованиях История конституционных учений как наука и учебная дисциплина

Исторический метод в конституционно-правовых исследованиях

Принцип историзма основывается на понятии феномена «история», имеющего двоякий смысл: во-первых, отображающего то, что уже произошло, и, во-вторых, это объяснение или интерпретация событий и фактов. История в этом значении соотносится с понятием исторического знания – знания, образующего наиболее крупный пласт научных знаний современной цивилизации. «Конституционное право Российской Федерации» и «Конституционное право зарубежных стран» базируются на обилии нормативного материала, конституционных текстах, предполагает освоение обучающимися огромного массива литературных источников. Поскольку объектом познания изучаемой науки конституционного права выступают не только обоснование и развитие теории и методологии конституционного права, но и осмысление его истории, эволюции или путей, форм, истоков формирования и развития конституционно-правовых институтов¹, то обращение к государствоведческому наследию прошедших эпох – обязательное условие освоения преподаваемого курса. Это обстоятельство предопределяет необходимость обращения в равной степени как к истории развития конституционных институтов, так и к истории теории конституционного права (государствования). И хотя выделение в структуре преподаваемых юридических дисциплин истории конституционных учений (истории теории конституционного права) – вопрос будущего, тем не менее, ознакомление обучающихся с богатым интеллектуальным наследством конституционного права (государствования) является необходимым условием изучения курса.

На первый взгляд может показаться, что издания по истории политических и правовых учений², в последнее время – по теории государства и права, уже «сделали свое дело», соответственно и необходимость в предлагаемом подходе к исследованию проблематики консти-

¹ Подробнее см.: Червонюк В. И. Конституционное право России. М., 2003; Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 1. Ч. 1. М., 2008.

² Несомненно, наиболее фундаментальными из таких работ представляются много-томные издания антологии мировой политической и правовой мысли (см.: Антология мировой политической мысли : в 5 т. / рук. проекта Г. Ю. Семигин. М. : Мысль, 1997; Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / рук. проекта Г. Ю. Семигин. М. : Мысль, 1999.

туционного права не является острой. Принятие такой позиции, по меньшей мере, грешило бы против истины. Отмеченные издания, равно как и издаваемые по истории философии права, истории политической науки, несомненно, важны. Однако они не перекрывают предметную область собственно конституционного права.

Отбор литературных источников и систематика предложенного в них материала обусловлены, прежде всего, предметной областью теории (философии) права. Соответственно антология политических и правовых учений в силу характера предмета истории политических и правовых учений, традиционно признаваемой историей общетеоретического правоведения, преимущественно выступает антологией философии права. Материал, касающийся истории теории конституционного права, безусловно, представлен, но весьма избирательно: преимущественно для того, чтобы отобразить по возможности всю палитру идей мыслителя, ученого соответствующего периода (научной школы). Однако такой обзорный характер изданий, не позволяет читателю получить более или менее полную информацию относительно интересующего его института конституционного права. Не решают данной проблемы и аналогичные издания по теории государства и права. К слову сказать, даже в наиболее авторитетных из упомянутых изданий государствоведческая проблематика представлена далеко не полно. В частности, в изданных учебниках по истории политических и правовых учений нет даже упоминания об А. Д. Градовском и его трехтомном курсе конституционного права, равно как нет упоминания о работах В. В. Ивановского, М. И. Свешникова, В. М. Гессена, И. А. Андреевского, А. Эсмана, И. К. Блюнчли, плеяде толкователей английской конституции (У. Бэджгот, У. Блэкстоун, Г. Брэктон, А. Дайси)¹ и многих других действительно крупных отечественных и зарубежных государствоведов. Крайне скупо оценивается (а в отдельных авторитетных изданиях даже не упоминается) государствоведческое наследие Г. Еллинека, фрагментарные суждения можно найти и о пятитомном издании конституционного права Л. Дюги. Труды С. Пуфендорфа, связанные с концептуальным оформлением теории естественного права применительно к учению о правах и свободах, были едва ли не самыми популярными работами в европейских вузах в течение ни одного столетия после его кончины. Надо хорошо «постараться», чтобы найти хотя бы самые общие све-

¹ Имеются в виду работы: «Трактат о законах Англии» Г. Брэктона (1250), «Комментарии законов Англии» У. Блэкстона (1565), «Английская конституция» У. Беджгота (1865), «Основы государственного права Англии» А. Дайси (1909).

дения об этих, вызвавших неподдельный интерес, работах¹ в современных историко-политученческих изданиях.

Специальное обращение к истории конституционных учений необходимо и для того, чтобы восстановить истинные представления относительно природы ныне едва ли не однозначно воспринимаемых тех или иных конституционных учреждений и механизмов. Это касается оценки института народного представительства, принципа разделения властей, юридической природы формы государственного правления и многих других, относительно которых в теории конституционализма существовали различные взгляды и подходы. Отмеченным объясняется актуальность и полезность специального анализа истории теории конституционного права, а вместе с этим и подготовка систематизированных антологий конституционно-правовой мысли.

Помимо прочего, «легитимация» такого рода дисциплины обусловлена и обстоятельствами методологического свойства – необходимостью обеспечения «чистоты» общей юриспруденции. Увлекаясь собственно проблемами учебного характера, теоретики права нередко склонны работать и «на чужом поле». По этой причине приспособление, скажем, общетеоретических изданий к потребностям преподавания конституционного права (шире – его изучения) ведет к упрощению (схематизму) в освоении фундаментальных категорий государственного (прежде всего, категории «государство») как общей юриспруденцией, так и конституционным правом, порождает путаницу в умах обучающихся. К тому же государствоведческий крен в теории государства и права плохо согласуется с природой общетеоретической «ветви» правоведения. Такие проблемы, как форма государственного правления и территория государства, государственный суверенитет, государственная символика, органы государственной власти (прежде всего, высшие органы государства), принципы и природа государственной власти (в особенности верховной власти), ее формы, механизмы «сдержек» и «противовесов» публичных властей и другие целиком охватываются предметом конституционного (государственного) права. Очевидно, что предметное размежевание все же необходимо. История теории конституционного права могла бы выполнять функцию «межевых знаков».

Предложение изучающему курс конституционного права обратиться к осмыслению в контексте предмета дисциплины богатейшего государствоведческого наследия, несомненно, имеет мировоззренческий

¹ Прежде всего, главный труд С. Пуфендорфа «О праве природы и праве народов в восьми книгах», популяризированный в последующем в форме учебного издания «Об обязанностях человека и гражданина по естественному праву в двух книгах». К сожалению, российский издатель на этот труд пока не обратил внимания.

эффект. Такой подход к преподаванию направлен на познание обучающимися демократических принципов и институтов конституционного права, развитие у них аналитического мышления, умения полемизировать по сложным вопросам, основываясь при этом на специальном познании истории проблемы. На этой основе становится возможным сформировать у обучающихся развитое конституционное мышление, убежденность в безусловном приоритете конституции в национальной правовой системе, внутренне осознанную готовность неукоснительного соблюдения ее норм и принципов. Через освоение апробированного мировой конституционной практикой богатейшего кладезя идей, взглядов и представлений относительно важнейших институтов конституционного права становится возможным внедрить в сознание обучающихся непреходящие и не «отягощенные» временем идеи конституционализма, верховенства конституции и права, прав и свобод человека и гражданина, народовластия, государственного суверенитета, функционирования государственной власти на основе принципа разделения властей и др. Тем самым в процессе преподавания конституционного права становится возможным и решение более отдаленной, но очень важной задачи: придать восприятию ценностей конституции, конституционных институтов глубокий личностный смысл.

Первые шаги в реализации поставленной и отстаиваемой здесь идеи уже, можно сказать, отчасти реализуются¹, хотя предпринятые меры требуют признания конституционалистами и организаторами учебного производства в юридических учебных заведениях.

Биографический метод в конституционно-правовых исследованиях

Философ Древней Греции Плутарх считал, что нужно писать не столько историю, сколько биографии. Именно биографии, по его мнению, способствуют живому, личностному наполнению исторического материала, так как берется вся человеческая жизнь во всей ее сложности и многообразии². Метод, называемый в науке *биографиче-*

¹ Объективацией этих мер можно в определенной мере считать подготовленные автором три издания антологии конституционных учений (Червонюк В. И., Калинин И. В., Назарова И. С. Антология конституционных учений : в 2 кн. / под общ. ред. В. И. Червонюка. 3-е изд., доп. М., 2017).

² Обращение к биографиям как к основным научным источникам было характерно для китайской исторической науки. Жизнь общества, а также весь исторический процесс понимались в Китае как совокупность индивидуальных биографий. В древней истории Китая существовал постоянный раздел – «Жизнеописания». Он содержал биографии самых разных исторических личностей: от принцев крови и высокопоставленных сановников до отшельников. Особое внимание к человеческой индивидуальности характерно и для буддийского учения, в центре проблематики которого стоит человек.

ским, относится к числу не вполне разработанных и освоенных, к той области научного знания, которую обозначают «междисциплинарным пространством» или «общеметодологическим арсеналом». Соответственно данный метод одновременно – исторический, генетический, психологический, антропологический, герменевтический, социологический и культурологический¹. Биографический метод широко применяется в историко-политученческих исследованиях. Считается само собой разумеющимся при анализе творческого наследия ученого более или менее обстоятельно изучить его жизненный путь.

В эпистемологии биографический метод (от лат. *biographia* – через жизнеописание) характеризуют как метод исторического подхода к творцам произведений культуры, науки и философии, при котором объектом исследования становятся жизненная и идейная траектория авторов, воплощающаяся в личных документах (автобиографиях, биографиях, переписке и др.)² Задача метода усматривается в понимании субъективной стороны общественной жизни, выявлении типов

¹ В юридических исследованиях этот аспект иногда абсолютизируется, вследствие чего значительная часть работы, что в особенности касается диссертационных исследований, посвящается изложению жизненного пути исследователя, между тем как его биографы уже добросовестно эту работу выполнили.

² См.: Маршакова-Шайкевич И. В. Биографический метод // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М. : Канон+ РООИ «Реабилитация», 2009. С. 87.

По мнению автора статьи в «Эпистемологии...», уже первые исследования истории философии строились на основе доксографии, где в центре внимания было описание мнений различных мыслителей, объединенных в философские школы. Отмечается, что история искусства эпохи Возрождения началась с книги Д. Вазари, содержащей описание 161 биографии (Жизнеописания наиболее знаменитых живописцев, ваятелей и зодчих. 1550. М., 1956–1971. Т. 1–5). В истории естествознания биографический метод впервые был использован Д. Ф. Араго (Биографии знаменитых астрономов, физиков и геометров. Спб., 1859–1861. Т. 1–3). В обобщенном виде данный метод был представлен В. Дильтеем как один из методов понимания в «науках о духе», противостоящий методам каузального и аналитического объяснения в естествознании (Дильтей В. Введение в науки о духе // Собр. соч. М., 2000. Т. 1). Для него это метод рефлексивного осознания духовной жизни в гуманитарных науках (от истории до педагогики), позднее соединенный с методами герменевтики. Документы – биография и автобиография, – сохраняющие свидетельства о жизни личности и позволяющие осмыслить структуру ее действия, трактуются им как наиболее полное и совершенное осознание историчности выяснить взаимодействие между ценностями в новой для них стране и прежними установками личности, механизмы изменения их установок в процессе приспособления к новым условиям. В 20–30-е годы XX в. биографический метод широко использовался (Г. Д. Лассуэлл, Ч. Х. Кули, Дж. Г. Мид). В этот же период времени биографический метод стал использоваться социальными науками, прежде всего – социологией и социальной психологией (см.: Маршакова-Шайкевич И. В. Биографический метод // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М. : Канон+ РООИ «Реабилитация», 2009. С. 87–88).

личности и характерных для них интерпретаций социальных процессов и явлений. При этом данный метод основан на исследовании личных документов (писем, автобиографий, дневников, мемуаров), в которых находит свое выражение личное отношение к пережитой или переживаемой общественной ситуации.

Суть метода биографических исследований состоит в изучении человеческого содержания культуры, при котором объектом исследования становится личность в культурном контексте. С рассматриваемых позиций без осмысления биографий, их сущностного и личностного контекста любое исследование культуры становится схематичным набором идей и концепций, теряет тот импульс, который необходим для понимания духовных процессов. Вполне обоснованно обращается внимание на то обстоятельство, что через биографии или жизненные истории возможно вернуть в поле зрения науки те зоны, которые были уведены на задний план или оставлены без внимания. При этом биография личности представляет собой непрерывную последовательность событий, связанных с определенным «персонажем-носителем». В этом смысле каждая биография соприкасается с историей, которую можно рассматривать как суммарный результат взаимодействия множества индивидуальных биографий.

Утверждение о том, что «идеи могли существовать и представлять активную силу только в умах конкретных людей», что они «могут оживать только в личностях, и изучать их возможно только «в их индивидуальной углубленности, в лице их типичнейших представителей» (М. О. Гершензон), действительно актуализирует использование данного метода в юридических исследованиях вообще, в исследованиях по конституционному праву в частности. Особенно значимо обращение к данному методу при анализе идей, теорий, концепций и концептов, обоснованных тем или иным исследователем ушедшей от нас исторической эпохи. Понимание истории самого исследователя, культурно-исторической среды его бытия помогает лучше понять и природу описываемого им явления государственно-правовой жизни, помещая это явление в ту среду и те условия, в которых находился сам ее автор.

§ 7. Конституционное право зарубежных стран как учебная дисциплина и ее значение для подготовки юристов

Система учебного курса конституционного права зарубежных стран предопределяется многообразием конституционно-правовых институтов и конституционно-правовых систем в соответствии с избранным подходом к преподаванию учебного курса.

Согласно одному из таких подходов конституционно-правовые институты рассматриваются, базируясь на компаративистском методе. В этом случае определяющее значение имеет выделение специфических особенностей, свойственным конкретным институтам конституционного права в отдельных странах. Иными словами, предмет конституционного права составляет изучение конституционно-правовых институтов¹.

Сходным с этим подходом является построение системы учебного курса, обоснованное А. А. Мишиным². При таком подходе построение курса на основах сравнительного метода предполагает органическое слияние в новом качестве общего и особенного, свойственного различным государствам, одновременное применение аналитических и синтетических приемов исследования.

Между этим подходом, обозначаемым как синтетический (А. М. Арбузкин), и отмеченным выше, хотя и существуют определенные различия, но в целом методология преподавания курса мыслится одинаково.

Несколько иной подход к преподаванию предложен в коллективной работе «Иностранное конституционное право». В ней предлагается изучать конституционно-правовые институты применительно к отдельно взятым странам³.

Каждый из отмеченных подходов в той или иной вариации может находить применение, в том числе ориентируясь на профиль вуза, объемы выделяемых часов на изучение конституционного права зарубежных стран. Но самое главное, это зависит от структурирования всей системы конституционно-правовых дисциплин, преподаваемых в вузе. Так, при возможном обособлении в отдельную дисциплину так называемого общего конституционного права вполне приемлем

¹ См.: Сравнительное конституционное право / отв. ред. В. Е. Чиркин. М., 1996; Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М.: Норма, 2007; Шаповал В. Н. Сравнительное конституционное право. Киев, 2007.

² Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник. М., 1996.

³ Иностранное конституционное право / под ред. В. В. Маклакова. М., 1996.

подход, при котором вслед за преподаванием российского конституционного права может читаться курс иностранного конституционного права. Если говорить о наиболее распространенной (может быть, не самой приемлемой) модели построения курса, то это так называемый комбинированный способ, охватывающий общую характеристику конституционно-правовых институтов и их анализ применительно к конкретным странам, или изложение проблем конституционного права по так называемому страноведческому принципу¹.

При этом подавляющее большинство учебников сориентировано на анализе всего нескольких стран, как правило, США, Великобритании, Франции, ФРГ, Италии, Испании и еще 4–5 государств Азии и Америки. За редким исключением в учебной литературе не представлен анализ конституционного права стран Арабского Востока, Южной Азии, стран Африки, Австралии и Океании. Скупой представлена характеристика конституционного права стран Восточной и Северной Европы. Такой избирательный подход не представляется оправданным, он не позволяет обучающемуся получить сколько-нибудь полное представление о современной конституционно-правовой карте мира.

Предпринимаются попытки несколько с иных позиций выстроить систему учебного курса. В частности, предлагается на основе использования «некоего агрегированного критерия», в соответствии с которым целесообразно изучение конституционно-правовых институтов множества государств или нескольких групп типологических государств. С позиции этого подхода предполагается выделение типичных институтов конституционного права, свойственных такой группе стран. Автор, правда, оговаривает, что пока наука не выработала критериев такой типологизации, то это остается проблемой будущего². Заметим, что отчасти эта проблема в отечественном конституционном праве решается³, хотя, конечно (вне связи с трудностью обосно-

¹ См.: Конституционное право зарубежных стран : учебник для вузов / под общ. ред. М. В. Баглая, Л. М. Энтина. М., 2000; Конституционное (государственное) право зарубежных стран : в 4 т. Т. 1–2. Часть общая : учебник / отв. ред. Б. А. Страшун. 3-е изд., обновл. и дораб. М., 2002; Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Особенная часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 2-е изд., обновл. и дораб. М., 2006.

² См.: Арбузкин А. Конституционное право зарубежных стран : учебное пособие. М. : Юристъ, 2005. С. 22.

³ См.: Златопольский Д. Л. Государственное право зарубежных стран Восточной Европы и Азии : учебник для вузов. М., 2000; Михалева Н. А. Конституционное право стран СНГ. М., 2002; Хаким Ф. И. Конституционное право стран Ближнего Востока (Иран, Египет, Израиль, ОАЭ, Ирак). М. : Изд-во РУДН, 2001.

вания критериев типологизации), решение этой проблемы находится в начале пути.

Думается, что выбор модели преподавания конституционного права зарубежных стран следует рассматривать во взаимосвязи с преподаванием отечественного конституционного права. Очевидно, что традиционное преподавание конституционного права России, а затем конституционного права зарубежных стран неизбежны повторами, дублированием материала. Получается так, что в обоих курсах выделяется общая часть, тем самым отмеченные повторы, что называется запрограммированы. Вполне возможно, что целесообразно вначале обучения преподавать общее конституционное право, затем отечественное и на завершающем этапе – иностранное конституционное право. Такая модель преподавания применяется на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова¹.

Изложенное позволяет обратить внимание на два обстоятельства. Во первых, очевидно, что при любой модели преподавания конституционного права из общего курса нельзя изымать проблематику, традиционно относимую к конституционному праву зарубежных стран. Во-вторых, очевидно, что преподавание конституционного права в любых его версиях должно быть обеспечено добротной общей частью, в значительной мере позиционируемой со сравнительным конституционным правом.

¹ См.: Проблемы преподавания конституционного и муниципального права / под ред. С. А. Авакьяна. М. : Изд-во МГУ, 1999. С. 16; Богданова Н. А. Конституционное право. Общая часть : тезисы лекций и задания к семинарским занятиям. М. : Пер СЭ, 2007.

Глава 2. КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО КАК ОТРАСЛЬ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА

§ 1. Понятие предмета конституционного права в зарубежных странах как отрасли права. Своеобразие страноведческого подхода к оценке предмета конституционного права

Более 5 тыс. лет существует государство и право. Конституционное право – его молодая ветвь. При этом вне зависимости от величины территории государства, численности его населения конституционное право (как, впрочем, и иные структурные нормативно-правовые общности) есть атрибут национальной правовой системы всякого государства. И огромные по территории и численности населения государства (например, Китай с его 1,5-миллиардным населением, уже перешагнувшая за 1 млрд населения Индия, равно как и такие крупные по численности населения государства, как Бразилия, США, Россия и многие другие), и государства-карлики (к примеру, в Океании – Республика Науру с 10-тысячным населением; в Европе – Лихтенштейн, Люксембург, Андорра; в Африке – Свазиленд, Марокко) имеют правовые системы, составляющей которых является конституционное право.

Конечно, сохраняющееся многообразие политических и социально-экономических систем, разнообразие культур и конституционных традиций у разных народов существенно влияют на содержание этой ветви права. Вместе с тем, при существующих политических, социальных, экономических различиях наблюдается общность в существовании единых для всех стран институтов публичной власти, функционирование которых порождает и постоянно воспроизводит потребность в обособлении в составе национальных правовых систем особого массива норм, обслуживающих их (институтов публичной власти) функционирование.

Это обстоятельство, а также необходимость обеспечения (правда, в различной степени для разных стран) приоритетов и ценностей человеческой личности, обеспечения конструктивного взаимодействия или конституционного партнерства институтов государства и гражданского общества определяют значение конституционного права: наличие конституции как генерального или основного акта в правовой системе страны и комплекса законодательных актов, закрепляющих основополагающие отношения, связи, интересы и ценности общества, государства и личности.

Следует иметь в виду, что конституционное право не образует синтетической, единой для всех или многих стран отрасли права. Это часть национальной правовой системы; соответственно в каждой отдельно взятой стране действует «свое», национальное конституционное право: конституционное право Франции, Португалии, Польши, Бельгии, Украины, Швеции и т. д. В этом можно усматривать принципиальное различие между конституционным и международным правом, которое в отличие от первого остается наднациональной системой права. Однако в составе конституционного права всякого государства имеется некий массив однородных норм международного права, инкорпорированных в национальные правовые системы. Такие нормы приняты международными организациями, составляют международное (региональное, европейское) право и одновременно образуют сегмент национального права в тех государствах, которые признали их для себя обязательными.

Не углубляясь здесь в полемику о названии отрасли права (а она, если не превращается в схоластический спор, отражает предметные сферы действия отрасли), отметим, что сфера регулирования конституционного права – конституционное пространство, а главный источник данной отрасли – национальная конституция. И хотя конституционное право не сводится только к конституции (воспринимаемой формально-юридически, т. е. в качестве основного закона), можно предположить, что свое название оно получило от особого юридического документа – конституции, именуемой еще (если пренебречь строгостями) основным законом страны. Во всяком случае, в самом первом приближении это утверждение может быть воспринято за исходное.

На нынешнем этапе правового развития уже мало кто спорит о правомерности выделения конституционного права в составе национальной системы права. Спорят об особенностях данной отрасли. В отечественной юриспруденции отрасль права подразделяется в зависимости от предмета и метода правового регулирования. Это не единственные критерии, но, можно сказать, первичные, по ним происходит узнавание той или иной отрасли права в структуре национального права. По данной версии конституционное право также характеризуется особым предметом и методом регулирования.

Точнее говоря, отраслевые особенности конституционного права предопределены комплексом специально-юридических характеристик. С этой точки зрения специфика конституционного права обусловлена:

- а) предметом правового регулирования;

- б) методом (методами) правового регулирования;
- в) особенной нормативной структурой;
- г) особенными видами правоотношений, прежде всего, распространенностью так называемых общерегулятивных правоотношений;
- д) наличием особенного охранительно-принудительного инструментария: специфических санкций, особого вида юридической ответственности – конституционной ответственности;
- е) особенным понятийным аппаратом, или конституционной лексикой.

В традиционном представлении под предметом правового регулирования принято понимать определенную совокупность единых в своей социальной сущности и природе общественных отношений, которые регулируются нормами данной отрасли¹. Отсюда при оценке предмета правового регулирования обычно выделяют группу общественных отношений, отличающихся однородностью и едиными родовыми признаками. Это значит, что идентифицируемые с отраслью права однородные отношения имеют свой родовой объект правового регулирования или им же (отношениям) соответствующий набор определенных, защищаемых нормами данной отрасли ценностей. Точнее сказать, это группа обособленных специфических интересов (которые с полным правом можно обозначить конституционными интересами), которые требуют особой государственно-правовой регламентации, выступают объектами конституционно-правовой защиты.

Таким образом, выделение отрасли права означает, что ей соответствует свой, особый вид отношений. Отсюда конституционному праву соответствуют специфические конституционные отношения, основой которых являются соответствующие им конституционные интересы. В чем особенность таких отношений и по каким основаниям их следует квалифицировать в качестве конституционных?

При оценке концептуальных взглядов на проблему предмета конституционного права в отечественной и зарубежной литературе обозначились два подхода, которые правомерно обозначить как монистический и плюралистический.

Соответственно монистическому подходу предметом конституционного (государственного) права – организация государственной власти, или организация государства. В этой связи отметим, что уже в дореволюционном государствоведении распространенной являлась

¹ Красавчиков О. А. Категории гражданского права. Избранные труды : в 2 т. М. : «Статут», 2005. Т. 1. С. 28.

точка зрения Н. М. Коркунова, определявшего науку государственного права «как учение о юридическом отношении государственного властвования». Этой позиции придерживались и другие, не менее известные государствоведы того времени. Подобный подход имел широкое распространение в науке государственного права советского и постсоветского периодов.

Несомненно, что аргументы сторонников данного подхода имеют реальные основания и действительно оттеняют сущностные характеристики конституционного права. Ведь в отличие от других отраслей права одним из главных предназначений конституционного (государственного) права является то, что оно призвано выступать юридической основой формирования и осуществления государственной власти. Конституция, конституционное законодательство исторически потому и возникают, что появляется острая необходимость «связать» государственную власть правом, законом, ввести ее в правовые рамки, придать цивилизованный характер функционированию системе власти. Конституционное право в этом (конституционном) смысле есть нормативное закрепление идеи правового государства, подчинение государства праву, верховенству конституции и закону, обеспеченное государством и реализованное через властеотношения представительных и непосредственных форм.

Таким образом, с позиции монистического подхода организация государства (государственной власти) и связанная с этим совокупность наиболее типичных отношений по поводу учреждения, функционирования государственных институтов, собственно, составляют предмет конституционного права. Государство, государственная власть и есть главное в предмете конституционного регулирования и назначении конституционного права.

Представители континентального права, в особенности ее германской ветви, в своем большинстве также исходят из сведения предмета данной отрасли к государственной организации. Правда, данный подход отличается существенным своеобразием. Что небезынтересно, и представители науки конституционного права Франции настаивают на том, что «конституционное право – это нормы, касающиеся установления, передачи и осуществления политической власти»¹.

В новейшей литературе анализируемая позиция получила развитие в фундаментальной работе украинского ученого, исследователя британской Конституции В. Н. Шаповала. В его понимании для характеристики конституционно-правового (государственно-правового) регулирования исходное значение имеет категория политики – сфера существования государственной власти в обществе, соотносимая с высшими органами государства. Статус этих органов установлен в конституции, в связи с чем правоотношения с их участием придается политическое качество. При этом высшие органы государства наделены наиболее значащими полномочиями и реализуют функции, часть из которых сочтена с категорией политики (законотворчество и государственное управление), они правомочны принимать (издавать) действующие в пределах всей территории государства универсальные акты. Такие акты объективно приобретают определенный политический смысл, а часть из них имеет прямое политическое назначение. Особо акцентируется внимание на том, что все публично-правовые отрасли регулируют отношения государственного властвования, т. е. отношения, связанные с организацией и осуществлением власти в государстве (включая местного самоуправления), тогда как предметом конституционного права является лишь часть этих отношений, а именно те из них, которые реально имеют политический характер. Конституционное право как отрасль, заключает автор, – это совокупность юридических норм, которые регулируют государственно-политические отношения властвования².

¹ Прело М. Конституционное право Франции. М., 1957. С. 22.

² См.: Шаповал В. Н. Сравнительное конституционное право. Киев, 2007. С. 12.

Позиция данного автора, хотя и имеет аналогию в дореволюционной и советской государственноведческой литературе, тем не менее отличается и существенной новизной или, правильнее сказать, определенностью. Действительно, выделение тех правоотношений, субъектами которых выступают высшие органы государства, а их объектом является политика, обособляет конституционные правоотношения в системе иных публично-правовых связей, указывая одновременно и на существование отличного от других отраслей права (прежде всего, административного) и однопорядкового им комплекса норм, квалифицируемых как конституционное право.

Очевидно, отмеченное верно и не подлежит оспариванию. Автор точно связывает предмет с категорией политики, по поводу которой возникают отношения властвования. Тем самым обособляется та предметная область отрасли, которая отделяет ее от административного права и сходных отраслей права. Однако этот подход, имеющий распространение в отечественной литературе, не отвечает на вопрос о том, почему конституционное право возникает только в определенных исторических условиях. Ответ, как об этом будет сказано далее, скрывается в титульных особенностях (закономерностях) государственного и общественного строя, видоизменивших саму власть. Эти особенности предопределены следующими фундаментальными факторами: 1) связанностью власти правом; 2) подчинением государства контролю общества (вследствие формально-юридического признания народа собственником (носителем, источником) власти)); 3) конституционным признанием гражданских прав и свобод, обременением вследствие этого государства обязательствами их обеспечения – признания, соблюдения и защиты.

Монистический подход не отвечает также на вопрос, касающийся эволюции конституционного права. Феномен конституционализации – распространение действия конституционных норм на ранее не урегулированные ими сферы – отнюдь не связан с характером высших органов государства и государственной политикой (хотя и не остается к этому безучастным). Напротив, сама эта политика меняется под влиянием конкретных обстоятельств социального, экономического и иного порядка. Так, вовлечение в предмет конституционного регулирования статуса политических партий, негосударственных институтов (типа социально-экономических советов и пр.) влияет на характер всей государственной власти. Конституционное право закрепляет эти институты и оформляет их в национальных конституциях.

Как-то оказывается за пределами внимания данного подхода система народовластия (народного или общенационального представительства). Законодательная власть полностью оказывается совместимой с органом, ее осуществляющим – парламентом. Прямые формы осуществления народовластия оказывается не просто включить в эту схему. Следовательно, отношения властвования (как об этом писали еще в начале XX в.) не являются единственными объектами конституционного анализа. Хотя это действительно важнейшая составляющая всей системы конституционного права.

Плюралистический подход основывается на признании множественности объектов конституционного регулирования. В представлении сторонников данного подхода, который утвердился в качестве господствующего в современной отечественной литературе, конституционное право определяет не только организацию государства, но и самый широкий круг вопросов внутригосударственной жизни и межгосударственного характера: правовое положение личности, социально-экономический строй, политическую систему, систему органов власти, территориальную организацию страны, форму ее правления, общественные объединения и др. По этой версии все сферы общественной жизни так или иначе подвержены конституционно-правовому

воздействию. Те из них, которые имеют наибольшее значение, собственно и составляют предмет конституционного права¹.

Таким образом, с позиции как монистического, так и плюралистического подходов группы специфичных для них отношений не являются ирреальной областью; в анализируемых подходах концентрированно определены те объекты конституционного регулирования, по поводу которых возникают и эволюционируют конституционные правоотношения. Они (подходы), несомненно, раскрывают содержательные характеристики конституционного права, указывают на его особенности. В то же время и монистический, и плюралистический взгляды не связывают предмет отрасли с истинно социальным и гуманистическим предназначением конституционного права. Между тем именно это обстоятельство имеет методологическое значение и, по существу, определяет характер предмета конституционного права, а вместе с этим и нормативный состав отрасли в структуре национального права.

Действительно, как порождение принципиально новой системы общественного и государственного устройства – конституционализма – конституционное право изначально призвано было утвердить и гарантировать гражданские права и свободы (для нарождающегося класса буржуазии это было тем условием, при котором только и возможно было утвердить экономические свободы и новый экономический строй, базирующийся на инициативе, предприимчивости, собственности, личных свободах, т. е. на тех фундаментальных ценностях, которые презюмировались гражданскими правами и свободами), и с этой целью сформировать такую организацию публичной власти, функционирование которой полностью отвечало данной цели – идее прав человека.

Признание приоритетным объектом конституционного регулирования, его системообразующим началом, своего рода конституционной доминантой личность, ее права и свободы отвечает истинному предназначению конституционного права. Иное понимание лишает его качества особой составляющей в структуре национального права. Закрепляя (признавая) в законодательстве права и свободы, государственная власть тем самым ограничивает сферы, формы, методы своего влияния на гражданскую жизнь общества. Права и свободы в этом (конституционном) смысле выступают юридическими инструмента-

¹ Сущность такого подхода наиболее отчетливо представлена в работе: Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. М. : Юристъ, 2006.

ми подчинения власти праву. Закрепление признаваемой мировым сообществом некоей совокупности гражданских прав и свобод в национальной конституции означает, что государственная власть подчиняет себя интересам общества, воспринимает на себя обязательства служить общим интересам.

Итак, в сущностном (концептуальном) значении обобщенно можно выделить два главных объекта конституционного регулирования: 1) гражданские права и свободы; 2) публичную власть (ее организацию, структуру, порядок формирования, компетенцию). Отсюда конституционное право предстает как система норм, регулирующих отношения, связанные с обеспечением прав и свобод человека и гражданина и осуществлением публичной власти в различных областях общественной жизни – в сфере политики, экономики, социальной и духовно-культурной областях. Поэтому применительно к конституционному праву точнее вести речь не о предмете регулирования, а о *предметных сферах действия конституционного права*. Многопредметность сфер действия конституционного права обусловлена: а) содержанием конституционных прав и свобод – гражданских, политических (публичных), социальных, экономических и культурных, а также процессуальных; б) деятельностью публичных институтов власти в тех же сферах по поводу обеспечения конституционных прав и свобод. Реализация (охрана, защита) конституционных прав и свобод граждан и осуществление в этой связи государством, иными властными структурами конституционных обязанностей по обеспечению этих прав и свобод образуют предметные области конституционного регулирования. Одновременно выделяются сферы действия конституционного права, обусловленные конституционными обязанностями граждан и их объединений, а равно применением государством конституционно установленных ограничений и запретов.

Таким образом, главное и определяющее в предмете конституционного права связано с тем, что оно отражает конституционную действительность, в которой права и свободы и обеспечивающая их публичная власть имеют системообразующее и конституирующее значение для всего нормативного состава конституционного права. Так, именно конституционные права определяют меру свободы, закрепляют правовое положение личности в соответствующих отраслях права. Правовой статус граждан в трудовом, семейном, гражданском, административном и других отраслях права основывается на провозглашенных и гарантированных конституцией правах: праве на труд, отдых, социальное обеспечение и др. Точно так же компетенция ор-

ганов законодательной власти, управления и правосудия выступает основой правового статуса этих органов в области административного, финансового, земельного, уголовного процессуального, гражданско-процессуального и других отраслей, обеспечивает единство и согласованность их (органов) правового положения в конкретных отраслях правового регулирования.

Спорные проблемы предмета конституционного права. При кажущейся определенности в вопросе понимания предмета правового регулирования существует множество неясностей в понимании того, что подлежит урегулированию¹. Вопрос о том, что является объектом (предметом) правового регулирования, до настоящего времени остается открытым. Юристы мало задумываются над тем, что действительно является таковым, между тем как этот вопрос является принципиально важным. В отечественном правоведении данная проблема, по существу, не возникала. К ней обращались редко, поскольку ключевая в марксизме категория «общественное отношение», казалось бы, снимала всякие сомнения по этому вопросу. Для юристов, представляющих общетеоретическую ветвь правоведения, или относящихся к «отраслевикам», почти однозначен вывод о том, что общественные отношения – единственный предмет правового регулирования, они же одновременно и объект научного познания². В юридической теории предмет оценивается как метаюридический, лежащий вне пределов правовой материи.

Неудовлетворенность общетеоретическими выводами относительно предмета правового регулирования и понимание необходимости переоценки традиционных подходов назрела в отраслевой литературе. В отечественных публикациях 1980-х годов отмечалось, что «развитие права и юридической науки в настоящее время подошло к тому уровню, при котором общее определение объекта правовой охраны и предмета регулирования в самом общем виде как общественных отношений уже не может удовлетворить ни теорию, ни прак-

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Структура права: закономерности формирования и развития (в девяти выпусках). Предисловие и выпуск первый. Категория системы права в общей юриспруденции // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – № 2. – С. 18–25.

² Парадоксально, но сказанное почти 100 лет назад верно и сейчас: «Юристам кажется, что они знают, с какой реальностью они имеют дело, только до тех пор, пока их об этом не спросят. Если же их спросят, то им приходится или самим спрашивать и недоумевать, или же по необходимости решать один из труднейших вопросов теории познания» (Спекторский Е. В. Философия и юриспруденция // Юридический вестник. – 1913. – Кн. 11. – С. 84).

тику»¹. Сказанное в особенности актуально для конституционного права, имеющего существенные отличия от иных отраслей права.

Достаточно распространенное и не лишнее оснований мнение о жесткой привязанности (генетической зависимости) права от существующей системы отношений может быть воспринято, но лишь на самом высоком философском уровне. Для юридической практики утверждение о предопределенности нормативного состава отрасли ее предметом или отношениями, не будучи операционализированным, мало что дает. Отсюда при исследовании предмета правового регулирования наука не отвечает на вопрос, что должно пониматься под предметом, а в лучшем случае указывает на то, что было установлено в виде предмета, притом представляя это как некую данность. Путаница в данном вопросе приводит к одному и тому же – периодически объективируемому на страницах отечественной юридической литературы ортодоксальному выводу об отказе от категории отрасли права как основного подразделения в структуре национального права.

Думается все же, что речь должна идти не об «отмене» отрасли права, а об уточнении ее предметного поля – обосновании тех жизненных реалий, которые детерминируют ее возникновение в системе права и обуславливают ее (отрасли) нормативное содержание. Иное понимание превращает мир права в то, что Рудольф фон Иеринг называл «юриспруденцией понятий»: национальный законодатель, часто следуя политической целесообразности и действуя эмпирически, создает не обусловленные действительными общественными потребностями конструкции, которым юридическая наука *post festum* дает обоснование и «моральное» оправдание. Именно это наблюдается в случае с понятием предмета правового регулирования.

То, что далеко не всегда существует прямая зависимость между реальными отношениями и действующим законодательством, видно на примере конституционного права. Как показывает анализ конституционно-правового регулирования ряда зарубежных стран, принятие базовых законодательных актов в сфере действия конституционного права часто диктуется не сложившимися отношениями, а иными обстоятельствами, никак не связанными с характером этих отношений. По этой причине наблюдается ситуация, когда принимаются вполне демократичные конституции в странах, где отсутствуют демократические порядки. Отмеченное характерно и для «обычных» законов.

¹ Коржанский Н. И. Понятие непосредственного объекта преступления // Советское государство и право. – 1978. – № 1. – С. 84.

Рецепция норм и институтов конституционного права, свойственная странам с устоявшимися конституционными традициями, в страны, где такие традиции отсутствуют, приобрела характер явления. В результате этого расхождение между фактически складывающимся конституционным правопорядком (фактической конституцией) и формально существующим конституционным законодательством (юридической конституцией) сохраняется весьма значительное. Но эти «ножницы» между сущим и должным в таком случае, что называется, запрограммированы. Поэтому весьма спорно расхожее утверждение о том, что «право не просто форма общественных отношений, но своеобразный слепок общества. Отсюда логика становления и развития права повторяет логику самого общества. Выделение конституционного права сродни формированию в обществе публичной власти. Конституционное право – публично-правовой организатор»¹. Конечно, заманчиво сделать вывод о том, что конституционное право повторяет логику общественного развития, оформляя в своих нормах то, что имеет аналог в реальной жизни. Однако то, что казалось бы хорошо в теории, не всегда воспроизводимо реальной конституционной практикой. Поэтому принятие в ряде стран с формирующейся демократией законов, к примеру о политических партиях, почти всегда не соответствует политическому и партийному уровню развития этих стран. То же самое можно сказать об избирательном законодательстве: вначале принимается избирательный закон, нормы и институты которого заимствованы из опыта других стран, а затем «задним числом» оформляется избирательная система, которая не согласуется с действительной для данной страны избирательной практикой.

Таким образом, конституционное право не всегда и не во всем следует за действительным развитием. Общественные силы, стоящие у власти и персонифицирующие себя с государственной властью, применяя юридический инструментарий по своему усмотрению, часто диктуют иной ход «конституционного развития», выдавая собственные интересы через конституционные институты как интересы конституционные. Понятно, что в основе всех этих процессов лежат не объективно складывающиеся отношения, а интересы вполне определенных социальных групп. Вследствие этого выбор юридических средств (методов) регулирования, исходя из традиционного понимания предмета регулирования, весьма затруднителен.

¹ См.: Конституционное право России : учебник / отв. ред. А. Н. Кокотов и М. И. Кукушкин. М. : Юрист, 2003. С. 111.

Восприятие интересов в качестве предмета правового регулирования (предметных сфер действия права) имеет ряд несомненных преимуществ. Не останавливаясь на этой проблеме, отметим лишь, что при таком подходе в предметных сферах действия права выделяются своей определенностью конституционные интересы. Обоснование критериев их выделения позволит четче структурировать предметные сферы основных отраслей права. Дальнейшая дифференциация интересов хорошо уживается с общим структурированием права, его дифференциацией и интеграцией.

Отсюда понимание отношений в качестве предмета регулирования не может быть признано удовлетворительным: за ними (отношениями) оказываются скрытыми истинные намерения политического класса, хорошо «упакованные» в абстрактное понятие «отношения». Если же обратиться к действительному содержанию общественных отношений, к тому, что находится в их «глубине», что предопределяет характер отношений и их регуляторов, то такой субстанцией оказываются интересы.

Соответственно объектом (предметом) конституционного права выступают имеющие конституционное значение интересы. Иницируя поведение, деятельность, интересы предопределяют (в буквальном смысле формируют) модели взаимоотношений социальных субъектов. Отношения, таким образом, выступают формой, в которой находят удовлетворение интересы взаимодействующих субъектов.

В процессе законопроектной работы подлежат выяснению: собственное содержание интереса, или его потребности, объект – то благо (ценность), ради достижения которого требуется реализация интереса, субъект (носитель) интереса, тип интереса (совпадающие, конкурирующие, взаимоисключающие и др.), юридические средства достижения результата, форма выражения интереса, способы его реализации, а также вытекающие из характера зависимости интереса, его типа, содержания и прочие модели возможных действий его (интереса) носителей. При выяснении субъективной стороны интереса уяснению подлежат цели, мотивы, воля носителя интереса.

Становится возможным точнее учесть в правовом регулировании средства и способы реализации интереса. Интерес выступает в качестве непосредственной основы правовой активности, непосредственным источником сознания субъекта и его поведения. Реализация интересов всегда преследует достижение определенного результата. Результат же есть объективированная цель субъекта. Наступление вредных последствий не является фатальным. Законодатель обязан стремиться если не полностью их исключить, то во всяком случае минимизировать возможность их наступления. В ином случае правовое оформление интереса способно привести к наступлению большего вреда, чем пользы. Цель, способы и средства удовлетворения интереса, таким образом, моделируют возможные действия, поступки, поведение человека. Эти обстоятельства и должны получать нормативное закрепление. Важно их учитывать в законодательной деятельности, чтобы легализовать правомерные способы и, что особенно важно, заблокировать использование неприемлемых средств и способов реализации интереса. Правовая технология реализации интереса – неотъемлемый атрибут правовой регуляции.

Интересы хорошо «уживаются» с нормами права, т. е. их нормативным оформлением. «Правовые нормы по отношению к интересам одновременно выступают: а) формой государственного познания; б) юридической формой их выражения, закрепления и формой существования; в) специфическим средством охраны и развития. Через закрепленные в нормах интересы государство способно стимулировать одни потребности и блокировать другие.

Таким образом, именно специфические интересы, а не общественные отношения составляют содержание предмета правового регулирования (предметных сфер действия права). Вместе с тем, связь предмета правового регулирования с отношениями не утрачивается при таком подходе. Реализация интереса порождает соответствующие действия (деятельность, поведение) их носителя; столкновение с интересами взаимодействующих с ним (находящимися в зависимости) субъектов порождает отношения – следствие реализованного (реализуемого) интереса. Будучи порожденными интересами и деятельно-

стью субъектов, отношения продолжают свое существование уже вне зависимости от них и таким образом оказывают обратное воздействие на интересы и деятельность. Это обстоятельство во всей марксистской литературе возведено в абсолют. Отсюда отношениям придано доминирующее значение в системе описанных феноменов. Между тем, влияя на интересы и деятельность, отношения оказываются зависимыми от них. Изменение в содержании интереса и обусловленной им деятельности ведет к их прекращению или изменению, или порождает новые отношения. В указанном смысле отношения следуют за интересами, производны от них.

Отмеченное свидетельствует о правомерности признания интересов в качестве предмета правового регулирования – предметных сфер действия права.

Для конституционного права сделанный вывод имеет особое значение. Ведь именно интересы и лежащие в их основании ценности и цели выступают субъективной предпосылкой и движущим фактором реализации прав и свобод. Интересы отдельной личности, общества и государства в конечном счете – объективный критерий и основной ориентир определения пределов осуществления гражданских прав и свобод.

Таким образом, можно сказать, что конституционное право «имеет дело» с конституционными интересами, которые и выступают предметом правового регулирования в сфере его (конституционного права) действия. Выявление, учет и закрепление всего многообразия таких интересов чрезвычайно важно. Конституционные, или основные интересы позиционируют основные (конституционные) ценности (жизнь, здоровье, безопасность, неприкосновенность, конфиденциальность частной жизни гражданина, гражданский мир и согласие, демократическую государственность, государственную целостность, ответственность публичных властей перед гражданами и др.), выражены в конституционной правосубъектности, правах и свободах человека и гражданина (нормативно закрепленных в конституционном законодательстве или иным образом признанных, в том числе через общепризнанные принципы и нормы международного права)¹, ориен-

¹ Конституционные интересы могут иметь и доправовое значение, получая правовое признание иным способом, кроме законодательного. Но это не значит, что конституционные интересы и конституционные права и свободы жестко разделены, как полагает В. И. Крусс. «На конституционном уровне, – отмечает он, – различие прав и свобод, с одной стороны, и интересов – с другой, проявляется особенно наглядно. Каждому человеку и гражданину принадлежат одни и те же (по смыслу и содержанию) неотчуждаемые права и свободы. Конституционные интересы различных лиц могут быть различны по содержанию, объему, «интенсивности», только качественно оставаясь при этом тождественными, т. е. конституционными» (Крусс В. И. Теория конституционного правоупотребления. М. : Норма, 2007. С. 168).

Предлагаемый подход к оценке конституционного интереса, думается, снижает его

тированы на общее благо и общую пользу. В этом (конституционном) измерении конституционные интересы более всего совпадают с общими интересами. Можно предположить, что конституционные интересы представляют своего рода конституционный эталон, критерий для оценки меры согласования (баланса) публичных и частных интересов. С этим обстоятельством связана проблема конституционализации общественных отношений – вовлечение в сферу конституционного регулирования тех отношений, которые ранее по каким-либо причинам или не подлежали правовому урегулированию, или были урегулированы нормами других отраслей права.

Факторы, предопределяющие особенности предмета конституционного права в зарубежных странах. Существенным фактором, определяющим состав и характер конституционных правоотношений, является тип и уровень демократии, утвердившийся в той или иной стране. Понятно, что в условиях плебисцитарной демократии складывается особый тип взаимоотношений между публичными институтами власти и населением, не характерный для других режимов. В условиях утверждения так называемой «управляемой» демократии формы взаимодействия публичных властей с населением приобретают специфический оттенок.

С типом и уровнем демократии напрямую связано функционирование одного из основных объектов конституционного права – государственной власти, шире – всей системы публичной власти. Именно по этой причине в разных странах государственная власть осуществляется различными методами, институтами, существует поэтому разный конституционный фон (аура) реализации власти¹. Это об-

научно-категориальное значение. Интересы, выраженные в праве, с одной стороны, и подлежащие закреплению в его нормах – с другой, конечно, различны. Но в том и преимущество интереса, получившего всеобщее (законодательное) признание, что он определенным образом «усреднен», приведен в соответствие с подобными ему классом интересов и таким образом «очищенный» от случайностей, возвышается над индивидуальным и групповым интересом. При всем том, что конституционные интересы выражают основные жизненные цели человека, общностей людей, будучи конституционно признанным, такой интерес отвлекается от каких-то индивидуальных особенностей. Именно потому, что он получает качество всеобщего, т. е. общего для всех интереса и заключена его методологическая значимость. В данном качестве конституционный интерес может быть признан «общей категорией по отношению к особым категориям интересов публичного и частного» (В. И. Крусс).

¹ В этом можно найти объяснение как несущественных, так и существенных различий существующих политических (государственных) режимов. Амплитуда таких различий между отдельными странами по этому основанию колеблется в диапазоне от несущественных до принципиальных, или типологических. Это обстоятельство объ-

стоятельство придает специфику конституционно-правовым институтам страны, хотя по названию они могут и не отличаться (глава государства, парламент, правительство, суды). Соответственно возникают особые отношения, они требуют особых методов правового воздействия, складываются специфические правовые институты, а равно и политические структуры, их реализующие.

Предмет конституционного регулирования зависит от формы правления: монархической (Великобритания, Япония, Саудовская Аравия); республиканской (США, Франция, ФРГ, Бразилия). Так, отношения, которые складываются между британской Коронай, Парламентом и исполнительной властью специфичны для Соединенного Королевства Великобритании в силу присущей этой стране особенной формы правления. Очевидно, что такие же особенности специфичны для государств с президентской и парламентарной, президентско-парламентарной и парламентарно-президентской формами правления. Иногда в пределах одной разновидности формы правления наблюдаются существенные отличия. Это в особенности характерно для мусульманских государств, причем как с монархической, так и республиканской формой правления. Действие религиозного фактора в этом случае существенным образом видоизменяет республиканскую форму правления, принципиально влияет и на государственный (политический) режим.

Так, согласно ст. 57 Конституции Исламской Республики Иран «власть в Исламской Республике Иран осуществляется законодательной, исполнительной и судебной властями, которые функционируют под контролем абсолютного правления имама (вали-йи факих) и имамата исламской уммы». Для обеспечения принципа преемственности правления имамов Конституцией Республики учрежден институт лидера. По Конституции он наделен значительными полномочиями: определяет общую политику государства; осуществляет верховное командование Вооруженными силами; подписывает указ о назначении Президента, избранного народом; отстраняет от должности Президента с учетом интересов страны согласно заключению, вынесенному Верховным судом относительно нарушения им своих законных полномочий и др. По указу Лидера и в соответствии со ст. 112 Конституции может быть создана Ассамблея по определению государственной целесообразности. Ее прерогатива – рассмотрение переданных Лидером вопросов, а также разрешение разногласий между двумя конституционными органами – Советом по наблюдению за исполнением Конституции и Маджлисом исламского совета¹.

На содержание предмета правового регулирования влияет форма территориальной организации публичной власти. Так, федеративные государства характеризуются такими конституционными институтами, которые не свойственны унитарной форме государства. В частно-

ясняет, почему при формально сходных институтах публичной власти и соответственно государственном устройстве столь заметными являются различия государственных (политических) режимов.

¹ Манучихри А. Политическая система Ирана. СПб., 2007. С. 40–44.

сти, субъекты федерации имеют свои конституции, правовые, судебные системы. По-особому выстраиваются взаимоотношения между федеральной властью и регионами. Существуют особые конституционные механизмы разрешения возникающих коллизий. Федеративные отношения обуславливают наличие института федерального вмешательства, федеративной ответственности и др. Таким образом, федеративный характер государственности самым непосредственным образом влияет на содержание конституционно-правового регулирования.

Конституционное право зависимо от уровня социально-экономического, культурного и политического развития страны. Именно конституционные традиции, высокая политическая и правовая культура граждан и властных структур накладывают отпечаток на взаимоотношения между институтами власти, между последними и гражданами.

Исследователи конституционного права обращают внимание на то обстоятельство, что сам характер регулируемых конституционным правом отношений, их внутреннее содержание зависят от многих факторов, прежде всего от соотношения политических сил при выработке и принятии норм этого права. Эти нормы после принятия соответствующей конституции, по общему правилу, создаются государством; впрочем, в некоторых правовых системах они образуются и другими способами, а именно: путем выработки судебного прецедента или признания действия конституционного обычая.

Конституционное право регулирует самую верхушку политических отношений, т. е. базовые отношения, связанные с основами правового положения личности, основами организации государства и т. д. Многие иные политические отношения регулируются другими отраслями права.

На содержание и характер конституционного права влияет тип правовой семьи – англо-американский, континентальный или мусульманский. Это обстоятельство, в частности, предопределяет приоритет тех или иных форм (источников) конституционного права, наличие особенных институтов, обеспечивающих их действие.

Так, в соответствии со ст. 93 Конституции Исламской Республики Иран в целях защиты установлений государства, основанных на вере и религии, предупреждения от всякого рода отклонений в ходе развития, а также защиты Конституции от противоречий с постановлениями Маджлиса исламского совета был создан постоянный независимый орган – Совет по наблюдению за исполнением конституции. Принципиально важно то, что без Совета по наблюдению за исполнением конституции решения Маджлиса исламского совета (Парламента страны) не имеют законной силы. Совет состоит из 12 членов, избираемых сроком на 6 лет:

- 1) 6 факихов, которые назначаются Лидером;

2) 6 правоведов – специалистов в различных областях права, представляемых Маджлису исламского совета Главой судебной власти для последующего избрания в Совет по наблюдению за исполнением Конституции.

Основная и важнейшая задача Совета – выявление несоответствия утвержденных Маджлисом исламского совета законов нормам ислама и Конституции и устранение этих и других противоречий¹. Такая конструктивная особенность в механизме государственной власти влияет на характер законодательной деятельности и содержание законодательного процесса, в конечном счете – на складывающиеся между высшими органами государства отношения, соответственно определяет систему конституционных органов, механизм конституционного регулирования.

Особенности страноведческого подхода к оценке предмета конституционного права. Обоснованный общий концептуальный подход к предмету конституционного права имеет общее значение для всех конституционных систем. Вместе с тем, своеобразие отдельных государственно-правовых систем, обусловленное особенностями их исторического развития, отражается и на особенностях предмета конституционного права в этих странах. Соответственно при оценке предмета конституционного права зарубежными исследователями отмечается большой разброс мнений. При этом, что вполне объяснимо, в одной и той же стране нередко сосуществуют разные, конкурирующие между собой школы и направления. Обобщенно в вопросе понимания предмета конституционного права выделяют несколько различных концепций, каждая из которых связана с определенной страной или группой стран.

В частности, британские исследователи предмет конституционного права сводят к регулированию управления государством, отношений граждан и основных органов государства, их главных функций. Исходя из назначения конституционного права, английские юристы отмечают, что конституционное право имеет дело с тремя функциями государства: оно определяет как издавать законы, как их исполнять и как защищать государство от внутренних и внешних угроз². При этом оговаривается, что в стране нет четко установившегося мнения о предмете конституционного права, суть последнего видят в регулировании управления государством, отношений граждан и основных органов государства, их главных функций³. Конституционное право нередко рассматривается как регулирование «всей системы управления», в связи с чем административное право понимается лишь как аспект конституционного права⁴.

Как и английские ученые, их американские коллеги подходят к определению предмета конституционного права с формально-юридических позиций. Различие усматривается и в объеме предмета, и в сущностном его понимании. В содержании конституцион-

¹ Манучихри А. Политическая система Ирана. СПб., 2007. С. 66–67.

² Однако, как отмечают исследователи данного подхода, на практике содержание английских курсов конституционного права сводится к анализу системы госорганов, их взаимоотношениям, правовому положению личности (Стефанкин В. А. Основы конституционного права Англии. М., 1984. С. 8).

³ См.: Wade E. G. S. and Bradley A. W. Constitutional and Administrative Law. L., 1989. P. 6. Цит. по: Сравнительное конституционное право. С. 13–19.

⁴ Adler J. Constitutional and Administrative Law. L., 1989. P. 674. Цит. по: Сравнительное конституционное право. С. 13–19.

ного права современные американские юристы выделяют следующий круг проблем: организация государственной власти, ее деятельности и функций; соблюдение законности и охрана прав граждан; разрешение коллизий конституционных принципов и гарантий основных прав; непротиворечивое развития конституционных норм при сохранении в них духа и «буквы» Конституции, особенно в судебной практике. В США считается, что конституционное право в самом общем виде (оставляя детали административному праву) регулирует управление государством, отношения граждан и правительства. Иногда к этому добавляется, что данная отрасль определяет права и обязанности управляющих (лиц и органов, управляющих государством).

Сущностью конституционного права в США признается гарантия обеспечения в обществе «фундаментальной свободы», что предполагает разграничение сфер свободы индивида и пределов действия государственной власти¹.

Сложившиеся подходы в англо-американском праве восприняты японскими учеными, имеют широкое распространение в науке англоязычных стран, бывших британских колоний. В частности, в понимании японских ученых главными составляющими в предмете конституционного права выступают организация власти (управление государством) и права человека².

С иных позиций трактуется предмет конституционного права в рамках континентального подхода. При этом наблюдаются существенные различия применительно к германской и романской ветвям.

При оценке предмета отрасли немецкая доктрина оперирует понятиями конституционное и государственное право. «Государственное право в самом узком смысле слова совпадает с конституционным, в самом широком – оно включает все, что относится к государству». (Т. Маунц, К. Деринг, Е. Штейн и др.) При этом подчеркивается, что «государственное право не идентично конституционному, так как последнее относится не только к государству, но и к общественной жизни в целом (собственность, семья, достоинство человека), хотя, с другой стороны, в конституционном праве содержатся основы государственного»; это – «право основных законов»³.

Аналогичная позиция сформулирована в семитомном курсе государственного права Германии, изданного в конце 80-х годов XX в.

¹ См.: Егоров С. А. Современная наука конституционного права в США. М., 1987. С. 17.

Соответственно несколько отлично и понимание юридического состава отрасли. В отличие от Великобритании, где нет конституционного контроля, исследования конституционных проблем в США обусловлены прежде всего анализом толкований Конституции Верховным судом США. По утверждению американских юристов, наука конституционного права – это изучение толкований Верховного суда.

² См.: Сравнительное конституционное право. М., 1996. С. 7.

³ Там же. С. 9.

Такой позиции придерживается в многотомной работе К. Штерн: «Государственное и конституционное право»: «конституционное право устанавливает правовые принципы и является частью государственного права»¹. Таким образом, делается вывод о том, что нельзя ставить знак равенства между конституционным правом и государственным правом.

Иные подходы господствуют в романской ветви континентального права. В частности, французская доктрина на одно из первых мест в конституционном праве выдвигает политическую власть и политический режим. По утверждению М. Прело, «конституционное право – это нормы, касающиеся установления, передачи и осуществления политической власти»².

В понимании иных исследователей данного подхода конституционное право: институционализация и ограничение власти (Б. Шантебу); власть, ее воплощение – государство и политический режим, который создает государство (К. Леклерк); власть, а также отношения управляющих и управляемых (И. Гюше); правила, относящиеся к власти (С. Пьер-Кап, Б. Жанно); конституционные механизмы и процедуры, которые обслуживают участников «политической игры» и являются инструментами в борьбе вокруг власти» (Ф. Ардан)³.

В понимании французских исследователей важнейшей тенденцией общественного развития является процесс институционализации⁴. В числе институтов конституционного права называют государство, профсоюзы, банки и др., а в более узком значении – различные институты государственности. С указанных позиций суть конституционного права усматривается в «регулировании политического сообщества (страны), частью которого является государство, в определении политического статуса власти и общества»⁵. Считается, что причиной такого подхода является фактическое отсутствие во французской гуманитарной науке различий между конституционным правом и политологией (В. В. Маклаков). Французская доктрина воспринята юристами бывших французских колоний.

Современная итальянская литература придерживается еще более широкого подхода к оценке предмета конституционного права: его специфика усматривается в регулировании политического поведения. Итальянский конституционалист Дж. Де Верготтини утверждает, что конституционное право обеспечивает формализацию политического поведения. Другие итальянские авторы также склоняются к более широкой трактовке, полагая, что предметом данной отрасли являются политические партии, государство, свобода личности и «социальные образования».

В представлении испанского автора Е. Г. Санчеса конституционное право намечает основные линии организации политических институтов (хотя и относит к ним правительство, парламент), это нормативный элемент конституционной системы, он «фиксирует, устанавливает, регулирует основные институты, относящиеся к общественной жизни человека»⁶.

¹ Sttrn K Staats-und Verfassungsrecht Einfuhrung in das deutsche Recht. Munchen, 1989. S. 17–18.

² Прело М. Конституционное право Франции. М., 1957. С. 22.

³ См. об этом: Grotinelli G. Note introdutiva di diritto costitutiole. Torino, 1988. P. 5, 50. Цит. по: Сравнительное конституционное право. С. 13–19.

⁴ Представляет собой создание группировками людей различных общественных институтов, которые приобретают юридическое оформление.

⁵ Piare-Caps S. Nation et peuples dans les constitutions modernes. Nancy, 1988. P. 64. Цит. по: Сравнительное конституционное право. М., 1996. С. 13–19.

⁶ Sanches E. El sistema constitutional Espanol. Madrid, 1981. P. 22. Цит. по: Сравнительное конституционное право. С. 13–19.

Специфические подходы к оценке предмета конституционного права, безусловно, характерны для конституционной доктрины многих странах, в частности, Латинской Америки. Значительным своеобразием отличаются взгляды конституционалистов из мусульманских стран.

Тем не менее, происходящее на протяжении всей истории развития человечества, в особенности в последние несколько веков, активное взаимопроникновение правовых систем существенно влияет на развитие конституционного права в каждом отдельном государстве, стирает многие различия, сближает концептуальные подходы. Так, по мнению авторов фундаментального Курса конституционного права зарубежных стран, общая тенденция заключена в том, что в современном конституционном праве доминируют общие тенденции социологизации и политизации. Презюмируется, что даже в работах английских авторов, склонных к юридизации, появляются социологические элементы: конституционное право имеет дело с ценностями общества. В предмет конституционного права включаются основы правового регулирования труда, образования, здравоохранения¹.

§ 2. Конституционализация и конституционное право

Современный этап правового регулирования отличается структурными изменениями в праве, наблюдается все более упрочивающаяся связь конституционного права и иных правовых общностей, включая право надгосударственных образований; одновременно заявляет о себе тенденция проникновения конституционно-правовых начал в отраслевое законодательство. Концентрированно отмеченная тенденция выражена в понятии конституционализации, относительно новом феномене конституционного развития. Вследствие конституционализации происходят качественные и количественные изменения в предмете правового регулирования, наблюдаются изменения в структуре и содержании используемых в законодательной деятельности средств правовой регуляции: все более заметным становится проникновение в сферы действия публичного права диспозитивных начал регулирования. Это, прежде всего, расширяющаяся сфера применения договорного права в публично-правовой сфере и обусловленное этим распространение пространства применения так называемого «мягкого» права: публичные договоры в конституционном и муниципальном праве, использование согласительных процедур в уголовном и уголовно-процессуальном праве (примирение с потерпевшим, досудебное соглашение о сотрудничестве), новейшее законодательство о введении процедуры рассрочки уплаты налога и погашения кредита

¹ См.: Mekhantar J. Droit politique et constitutionnel. 2-e ed. P., 1999.

в финансовом праве и др. Присутствие в конституционном праве гуманитарного права, несомненно, играет решающую роль в этих процессах, вследствие чего расширяется сфера действия норм и принципов конституционного права, его проникновение в иные отрасли права и отраслевое законодательство.

Конституционализация все сильнее подчиняет своему влиянию ранее недоступные зоны и участки правового регулирования. Таким образом, современный этап развития национальных правовых систем характеризуется конституционализацией – феноменом, остающимся почти непонятым для конституционной практики, лишь обозначенного доктриной. Между тем значение конституционализации одинаково важно как для научного познания тенденций всех без исключения структурных частей национального права (в особенности так называемых профилирующих отраслей права), так и для познания специальных закономерностей развития конституционного права.

В самом первом приближении конституционализацию следует связывать с пространственной сферой регулирования, а равно распространением норм и принципов конституционного права на определенный круг лиц (субъектов). В специальной литературе понятие конституционализации в контексте его пространственного измерения интерпретируется в двух значениях:

- 1) как распространение действия норм и принципов конституции страны на сферы и области, ранее не входящие в предмет конституционного регулирования;
- 2) как действие не только национальной конституции, но всего конституционного права на ранее не урегулированные его нормами и принципами отношения.

В первом случае речь идет о включении в конституционную систему норм, ранее не составлявших часть конституции, а также правовые позиции конституционного суда, которые тем или иным образом посредством распространительного толкования норм основного закона или в сформулированных им в правовых позициях конституционных новелл, которыми расширено конституционное поле действия субъектов права. Второй случай предполагает вводимые конституционным или обычным законом нормы, имеющие конституционное значение (к примеру, это ряд положений Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 3-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации», Федеральных законов от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»; от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»; от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»).

Представляется, что конституционализация есть не только (и не столько) расширение сферы (пространства) действия конституции (конституционного права), сколько уточнение действительной юридической силы конституции, ее места в структуре национального права, уточнение предмета конституционного регулирования. В данном контексте конституционализация трактуется как процесс повышения юридической силы нормативных актов и отнесение их к актам

более высокой юридической силы, а равно процесс дезавуирования отраслевых норм и придания им конституционного значения¹.

Изложенное позволяет сформулировать некоторые обобщения: во-первых, конституционализация отражает особый характер правового воздействия, при котором объект правового регулирования испытывает на себе действие норм национальной конституции и/или норм конституционного права; во-вторых, в результате конституционализации участники регулируемых отношений приобретают возможность пользования конституционными средствами и механизмами реализации и охраны принадлежащих им прав и свобод; в-третьих, конституционализация всегда предполагает перераспределение средств правовой регуляции, внедрение в правовую систему более «мягких» средств регуляции, при этом конституционализация не отменяет действие отраслевых регуляторов, но усиливает их, способствуя достижению значительно большего социального эффекта; в-четвертых, источник конституционализации заключен в природе прав человека. Именно необходимость их обеспечения и порождает действие феномена конституционализации. Так, принятие Францией Хартии охраны окружающей среды 2004 г. и отнесение ее к источникам Конституции 1958 г. одновременно означало, что экологические права граждан получили характер основных прав; соответственно их реализация, охрана и защита отнесены к юрисдикции органов, обеспечивающих действие Конституции.

Действие Конституции как части национального права не является беспредельным; точно так же вполне определенные пределы присущи конституционализации; являясь особой разновидностью нормативно-правового воздействия, конституционализация, имеет свои пределы. С формально-юридической точки зрения пределы воздействия конституции на социальные области определяются сферой и объемом самой конституции. Соответственно пределы конституционализации предопределены: а) пределами действия национального права; б) пределами действия Конституции; в) проникающими возможностями принципов конституционного права. Поскольку обнаружение конституционного смысла Основного закона – прерогатива высшего органа конституционного контроля, то, по всей видимости, еще одним критерием пределов конституционализации являются сформулированные данным органом правовые позиции. Несомненно, что возникает вопрос о юридической силе Конституционного совета. Следует поддержать мнение французского конституционалиста относительно того, что риски принятия решения без разрушения существующего конституционного порядка такого рода органами все же существуют. Пределы конституционализации, соотносимые с решениями судебного органа конституционного контроля, требуют учета позиций в этом вопросе международных судов, в частности ЕСПЧ. По мнению французских исследователей (М.-Э. Бодуэн), чтение и толкование закона Конституционным советом может не совпадать с его чтением и тол-

¹ См.: Червонюк В. И. Имплементация конституционно-правовых понятий в отраслевое (действующее) законодательство (позитивное право) как форма его конституционализации // Государственная служба и кадры. – 2014. – № 4. – С. 13–18.

кованием ЕСПЧ. Для Российской Федерации позиции ЕСПЧ в данном вопросе могут быть приняты с учетом ряда правовых позиций Конституционного Суда, в особенности сформулированных в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и второй статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского кодекса Российской Федерации».

В материально-правовом смысле объективным ограничителем конституционализации выступает природа основных прав и свобод человека и гражданина, составляющие их содержание конституционные ценности и конституционные интересы. Иначе говоря, пространство, которое может быть подвержено конституционализации, обусловлено предельными возможностями основных прав и свобод или пределами этих прав и свобод. С этой точки зрения сформулированный В. В. Невинским вывод о том, что «конституционализация социального государства возможна только до ресурсной достаточности государства», применительно к современным реалиям представляется не вполне точным, не отвечающим как сущности основных социальных прав человека и гражданина, так и современному пониманию сущности социального государства. Данный вывод не вполне учитывает особенности обеспечения прав человека. Примечательно то обстоятельство, что создание надгосударственных образований преследовало цель создания наиболее благоприятных условий для реализации прав человека. На универсальном уровне вполне привычными стали так называемые гуманитарные интервенции, позволяющие отдельным странам и народам Африки преодолеть серьезные социальные потрясения. Известно, что в 60–70-е годы XX в., когда отдельные европейские государства плохо справлялись с проблемой обеспечения социальных прав, эту функцию частично воспринял на себя Европейский союз. Действующая в контексте Лиссабонского Договора 2007 г. Социальная Хартия как раз и призвана была, наряду с национальными государствами – членами ЕС, способствовать достижению большего социального комфорта.

§ 3. Понятие и особенности метода конституционного права

Обычно о методе конституционного регулирования предпочитают не упоминать либо такое упоминание связано с отсылками к публично-правовому методу. Часто метод смешивают со способами правового регулирования (позитивным обязыванием, дозволением и запретом), что также не способствует пониманию проблемы. Иногда, стремясь утвердить самобытность при рассмотрении проблемы, конструируют собственное понимание метода, не считаясь с тем что является достоянием конституционно-правовой теории.

При оценке особенностей метода конституционного права авторы исходят из особенностей «социальной функции этой отрасли права, характеризующейся способностью гарантировать существование в действительности определенных общественных явлений» ... поэтому методом конституционно-правового регулирования является метод правового гарантирования¹. По версии данных авторов, «закрепление в учредительном акте основ конституционного строя, основ правового положения человека и гражданина, политико-территориального устройства системы органов государственной власти и местного самоуправления гарантирует их реальное существование в общественной жизни». Было бы здорово, конечно, предположить, что формально-юридическое декла-

¹ Авдеенкова М. П., Дмитриев Ю. А Конституционное право в Российской Федерации. С. 34.

рирование в конституции определенных общественных ожиданий и есть данность, конституционная действительность. С этой точки зрения наделение Российской Федерации такой конституционной характеристикой, как «социальное государство» (ст. 7) означало бы (в понимании данных авторов) достижение желаемых социальных идеалов. Взлет фантазии отрезвляет встреча с действительными конституционными реалиями.

На самом деле мы встречаемся с тем, что в конституционной теории именуется «перспективными» конституционными нормами. Конституция как выражение определенной политической философии может и, по-видимому, должна «работать на длительную перспективу», так как есть реальные предпосылки. В ином случае мы имеем дело с фиктивной конституцией – облеченной в специально-юридический акт, декларацию, которая не имеет шансов воплотиться в конституционный порядок. Кроме того, разве уголовное право не призвано иметь ту же социальную направленность, которую авторы считают специфичной для конституционного права? Ведь нормы уголовного права также призваны гарантировать определенный порядок, обезопасить общество и отдельную личность от произвола и случайностей.

Если оставить «за скобками» крайности при оценке рассматриваемой проблемы, то необходимо обратить внимание на следующее. Метод – это набор специфических средств регулирования или особое сочетание способов, приемов правового регулирования. Такие специфические средства закрепляются в нормах права.

Метод конституционного права обусловлен публично-правовым характером данной отрасли права. Ему присущи все черты публично-правового метода регулирования общественных отношений: властный характер, императивность, директивность. Обладая этими свойствами, метод конституционного регулирования находит выражение в таких правовых средствах, которые свойственны всякому методу, – он воплощается в конкретных правовых нормах: определяет конкретные государственно-правовые факты, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение и прекращение конституционно-правовых отношений; содержит указание на конкретных субъектов регулируемых отношений; вызывает вполне определенные правовые последствия. Такие нормы реализуются непосредственно адресатами либо при участии правоприменительных актов.

Еще одно принципиально важное положение. В общетеоретической и отраслевой юридической литературе общепринятым является мнение о наличии у каждой отрасли «своего» особенного и единственного метода правового регулирования¹. Между тем достаточно давно высказанная идея о том, что одной и той же отрасли права присущ не один метод правового регулирования², представляется доста-

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник для вузов. М. : ИНФРА-М, 2006. С. 314.

² Такой подход к проблеме предложен в период второй дискуссии по вопросу о системе отечественного права, проходившей в 1980-е годы (см.: Дембо Л. И. О принципах построения системы права // Советское государство и право. – 1956. – № 8. – С. 90).

точно перспективной. Анализ проблемы показывает, что и конституционному праву одновременно присущи несколько методов – один основной (публично-правовой) и ряд субсидиарных, дополняющих и развивающих основной (публично-правовой) метод¹.

Представляется, что специфика конституционно-правового регулирования заключается в использовании так называемого учредительного метода регулирования. Особенность этого метода состоит в том, что, помимо универсальных способов правового регулирования (запрещения, позитивного обязывания и дозволения), он использует специфические способы средства правового воздействия – общее установление и конституционное закрепление². Общее установление проявляется в наличии в системе конституционного права множества так называемых исходных, отправных установлений, имеющих общерегулятивный характер и выражающихся в первичных нормах права. Такие нормы содержатся как в национальных конституциях, так и конституционных, органических законах, хотя и в меньшей мере, но они встречаются и в «обычных» законах. Это нормы-принципы, нормы-дефиниции, нормы-цели, нормы-декларации и др.

Специфика общего установления и конституционного закрепления заключается в том, что они не требуют специфически юридических средств обеспечения закрепляемых норм права, т. е. юридические санкции, имеют статутный характер. Используемые конституционные средства регуляции проявляются как непосредственно (обладая свойством непосредственного, прямого действия), так и опосредованно, через конкретизацию нормативных положений в конкретизирующих законах, иных нормативных правовых актах. Это отнюдь не значит, как полагают критики, что «даже нормы-принципы, нормы-дефиниции (например, провозглашение России правовым государством) порождают целый ряд прав и обязанностей у заинтересованных субъектов права, прежде всего, у государства. Так, в соответствии с этой нормой государство должно обеспечить верховенство права и закона, соблюдение прав и свобод человека и гражданина, обеспечить разделение властей и т. д. Гражданин же, в свою очередь, вправе требовать от государства исполнения указанных обязанностей»³. Прежде всего, отметим, что ст. 1 Конституции Российской Федерации, характеризующая Россию в том числе как правовое госу-

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право России. М., 2003. С. 11–12.

² См.: Там же. С. 12–13.

³ Авдеенкова М. П., Дмитриев Ю. А. Конституционное право в Российской Федерации : курс лекций : в 9 т. Т. 1. Основы теории конституционного права. М., 2005. С. 32.

дарство, не содержит дефинитивных норм, как полагают указанные авторы, но закрепляет ряд конституционных принципов. Отсюда «домысливание», что должно государство, а что могут граждане, является ни чем иным как плодом юридических фантазий авторов. Исчерпывающий перечень таких обязательств государства предусмотрен иными статьями Конституции.

Сделанный нами вывод, конечно, не означает автоматизма действия подобных юридических положений. Как всякое нормативное образование, они подвержены общим закономерностям правового (юридического) действия, при этом формы их действия, юридические механизмы обеспечения приобретают существенную специфику в сравнении с действием норм-предписаний.

Юридическая конструкция конституционного установления и закрепления такова, что она не предполагает точно определенных (персонифицированных) прав и обязанностей конкретных субъектов участников правовых отношений – конституционные установления имеют всеобщий, универсальный характер, обращены ко всем или ко многим видам субъектов, как правило, не порождают конкретных правоотношений, реализуясь в общих конституционных отношениях. К примеру, согласно ч. 2 ст. 1 Конституции Королевства Испания от 27 декабря 1978 г. «национальный суверенитет принадлежит испанскому народу, от которого исходят полномочия государства». В соответствии со ст. 2 Конституции Французской Республики от 3 июня 1958 г. (в ред. Конституционного закона № 92-554 от 25 июня 1992 г., ст. 1) принципом Республики «является: правление народа, по воле народа и для народа». Статья 1 (1) Основного закона ФРГ от 23 мая 1949 г. устанавливает: «Человеческое достоинство неприкосновенно. Уважать и защищать его – обязанность всякой государственной власти»; «Федеральное право имеет преимущество перед правом земель» (ст. 31 Основного закона). Общие установления выступают в форме конституционного закрепления.

Особенность конституционно-правового регулирования заключается в широком использовании, наряду с типичными директивными, императивными, публично-директивными, императивными публично-правовыми средствами регуляции, так называемых «мягких» средств регулирования. Это проявляется в привлечении договорных нормативных регуляторов (такие средства выражены в международных договорах, в договорах и соглашениях, заключаемых между федеральными и региональными органами государственной власти), в исполь-

зовании конституционных обычных норм и конституционного прецедентного права. Отмеченную особенность метода конституционного регулирования следует дополнить указанием на присутствие в системе конституционного права значительного числа диспозитивных норм, что не характерно для публично-правового метода регулирования. Своеобразие интересов, находящихся в зоне действия конституционного права, позволяет к числу отмеченных методов отнести и метод согласования интересов¹.

Примечательно и следующее обстоятельство: в выборе средств правовой регуляции большое значение (не всегда определяющее) имеет предмет регулирования. Соответственно двум принципиально отличающимся группам отношений используются два типа правового регулирования: отношения, связанные с реализацией гражданами принадлежащих им основных прав и свобод, регулируются на основе общедозволительного типа регулирования («разрешено все, что не запрещено законом»); регулирование властеотношений осуществляется в соответствии с разрешительным принципом правового регулирования («разрешено то, что прямо предусмотрено законом»). Таким образом гражданам и их объединениям средствами конституционного права предоставляется максимум свободы поведения, деятельность властных структур, их должностных лиц жестко нормируется, ограничивается свобода усмотрения.

§ 4. Конституционные правоотношения: понятие, объекты и субъекты. Виды конституционных правоотношений. «Общие» правоотношения как отражение регулятивных особенностей конституционного права

Реализуя свои интересы, люди вступают в различные юридические связи или отношения. В сфере действия норм конституционного права такие отношения складываются преимущественно в связи с осуществлением публичной власти и реализацией основных прав и свобод человека.

Соответственно конституционно-правовым признается отношение, возникающее по поводу реализации гражданами и их объединениями конституционных прав, свобод и обязанностей, а также осуществления органами государственной власти конституционной компетенции.

¹ См.: Червонюк В. И., Калинин И. В. Согласование интересов как вид современных законодательных технологий // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 30–38.

Особенности конституционно-правовых отношений в том, что эти отношения возникают в сферах взаимоотношений личности и государства, органов власти различных уровней, т. е. в сфере отношений, составляющих предмет конституционного права.

Ранее отмечалось, что конституционное право охватывает своим содержанием обширные области отношений. Однако все ли они приобретают качество конституционно-правовых отношений и таким образом включаются в предмет конституционно-правового регулирования? Как известно, государственная власть осуществляется в самых различных формах и с помощью разных политических, правовых и иных учреждений. Считается, что возникающие при этом правоотношения далеко не всегда являются конституционно-правовыми. Существует мнение, высказанное крупным теоретиком конституционного права профессором А. А. Мишиным, о том, что «в процессе осуществления государственной власти иногда возникают такие отношения, которые, как правило, вообще не регулируются нормами конституционного права»; что «правлящие политические силы осуществляют государственную власть с помощью политических партий и общественных организаций, но возникающие при этом общественные отношения не всегда являются правоотношениями, так как они не всегда регулируются нормами права»¹. Такое утверждение несколько настораживает и не согласуется с природой правового государства и присущим ему общеразрешительным принципом (режимом) правового регулирования деятельности и поведения властных структур. Очевидно, что те отношения, где одной из сторон выступает орган государственной власти, изначально должны облекаться в юридическую форму. Из этого следует, что властные структуры могут совершать только такие действия и принимать те решения, которые охватываются содержанием их правоспособности. Иное толкование сопряжено с акцентом на неконституционное поведение, злоупотребление правом, властью.

Конечно, надо иметь в виду, что далеко не все отношения с участием публично-правовых субъектов требуют конституционно-правового оформления. Так, в процессе налоговой и финансовой деятельности государства складываются общественные отношения, регулируемые нормами финансового и административного права. Государственная власть в широких масштабах осуществляется в форме

¹ Мишин А. А. Конституционное право зарубежных стран : учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М. : Белые альвы, 1999. С. 8–9.

правосудия, но при этом складываются уголовно-правовые, уголовно-процессуальные отношения. Многообразная деятельность государства, его разнообразных структур в социальной, экономической областях, хотя и приобретает характер юридических связей, тем не менее, они (связи) имеют отраслевой характер и конституционно-правовыми не являются. Лишь отдельные из этих отношений в силу своей значимости облекаются в конституционно-правовую форму. Это связано, прежде всего, с необходимостью обеспечения реализуемых в этих сферах конституционных интересов.

В современных условиях государство в большей или меньшей степени вмешивается в экономическую жизнь страны. Экономическое регулирование находит свое выражение в управлении государственным сектором, в составлении и осуществлении экономических планов, программ и т. д. Если при определении принципов экономической политики государства, роли государства в экономике возникают государственно-правовые отношения, то в ходе управления государственными предприятиями и при осуществлении экономических планов складываются общественные отношения, регулируемые, прежде всего, нормами административного, финансового и гражданского права.

Государственная власть осуществляется также в области внешней политики, в процессе руководства системой народного образования, в процессе осуществления социальных функций, в области управления вооруженными силами, полицией, разведкой, жандармерией и т. д. Во всех этих случаях разнообразные общественные отношения не носят государственно-правового характера и, как правило, нормами государственного права не регулируются.

Наряду с этим, можно выделить такие формы осуществления государственной власти, в ходе применения которых возникают именно конституционно-правовые отношения. К числу таких форм относятся выборы, референдум, законодательная деятельность, а также в своей основе деятельность правительства, надзор и контроль за местными органами управления и т. д.¹

Следовательно, не все отношения (связи), возникающие в процессе осуществления государственной власти, регулируются нормами конституционного права. Исходя из этих соображений, конституционными выступают правовые отношения, возникающие между орга-

¹ См.: Мишин А. А. Конституционное право зарубежных стран : учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М. : Белые альвы, 1999. С. 8–9.

нами власти и другими субъектами конституционного права по поводу удовлетворения их интересов конституционно-правовыми средствами. Конституционно-правовые отношения характеризуются своеобразием объектов (в качестве таковых выступают свобода, жизнь, достоинство человека, целостность государства, государственная власть и др.), специфическими юридическими формами (конституция, конституционные и органические законы, конституционный договор и др.), особым составом субъектов указанных отношений. Являясь разновидностью публично-правовых отношений, конституционные правоотношения характеризуются высоким политическим потенциалом, т. е. они выступают юридической формой политических отношений и в этой связи выражают интересы разных социальных групп, коренные интересы общества в целом.

Конституционные правоотношения многообразны. В зависимости от временного фактора они могут: а) носить *длящийся, устойчивый характер* (отношения, вытекающие из гражданства, нахождения выборного должностного лица на государственной службе; принадлежности территории к данному государству и др.) – это так называемые *правоотношения-состояния* (специалисты конституционного права иногда относят их к элементам конституционной правосубъектности); б) быть *временными*, как отношения, которые возникают, к примеру, между участниками избирательного спора и судом, между сторонами, оспаривающими конституционность положений закона, и органом конституционного контроля, между избирательными объединениями по поводу их вхождения в избирательный блок на период проведения избирательной кампании и др. По содержанию конституционные правоотношения различаются на *избирательные, федеративные, муниципальные* и т. д. Они дифференцируются по субъектному составу, основаниям возникновения и др.

Не останавливаясь на детальном анализе выделения всевозможных групп конституционных правоотношений, обратим внимание на их принципиальную особенность, которая придает конституционному праву тот особый характер, который выделяет его среди иных «ветвей» права. В зависимости от характера (типа) регулирующих норм все конституционные правоотношения могут быть подразделены на два больших и предельных по уровню обобщения класса:

– имеющие конкретно-регулирующий характер (в случае, если: а) стороны такого отношения персонифицированы: кандидат на выборную должность, избирательная комиссия; субъект права законодательной инициативы, парламент (палата парламента); б) субъекты

правоотношения наделены конкретными правами и обязанностями; в) их поведение имеет конкретные юридические последствия и др.);

– имеющие общий, общерегулятивный характер, что типично для конституционного права. Подобные отношения носят *статутный* характер, выражают общее правовое состояние субъектов, их взаимоотношения, ответственность друг перед другом и государством, они характеризуют наиболее важные, существенные, стабильные отношения, образующие устои общества – отношения собственности, власти, государственного устройства, организации власти, статус личности и др., возникают непосредственно на основе конституции и действуют в течение длительного времени. Этот класс отношений не требует для своего возникновения наступления каких-либо событий, действий. Они складываются непосредственно на основе конституционных норм. Это длящиеся, статутные (закрепляют принципиальный статус субъекта) правоотношения «первого порядка» (определяют основы правопорядка, содержание иных правоотношений – Д. А. Ковачев).

Примером общерегулятивного отношения в конституционном праве выступает правосубъектность. В ее содержание обычно включают потенциальные права и обязанности, которые их обладатели могут реализовать при определенных условиях (наличии конкретных юридических фактов). Так, закрепление в национальной конституции потенциального права собственности на законодательно установленные виды имущества, землю превращается в набор правомочий по владению, пользованию и распоряжению конкретной вещью после ее приобретения. Потенциальное право избирать и быть избранным реализуется через право избирать конкретного кандидата или через право избираться в конкретный орган власти. Конституционное право на образование, по данной версии, – это лишь потенциальная возможность вступить в конкретные отношения. Получение образования как конституционная ценность (благо) оказывается достижимым при условии целого ряда конкретных обстоятельств или юридических фактов.

Суть правосубъектности – первичное правонаделение, четкое очерчивание и перечисление всего того, что субъект может и должен делать в сферах отношений, регулируемых отраслями права. Персофицированной (правообязанной) стороной в правосубъектности выступает государство. Именно на нем лежит конституционная обязанность (и обусловленная этой обязанностью конституционная ответственность) оказания содействия в реализации конституционных прав и свобод.

В связи с отмеченным можно согласиться с тем, что «наличие общих правоотношений» – одна из характерных особенностей, позволяющая «понять ведущую роль конституционного права в правовой системе государства»¹. С той лишь оговоркой, что общерегулятивные правоотношения возникают не только на основе норм конституционного права, но и на основе исходных норм права (дефинитивных, норм-принципов, норм-целей и пр.) всякой отрасли права. Иное дело, что удельный вес «общих» норм в конституционном праве более значительный. В то же время вывод о том, что «специфика конституционно-правовых отношений состоит в том, что большинство из них не содержат поименной индивидуализации субъектов права, что индивидуализация связи между субъектами права выражается в определенной всеобщности прав и обязанностей, т. е. субъектами данных отношений провозглашаются все субъекты конституционного права или вся определенная их группа»², вызывает недоумение. Если согласиться с этим утверждением, то тогда применительно к конституционному праву нельзя вести речь о субъективных правах. Но сам же автор отмечает, что «природа конституционно-правовых отношений раскрывается в содержании субъективных прав и юридических обязанностей»³. Не все акценты верны в постулируемых положениях о том, что «общему праву в конституционно-правовом отношении всегда корреспондируют определенные юридические обязанности», а «общей обязанности в конституционно-правовом отношении всегда корреспондируют субъективные права»⁴. Логичен в этой связи вопрос о контрагентах конституционных обязанностей граждан. Если между гражданами как носителями конституционных (общих) прав и государством общее правоотношение возникает из самого факта принадлежности гражданину таких прав (т. е. по факту его рождения), то обусловленное конституционной обязанностью гражданина правоотношение (между этим гражданином и государством) возникает лишь на основе конкретного юридического факта. Такое отношение имеет

¹ См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб. М. : Норма, 2007. С. 34.

² См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб. М. : Норма, 2007. С. 34.

³ Там же. С. 35.

⁴ Там же.

не общий, а относительный характер. Иное понимание противоречит природе основных прав, свобод и обязанностей граждан.

Субъекты конституционного права. В качестве субъектов конституционного права выступают участники конституционно-правовых отношений – физические лица (граждане, лица без гражданства, иностранцы, беженцы, вынужденные переселенцы) и общественные образования (народ, государство, органы государственной власти, субъекты федерации, административно-территориальные образования, общественные объединения, международные организации и др.).

Ряд субъектов являются участниками только конституционно-правовых отношений. Это народ, этносы, коренные малочисленные народы, территориальные образования, включая муниципальные образования, и др. общности, персонифицированные в одном лице.

Обобщенно в конституционном праве можно выделить следующие группы субъектов:

1) обладающие общей правоспособностью *отдельные индивиды* (граждане, иностранцы, лица без гражданства). Это также группы граждан, наделенные специальной правоспособностью. К примеру, 50 тыс. граждан в Швейцарии имеют право народной законодательной инициативы, а 100 тыс. избирателей могут предложить полный пересмотр Союзной конституции (ст.ст. 138, 141 Конституции Швейцарской Конфедерации);

2) *социальные и национальные общности* (народ как источник власти, нации и этнические группы, имеющие право на самоопределение или на иные формы автономии). Так, раздел третий Конституции Гватемалы «Индийские общины» посвящен закреплению статуса такой этнической группы, как «индейские группы, которые свое происхождение ведут от индейцев майя» (ст. 66). В Конституции Никарагуа закрепляется статус общин Атлантического побережья. Согласно ст. 180 («Общины Атлантического побережья») «государство гарантирует этим сообществам возможность пользования принадлежащими им природными ресурсами, эффективность осуществления права общественной собственности и возможность по собственному усмотрению выбирать должностных лиц и представляющих их депутатов. Государство также гарантирует сохранение их культуры, языков, религии и обычаев». Кроме того, составной части конституционной правосубъектности коренных народов и этнических сообществ Атлантического побережья является конституционное предоставление им «режима автономии»;

3) *государство в целом и его составные части* (территориальные образования). Например, общины и области в Болгарии (ст. 135 Конституции), муниципалитеты, провинции и автономные сообщества в Испании (ст. 137 Конституции), области, провинции и коммуны в Италии (ст. 114 Конституции). Согласно ст. 72 Конституции Франции территориальными коллективами Республики являются коммуны, департаменты, заморские территории. Это также *субъекты федерации* (к примеру, Союз и кантоны в Швейцарии, Союз и штаты, союзные территории в Индии) или автономные образования (в КНР);

4) *органы государственной власти* – глава государства (Император Японии, Президент Украины), парламент, правительство, высшие суды, органы конституционного контроля, иные органы государства. С учетом отмеченного ранее особое значение среди этой группы субъектов конституционного права имеют высшие органы государства. При этом их структурные элементы также наделены конституционной правосубъектностью. Так, в составе парламента – это комитеты, комиссии и другие учреждаемые им органы¹;

5) *общественные образования*, коллективы граждан публичного характера (политические партии);

6) *депутаты представительных органов власти, а также группы депутатов*.

В специальной литературе (В. Н. Шаповал) правильно обращается внимание на статусное отличие между депутатом и должностным лицом. Если должностное лицо не существует вне связи с государственным органом, то связь депутата с парламентом все же не имеет такой жесткой зависимости. Статус депутата как бы имплицитно предполагает свободу его усмотрения, дискреционность действий, вследствие чего он может действовать вопреки воле парламента. Более того, конституционный механизм ответственности депутата гарантирует ему право высказываться независимо от воли парламента (воли большинства парламентариев), занимать позицию, соответствующую его убеждениям. Должностные лица всегда должны следовать прин-

¹ Близкими по своей природе к рассматриваемой группе субъектов являются публичные органы власти (понятие родовое по отношению к государственным и негосударственным органам). В конституционном законодательстве используется понятие «публичные власти», которое можно считать аналогом первого. Так, согласно ч. 1 ст. 9 Конституции Испании «граждане и публичные власти обязаны соблюдать Конституцию и уважать правовой порядок» (о понятии публичного должностного лица см.: Червонюк В. И. Публичные власти и публичные должностные лица как субъект ответственности в современных конституционных системах // Вестник Московского университета МВД России. – 2010. – № 10. – С. 41–51).

ципу лояльности, их собственное мнение не может противоречить принятому органом решению. Особенность статуса депутата (парламентария) в том, что его полномочия реализуются как солидарно – парламентом, так и лично им (право законодательной инициативы, обращения с вопросами к членам правительства, интерпелляция (во многих странах) и др. Если депутаты связаны (в большей или меньшей степени) партийной (фракционной) дисциплиной, то, как следует из Конституции Испании, «государственные служащие являются исполнителями воли и интересов нации. Исполняя свои обязанности, они должны руководствоваться только законом и быть политически нейтральными» (ч. 1 ст. 116).

В качестве субъектов конституционного права депутаты выступают как в процессе осуществления своих полномочий (обращение с запросом, интерпелляцией к правительству), так и вследствие обладания специальной правосубъектностью. Именно в качестве группы парламентариев (парламентской группы) депутаты наделяются конституционной правосубъектностью. Так, в соответствии со ст. 77 Конституции Болгарии по требованию одной пятой народных представителей Народное собрание созывается на заседания. Конституция Испании (ч. 1 и 2 ст. 78) предусматривает, что в каждой палате Генеральных кортесов создается постоянная депутация в составе минимум 21 члена, представляющих парламентские группы пропорционально их численности. Они вправе созывать палаты парламента на чрезвычайные сессии (ст. 73), принимают на себя полномочия палат в соответствии со ст.ст. 86 и 116 в случае, когда кортесы распущены или их мандат истек, и осуществляют полномочия палат, когда последние не созваны на сессию. По истечении срока полномочий палат или в случае их роспуска постоянные депутатии продолжают осуществлять свои функции до конституирования новых Генеральных кортесов (ч. 3 ст. 78). В ряде стран не только право законодательной инициативы, но и интерпелляции принадлежит именно группе депутатов, к примеру во Франции – 1/10 депутатов Национального собрания, в Австрии – 5 депутатам нижней палаты, в ФРГ – 30 членам Бундестага;

7) *местные органы самоуправления и управления* (муниципалитеты, мэры коммун и городов, префекты, комиссары – во Франции, общинные советы и кметы – в Болгарии, советы общин или уездов, сеймики воеводства, войты и бургомистры – в Польше.

К *нетипичным субъектам конституционного права* можно отнести *церковь*, хотя конституции некоторых светских государств регу-

лируют разные аспекты взаимоотношений церкви и государства. В частности, Конституция Швейцарии предусматривает, что Союз и кантоны могут в рамках своей компетенции принимать меры для сохранения публичного мира между членами различных религиозных сообществ (ч. 2 ст. 72). Согласно ч. 3 этой же статьи епископства могут учреждаться только с разрешения Союза. Иногда конституционно устанавливаются приоритеты одной из религиозных конфессий, как это, к примеру, характерно для католической церкви в Гватемале. Конституция Гватемалы в ст. 37 «Правосубъектность церкви» закрепляет признание католической церкви юридическим лицом, в то время, как «другие церкви, культы, организации и ассоциации религиозной направленности получают признание в качестве юридического лица в соответствии с правилами их учреждения»; «государство выдает католической церкви без какой-либо оплаты свидетельство о праве собственности на недвижимое имущество, которое находится в ее фактическом владении и используется для ее собственных целей, при условии, что оно являлось составной частью наследия католической церкви в прошлом¹.

В монархических государствах субъектами некоторых конституционно-правовых отношений могут выступать Королева-супруга (*Reina consorte*) или супруг Королевы (ст. 58 Конституции Испании), наследные принцы, регенты, близкие родственники монарха (ст. 59 Конституции Испании)

Чтобы стать участником конституционных правоотношений, лицо должно обладать конституционной правосубъектностью – быть правоспособным и дееспособным. Соответственно все субъекты конституционного права наделены *конституционной правосубъектностью* (способностью иметь конституционные права и обязанности и осуществлять их в своих действиях). Такая правосубъектность принадлежит физическим лицам либо с момента рождения (все обладатели естественных прав), либо по достижении определенного возраста (скажем, для избирательной правосубъектности). Публично-правовые образования становятся правоспособными с момента их регистрации в установленном законом порядке либо непосредственно из закона. Например, приведение президента к присяге (инаугурация) одновременно означает наделение его праводееспособностью.

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 165.

При этом абсолютной правосубъектностью (т. е. неограниченной ничем, кроме акта учредительной силы) обладает народ. Так, по Конституции Албании от 21 октября 1998 г. суверенитет в Республике Албании принадлежит людям (ст. 2). Согласно ст. 1 Конституции Итальянской Республики суверенитет принадлежит народу, который осуществляет его в формах и в границах, установленных Конституцией. Конституция Республики Болгария от 12 июля 1991 г. в ч. 2 ст. 1 продекларировала: «Вся государственная власть принадлежит народу». Она непосредственно осуществляется им через органы, предусмотренные этой Конституцией. Согласно ч. 3 этой же статьи «никакая часть народа, политическая партия или другая организация, государственное учреждение или отдельная личность не может присвоить себе осуществление народного суверенитета». При этом в современных демократиях верховное положение народа не зависит от формы правления даже в том случае, если речь идет о монархии. Так, ч. 3 ст. Конституции Королевства Испания устанавливает, что «политической формой испанского государства является парламентарная монархия», а согласно ч. 2 этой же статьи «национальный суверенитет принадлежит испанскому народу, от которого исходят полномочия государства».

Как единственный суверен (носитель и источник власти) народ обладает прерогативой участия в свободных выборах, формирования органов власти, выражения своей воли путем референдума. Исключительно народ обладает учредительной властью.

Особенность конституционного права – в признании правосубъектности государства, выступающего контрагентом в отношениях гражданства, государственной собственности, в сфере правосудия и в других конституционно-правовых отношениях, объект или иные элементы которых выражают государственный суверенитет. Представляющие государство органы и должностные лица при осуществлении своих полномочий выступают в правоотношениях именно как представители государства, действуя в государственном интересе; никаких иных, кроме этих интересов, у государственного органа, равно как и его должностных лиц, нет и не может быть. К государственным органам, являющимися субъектами конституционного права, относятся высшие органы государства, структурные элементы которых также наделены конституционной правосубъектностью (например, комитеты, комиссии парламента, учреждаемые ими органы). Принципиально важно, что и органы, и должностные лица действуют в пределах компетенции соответствующего госоргана, осуществляя при этом свои «собственные» полномочия. Как субъекты конститу-

ционных правоотношений государство, органы государственной власти и местного самоуправления обладают смешанной правосубъектностью, соответствующей целям и задачам их деятельности, определенным в национальной конституции.

Справедливо обращается внимание на несовпадение понятий должностного лица в конституционном и административном праве (В. Н. Шаповал). Для государственного управления такое различие имеет принципиальное значение. С точки зрения конституционного права, хотя органы и должностные лица действуют в пределах компетенции соответствующего органа государства, они осуществляют свои собственные полномочия. Отсюда в отличие от административного права, где должностное лицо практически всегда является частью структуры конкретного государственного органа, в конституционном праве понятие должностного лица имеет более широкое значение. Так, должностным лицом безотносительно к парламенту или к другому государственному органу иногда выступает омбудсмен, главный ревизор, судьи суда общей юрисдикции. В теории и практике конституционализма высшим должностным лицом государства нередко определяют президента, высшим должностным лицом исполнительного органа государственной власти признается губернатор территориального образования, являющегося частью территории государства (прежде всего, федеративного). В Российской Федерации, согласно Федеральному закону от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», глава местного самоуправления квалифицируется в качестве высшего должностного лица муниципального образования. Вступлению указанных лиц в должность очень часто предшествует процедура приведения к присяге. Именно с этого момента юридически считается приобретение ими полномочий.

Правосубъектностью наделяются парламентарии – члены парламента, группы депутатов.

Конституционная правосубъектность личности (человека и гражданина) характеризует универсальную регламентацию статуса личности: место личности в системе демократии, отношение государства к ее свободе, условия и гарантии участия личности в управлении делами общества и государства; возможности личности пользоваться определенными благами, гарантии ее защищенности и безопасности и др.

В связи с той ролью, которую играют в конституционно-правовой жизни политические партии, специальное значение приобретает проблема их конституционной правосубъектности; на это обстоятельство существенно влияет феномен институционализации политических партий. В новейших конституциях отмеченное получает формально-юридическое признание в комплексе установлений (см. § 2 главы 4).

Объекты конституционного права. Объект таких отношений – то, на что направлено право или обязанность: определенное благо – жизнь, здоровье, образование, личные свободы, неприкосновенность, тайна частной жизни и пр. Это также предметы и явления, с которыми нормы права связывают поведение участников правоотношений (отчет правительства перед парламентом об исполнении бюджета). Это государственная территория и ее границы; материальные блага (природные ресурсы, средства государственной казны); поведение

людей (вступление в гражданство, отзыв избирателями депутата, публичные акты, как-то – митинги, шествия, пикетирования и др.); деятельность государственных органов и негосударственных (неправительственных) организаций; правовые акты (к примеру, ставшие объектом рассмотрения в органе конституционного контроля или предметом деятельности главы государства, суда общей юрисдикции); личные неимущественные блага (конфессиональная принадлежность, честь, достоинство, неприкосновенность).

Объектами могут выступать как материальные ценности (частная собственность) и право на ее наследование (ст. 8 Конституции Японии), так и нематериальные.

Для конституционного права специфичными являются такие объекты, как государственные символы, официальный и государственный языки. Чаще всего национальные конституции весьма лаконично высказываются по этому поводу: «Французский язык является языком Республики» (ст. 2 Конституции Франции). Конституция Испании содержит несколько взаимосвязанных положений: «Кастильский является официальным языком Испанского государства. Все испанцы обязаны знать его и имеют право им пользоваться» (ч. 1 ст. 3); «другие языки Испании также являются официальными в автономных сообществах в соответствии с их статутами» (ч. 2 ст. 3); «богатство различных языковых особенностей Испании является культурным наследием, которое пользуется особым уважением и защитой» (ч. 3 ст. 3). Помимо указания на государственный язык, Конституция Индии в Приложении восьмом закрепляет перечень 18 официальных языков, признанных в Республике.

Предполагая в числе важнейших объектов форму правления, территориального устройства страны, национальные конституции, кроме того, к объектам своей защиты относят требование неизменности такой формы, используя для этой цели так называемые неизменяемые статьи основного закона. Так, согласно ст. 139 Конституции Италии «республиканская форма правления не может быть предметом конституционного пересмотра».

Набор объектов конституционного регулирования для разных стран различен и определяется многими обстоятельствами: конституционными традициями, сложившимися в данной стране, принадлежностью ее правовой системы к той или иной правовой семье, характером государственного и общественного устройства, процессами правовой и политической аккультурации и др. С явлением конституционализации связано расширение некогда традиционных сфер действия конституционного права, в том числе вовлечение в зону активного регулирования его нормами и институтами весьма специфических объектов. Этим можно объяснить включение в «конституционный блок» (состав источников) Основного закона Франции Хартии окружающей среды 2004 г. Конституция Швейцар-

ской Конфедерации 1999 г. к числу объектов регулирования отнесла «защиту от злоупотреблений репродуктивной медициной и генной инженерией». Согласно ч. 2 ст. 119 Конституции «Союз издает предписания об обращении с человеческим зародышевым и наследственным материалом. Он заботится при этом об охране человеческого достоинства, личности и семьи и в особенности соблюдает следующие принципы: а) все виды клонирования и вмешательств в наследственный материал человеческих гамет и эмбрионов недопустимы; б) нечеловеческий зародышевый и наследственный материал не может вводиться в человеческий зародышевый материал или синтезироваться с ним; в) процедуры медицински поддерживаемой репродукции могут применяться только в случае, если иным образом не могут быть устранены бесплодие или опасность заражения тяжелой болезнью, но никоим образом не для создания у ребенка определенных свойств и не для проведения исследований; оплодотворение человеческих яйцеклеток вне тела женщины разрешается только при установленных законом условиях; вне тела женщины можно развить в эмбрионы столько человеческих яйцеклеток, сколько их можно ей сразу имплантировать; г) пожертвование эмбрионов и все виды суррогатного материнства недопустимы; д) запрещается любая торговля человеческим зародышевым материалом и производными из эмбрионов; е) наследственный материал лица может исследоваться, регистрироваться или раскрываться только с согласия лица или по предписанию закона; ж) каждое лицо имеет доступ к данным о своем происхождении.

§ 5. Нормы конституционного права

Понятие, особенности, специфика структуры, норм конституционного права

Нормативный состав отрасли определяют нормы права. В науке конституционного права под нормами¹ конституционного права понимаются признаваемые, устанавливаемые или санкционированные государственной властью принципы и предписания (нормы), выраженные в Конституции или получившие юридическое оформление (закрепление) в иных правовых актах (законах, нормативных договорах, декларациях и др.), являющихся формами конституционного права. Нормы конституционного права закрепляют правовое положение субъектов конституционного права (основные права, свободы, обязанности граждан и их объединений), устанавливают конституци-

¹ Автор различает принципы права и нормы права. В широком смысле нормы права охватывают все сколько-нибудь нормативные положения, так или иначе отличающиеся общеобязательностью, нормативностью и др. В специальном, узком (специально-юридическом) значении, нормы права – это правовые установления, реализующиеся в различных правоотношениях, в том числе в так называемых общерегулятивных. Принципы права имеют общее регулятивное значение как для законодателя, так и для правоприменителя; часто реализуются через правовые установления, хотя в отдельных случаях они действуют непосредственно (без конкретизирующих их предписаний).

В то же время принципы права в зависимости от типа (модели) судебной системы могут находить применение (большее или меньшее) в судебной практике. Сфера применения конституционных принципов – деятельность органов конституционного контроля.

онную компетенцию органов государственной власти, правовые процедуры ее осуществления, закрепляют конституционно-правовые формы и средства разрешения конституционных споров и др.

Специфика норм конституционного права¹ заключается в следующем:

– *их назначении*: регулируют поведение субъектов государственно-правовых отношений в целях осуществления полновластия народа, утверждения прав и свобод человека и гражданина, обеспечения государственного суверенитета;

– *особой юридической природе*: относятся к *первичным* нормам, устанавливают основные права, свободы и обязанности, конституционно-правовой статус органов государственной власти, органов местного самоуправления, конституируют принципы взаимоотношений между различными уровнями власти, между властью (государственной и муниципальной) и населением; в этом смысле являются *учредительными*, что не свойственно нормам никакой иной отрасли права. С этим связаны их повышенная юридическая сила, наличие специально-юридических механизмов действия и государственно-правовых средств охраны; определенная часть этих норм имеет прямое действие;

– *наиболее высоком уровне нормативности нормы конституционного права*, что находит выражение в наличии среди них большого

¹ Несколько упрощенно и со значительными специально-юридическими погрешностями представлены специфические особенности анализируемых норм, пожалуй, в одном из наиболее авторитетных изданий – учебнике коллектива авторов МГЮА. По мнению авторов, специфика таких норм в том, что они «регулируют наиболее широкие и существенные общественные отношения, оформляют правовые основы государства, многие из этих норм имеют весьма общий характер, они не являются предостаточно-обязывающими...» (см.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб. М. : Норма, 2007. С. 28).

Читателю долго придется «ломать голову» над тем, что следует понимать под «широкими и существенными общественными отношениями», и какой смысл вкладывают авторы в «правовые основы государства», поскольку нормы права и есть эта самая правовая основа, а потому они не «оформляют правовые основы государства». Утверждение о том, что «многие» нормы конституционного права «не являются предостаточно-обязывающими» верно, но мало что разъясняет, так как точно так же правомерно утверждать обратное. Вообще, к слову сказать, такая оценка конституционных норм в современном отечественном государствоведении достаточно распространена и имеет свои причины, корнящиеся в нашей конституционной истории. Не отражают специфики конституционных норм и утверждения о том, что «внешняя форма большинства норм выражается в статьях конституций и в других источниках; многие нормы имеют двуэлементную и одноэлементную структуру: чаще всего в них отсутствует санкция, но нередко и гипотеза» (там же. С. 28).

числа норм-принципов, норм-дефиниций, норм-деклараций – исходных, или отправных положений, по удельному весу и уровню нормативности не характерных для других отраслей права. Поэтому конституционные установления часто выступают в качестве юридических стандартов, правовых эталонов для иных отраслей права. Нормы других отраслей призваны их детализировать, наполнять новым содержанием, не входя в противоречие с их конституционным смыслом, «духом». Именно это обстоятельство для норм конституционного права является едва ли не определяющим, во всяком случае, именно с ним связаны существенные особенности нормативного состава отрасли конституционного права: в ней значительный удельный вес занимают принципы права, иные исходные нормативные положения («общие нормы»), которые не отвечают модели предоставительно-обязывающего предписания (нормам-предписаниям, нормам-правилам). Отмеченные нормативные положения только в самом широком значении могут быть обозначены как нормы права, в действительности приближаясь к принципам права. Таким образом, конституционное право отличается от иных отраслей права его нормативной составляющей.

В то же время наличие в составе конституционного права нормативных положений высокого уровня абстракции не означает того, что они не обладают юридической определенностью, формализованностью, имея несколько отличную от отраслевых норм-предписаний конструкцию, они, вместе с тем, сохраняют с другими нормами структурную однородность, обеспечены санкциями. Последнее обстоятельство, как правило, не учитывается в специальной литературе;

– *особенностях закрепляемых ими конституционных средств и механизмов регулирования, в использовании нетипичных для публичных отраслей права «мягких» средств регуляции.* Этим объясняется наличие в конституционном праве большого количества *договорных норм*, содержащихся в международных и внутригосударственных договорах, соглашениях;

– *своеобразной юридической структуре* (чаще всего и не всегда правильно обращается внимание на отсутствие санкции, а иногда и гипотезы) и технико-юридической конструкции;

– *многообразии юридических форм выражения.* Нормы конституционного права содержатся в национальных конституциях, конституционных, органических и обычных законах, актах глав государства и правительства, делегированном законодательстве, конвенциональных и референдарных актах, религиозных текстах, международном праве

и пр. Отсюда специфические формы выражения конституционных норм – акты референдумов, религиозные тексты, договорные нормы, правовая доктрина и др.

Своеобразие санкции в конституционном праве

Достаточно распространенным является мнение о том, что конституционно-правовая санкция не является обязательным, конститутивным элементом конституционно-правовой нормы. Часто в обоснование этого мнения приводится многократно воспроизводимый в разных изданиях и разными авторами аргумент о том, что в отсутствии санкций и заключена специфика конституционного права. Но если конституционное право специфично так, что его нормативные положения, которые, как и всякое право, должно обладать обязательностью, исполнимостью и результативностью, не обеспечено принудительными механизмами, то следствием этого может быть вывод о неюридическом или квазюридическом характере норм и институтов конституционного права.

Отрицать то, что в действительности конституционное право в ряде стран редко закрепляет санкции в качестве структурного элемента своих норм, невозможно. Однако вопрос о том, следует это считать скорее несовершенством законодательной политики и техники или самобытностью метода конституционно-правового регулирования (его закономерностью), остается открытым.

Верно то, что отсутствие санкций во многих конституционно-правовых нормах снижает эффективность их действия. При этом дефицит конституционно-правовых санкций не всегда компенсируется санкциями других отраслей права.

Объяснение данного обстоятельства ссылками на особенности статуса некоторых субъектов конституционного права лишь частично проясняет суть проблемы. Действительно, к лицам, защищенным специальным иммунитетом, отнесены депутаты, кандидаты в депутаты, главы государств, судьи и некоторые другие категории представителей властных структур. По сравнению с другими категориями граждан эти лица не могут быть привлечены к юридической ответственности (уголовной, гражданской, административной) в обычном порядке. Во-первых, такие иммунитеты не могут служить абсолютной гарантией от юрисдикции государства. Во-вторых, наличие данного иммунитета (невозможность применения или применения в ограниченных объемах уголовной, административной и иной ответственности) не снимает проблемы конституционной ответственности

указанных лиц, равно как и возможности применения тех охранительно-принудительных средств, которые по своему назначению призваны обеспечивать поведение и действия всех властных субъектов в границах существующего конституционного правопорядка. Особенность такого рода средств в том, что они действуют непрерывно, распространяются на всех без исключения лиц, наделенных государственно-властными полномочиями. Техничко-юридическим инструментом оформления таких обеспечительных средств служат санкции как атрибут конституционно-правовой нормы.

Следовательно, как и всякий вид норм права (точнее говоря, конституционных интересов), конституционно-правовые нормы нуждаются в адекватной системе средств защиты своих предписаний (точнее, защите конституционных интересов адресатов этих предписаний). Располагая в том числе и специализированными конституционно-правовыми средствами охранительно-принудительного воздействия, нормы конституционного права в этом качестве приобретают истинно юридический вес и силу. При этом наличие санкции для конституционных норм принципиально важно по той причине, что огромный нормативный пласт конституционного права – принципы, дефиниции, нормы-цели и прочие его исходные положения могут быть обеспечены только специальными охранительно-принудительными средствами конституционного уровня.

Итак, правомерным будет вывод о том, что особенность норм конституционного права в отсутствие в них санкций ошибочна и не отображает истинной их природы. В то же время в механизме действия конституционного права не следует абсолютизировать значение конституционного принуждения.

Как известно, санкция нормы предназначена, прежде всего, для того, чтобы обеспечить результативность диспозиции или цели нормы (добиться ее исполнения, соблюдения, применения). Но возможно ли применение санкций в случае, если, к примеру, фактическая модель формы правления (режим взаимоотношений высших органов государства) не вполне соответствует модели взаимоотношения властей, предусмотренных компетенционными нормами Основного закона страны? Очевидно, что в этом случае требуются иные обеспечительные меры. Точно так же санкцией конституционной нормы нельзя внести коррективы в деформированный практикой принцип разделения властей, осуществления народного суверенитета и т. д. Решение этих проблем находится за пределами возможностей права, является метаюридической проблемой. Очевидно, что само конституци-

онное устройство (устройство публичной власти и институтов гражданского общества) должно служить гарантией против демонтажа, деформации, иной конституционной патологии в функционировании государственных институтов. Санкцией нормы, конечно, можно корректировать девиантное поведение властных институтов, но только в том случае, если это объективно соответствует возможностям правового инструментария.

В этом смысле конституционно-правовые санкции, являясь, несомненно, необходимым компонентом конституционного права, не играют в нем ведущей роли, поскольку угроза принуждения и его применение не служат доминирующим способом конституционного воздействия на регулируемые правом отношения. Потребность в них возникает лишь тогда, когда в механизме правового регулирования происходит серьезный сбой, устранить который иными мерами нельзя. Таким образом, конституционно-правовые санкции – это лишь один из способов обеспечения конституционно-правовых норм, применяемый наряду с другими средствами. Но это отнюдь не умаляет значения конституционно-правовых санкций.

Являясь элементом конституционно-правовой нормы, санкция имеет особенности. Почти общепризнанной является позиция, согласно которой для конституционной ответственности, как правило, характерен отсылочный (точнее говоря, бланкетный) способ определения санкций за нарушение соответствующих конституционных норм. Однако часто меры конституционного принуждения на случай нарушения конституционных норм сформулированы в самой норме в виде общего указания о наступлении ответственности (см., к примеру, ст. 28 Конституции Италии). Нередки случаи, когда конструирование конституционных санкций осуществляется с использованием не ссылочного, а так называемого прямого способа изложения норм права. Соответственно такие санкции содержатся как в основных законах, так и в иных нормативных актах, выступающих формами конституционного права. Так, согласно ст. 126 Конституции Италии «областной совет может быть распущен, если он совершает действия, противоречащие Конституции, или уличен в серьезных нарушениях закона, или не выполняет предложения Правительства сместить джунту или ее председателя, совершивших аналогичные действия или нарушения. Он может быть распущен, если вследствие отставок или невозможности образовать большинство, он не в состоянии функционировать. Он может быть распущен также по соображениям национальной безопасности». Кроме материальной нормы, опреде-

ляющей состав конституционного деликта, указанная статья Основного закона содержит ряд процессуальных предписаний, касающихся применения материально-правовой нормы.

Конституционные санкции могут применяться как основная мера принуждения, так и дополнительная. Так, согласно ст. 18 Основного закона ФРГ лицо, использующее свободу мнений (абз. 1 ст. 5), свободу преподавания (абз. 3 ст. 5), свободу собраний (ст. 8), свободу объединения (ст. 9), тайну переписки, почтовой и телесвязи (ст. 10), право собственности (ст. 14) или право убежища (ст. 16-а) для борьбы против основ свободного демократического строя, лишается этих основных прав. А в соответствии с Законом Канады 1974 г. «О выборах» совершение на различных стадиях избирательного процесса противоправных действий избирателями, кандидатами, должностными лицами по выборам является основанием для применения мер наказания в виде штрафа (максимальная сумма которого составляет 25 тыс. долл.) или лишения свободы. Наряду с этим, правонарушитель может быть лишен пассивного избирательного права на определенный срок или права занимать какие-либо должности, связанные с обеспечением избирательного процесса.

Виды норм конституционного права. Исходные («общие») и «конкретные» (предоставительно-обязывающие) нормы как отражение регулятивных особенностей конституционного права

В зависимости от объема нормативности все действующие нормы права можно подразделить на две большие группы: 1) отправные нормы; 2) нормы-предписания (их еще именуют нормами-правилами). Такое деление принято в общей теории права, и оно специфично практически для всех отраслей права. Однако соотношение между этими группами норм для разных отраслей права различно. Как отмечалось, для конституционного права характерным является значительный удельный вес первой группы норм.

Отправные нормы – это исходные нормы, которые отличает высокий уровень нормативности, особая структура (не все из этих нормативных образований имеют трехэлементную структуру). Их специфика выражена в диспозиции, например: «Король является главой государства, символом его единства и постоянства...» (ст. 56.1 Конституции Королевства Испания 1978 г.). Удельный вес такого рода

норм в общем массиве конституционных установлений достаточно значительный, хотя, безусловно, преобладают нормы-предписания¹.

Очевидно, что и в подобных установлениях можно найти три элемента нормы – гипотезу, диспозицию и санкцию. Так, логически преобразовав данную конституционную норму, увязав ее с положениями, касающимися разделения властей, закрепляющих механизмы защиты конституционного строя, в преобразованном виде ее можно было бы представить следующим образом: если конституцией установлена «парламентарная монархия» (ст. 1.3 Конституции Испании), то король является главой государства. Иное входит в противоречие с принципом легитимности органов государственной власти (ст.ст. 9.1 и 9.3 Конституции Испании). Но такое преобразование в специально-юридическом значении мало что дает. Очевидно, что трехэлементное строение отвечает требованиям правильного применения нормы права и достижению ее цели. Именно с этих позиций исходит законодатель, предлагая конструкцию той или иной нормы. В условиях развитой правовой системы, действие которой обеспечивает системно-регулятивный эффект, конструирование всех трех элементов иначе как юридическим излишеством не является. При таком подходе законодательство приобрело бы необозримый и неуправляемый характер. Можно, к примеру, представить, что уголовный кодекс увеличился на 1/3 или даже на 1/2 своего объема.

Механизмы нормативной экономии применяются в разных странах по-разному. Так, при конструировании прав и свобод конституции одних стран используют преимущественно позитивный способ (ст.ст. 2, 5, 8, 9, 12 и др. Основного закона ФРГ 1949 г.). Норма, содержащая права и свободы, конструируется по типу: «каждый имеет право на обучение»; «граждане имеют право участвовать в общественных делах...» и т. д. В иных странах предпочтение отдается негативному способу конструирования прав и свобод. При этом объем

¹ Нормами других отраслей, прежде всего, защищены в конституционном праве именно нормы-предписания, или предоставительно-обязывающие нормы. В то же время и конституционное законодательство не лишено такого рода защитных средств. Так, согласно британскому Акту о народном представительстве 1983 г. «любые печатные материалы, используемые для агитации во время избирательной кампании (включая плакаты, постеры, рекламные листовки), должны в обязательном порядке содержать на лицевой стороне название, адрес издательства и типографии, где они были подготовлены и отпечатаны» (ч. 3 ст. 110). А в соответствии со ст. 159 данного Акта в случае нарушения указанного требования действия кандидата или его избирательного агента могут быть квалифицированы как незаконная практика по ст. 110 Акта, и он может быть лишен права на участие в выборах (санкция).

правовой свободы правообладателя и его возможности определяются не на основе дозволительной управомочивающей нормы, как в первом случае, а на основе общего запрета. Соответственно данная конструкция выглядит следующим образом: «никто не может быть осужден за действие или бездействие, которое в момент совершения не квалифицировалось законодательством как преступление». Типичным примером такого изложения правовых норм, закрепляющих права и свободы, является Конституция США (поправки I–V, VIII–IX); по этому же образцу сконструированы многие нормы главы III «Права и обязанности народа» Конституции Японии (ст.ст. 29, 31, 33–36, 38, 39).

Различные приемы конструирования правовых норм используются для достижения одних и тех же целей, но различными правовыми способами. В последнем случае общий запрет связывает, прежде всего, поведение властных структур и их должностных лиц. Юридическая недвусмысленность и определенность данного положения прямо обязывает (прямой запрет) орган государственной власти не совершать или, напротив, совершать определенные нормой действия.

Наибольшее распространение среди отправных норм *имеют нормы-дефиниции, учредительные нормы и нормы-принципы.*

Дефинитивные нормы права закрепляют в обобщенном виде признаки того или иного конституционного понятия – «избирательное объединение», «политическая партия» и др. В крупных законодательных актах такие нормы группируются в специальном разделе (главе, статье).

Статья 318 Закона Канады от 31 мая 2000 г. об избрании в Палату общин устанавливает, что предвыборная агитация означает «доведение в любой форме до сведения широкой публики в период проведения избирательной кампании материалов в поддержку или против зарегистрированной партии, какого-либо кандидата, включая материалы, в которых определяются позиции по вопросу, с которым ассоциируется зарегистрированная партия или кандидат». Иногда закон уточняет дефинитивное положение, используя прием законодательной оговорки. Так, цитируемый закон в указанной статье содержит положение, устанавливающее, что под понятие «предвыборная агитация» не подпадают: 1) опубликованная редакционная статья, дебаты, выступления, интервью, полоса в газете, письмо, комментарий или новости; 2) распространение книг или содействие их продаже по стоимости не ниже коммерческой, если ее издание планировалось вне зависимости от выборов; 3) передача какого-либо документа непосредственно лицом или группой лиц сотрудникам, служащим или акционерам; 4) передача каким-либо лицом на коммерческой основе своих политических взглядов посредством Интернета. Кодекс французского гражданства 1945 г. (с изменениями и дополнениями) содержит статьи, раскрывающие такие понятия, как приобретение французского гражданства, его прекращение, лишение гражданства и др. Закон Польши о Верховной палате контроля от 23 декабря 1994 г. (с последующими изменениями), Конституция Польши 1997 г. определяют Верховную па-

лату контроля как «высший орган государственного контроля, подчиненный Сейму» (ст.ст. 202–206). Согласно Закону о подданстве Японии от 4 мая 1950 г. (с последующими изменениями) натурализацией признается «приобретение подданства по разрешению властей, осуществляемой посредством опубликования в официальном издании решения министра юстиции по просьбе совершеннолетнего иностранного гражданина или апатрида».

Кроме того, сложные понятия уточняются законодателем и с использованием иных технико-юридических средств, а именно: использованием норм-запретов сужается нормативный объем понятия; это также указание на недопустимые или допустимые формы совершения определенных действий, время их совершения, место совершения; указание на круг лиц, правомочных совершать данное действие и пр. Так, согласно ст. 320 «любое агитационное обращение во время предвыборной агитации кандидата, зарегистрированной партии или лица, действующего от их имени, должно быть официально подтверждено уполномоченным представителем кандидата или зарегистрированным представителем партии». Или: «Закон запрещает проводить предвыборную агитацию в день выборов до закрытия всех избирательных участков в округе (ст. 323). Не разрешается проведение предвыборной агитации с использованием телекоммуникационных средств Правительства Канады. В предвыборной агитации запрещается принимать участие иностранцам, а также использовать для этих целей различные электронные средства, расположенные за пределами Канады. Согласно Федеральному избирательному закону ФРГ 1975 г. (в редакции 1993 г., с последующими изменениями) «избиратели – это все немцы в смысле ч. 1 ст. 116 Основного закона, которые на день выборов достигли 18 лет, не менее трех месяцев имеют жилище в ФРГ или иным образом здесь пребывают и не лишены законом избирательного права».

Таким образом, посредством привлечения технико-юридического инструментария достигается правовая определенность норм права.

Среди исходных, или «общих», норм особое значение принадлежит конституционным принципам, так называемым нормам-принципам, получающим закрепление непосредственно в законе. Так, Конституция Швейцарской Конфедерации 1999 г. закрепила принципы равноправия, всеобщности избирательного права, свободной экономики (ст. 94). Принципы права (как и нормы) имеют свою иерархию. Так, Конституцией КНР 1982 г. (ст. 6) закрепляется основной принцип социализма: «От каждого – по способностям, каждому – по труду». Понятно, что данный принцип (политическое заявление, имеющее конституционное оформление) непосредственно правовых последствий не порождает, но он призван служить руководящим началом общественной и государственной жизни, поведения людей в обществе.

Нормы-предписания в свою очередь подразделяются¹ на отдельные группы:

¹ Предлагаемый автором вид классификации, получивший отражение и в более ранних работах, подвергнут критике. В частности, деление норм конституционного права на исходные (общие) и конкретные, так называемые правила-предписания отвергается на том основании, что «в данном случае имеет место смешение нескольких оснований классификации правовых норм. Кроме того, неясно, что автор имеет в виду по термину «нормативность» (Авдеенкова М. П., Дмитриев Ю. А. Конституци-

– *регулятивные нормы* – нормы, определяющие субъективные права и юридические обязанности субъектов, условия их возникновения и действия. В конституционном праве такие нормы преобладают;

– *охранительные нормы* – нормы, определяющие условия применения мер государственно-принудительного воздействия, характер и содержание этих мер.

По методу правового регулирования принято выделять обязывающие, запрещающие и управомочивающие нормы. *Обязывающие нормы конституционного права*, как следует из самого названия, возлагают на субъекта обязанность совершить те или иные действия (например, обязанность соответствующей избирательной комиссии зарегистрировать кандидата или список кандидатов, обязанность парламента (одной из его палат) рассмотреть внесенный в палату субъектом права законодательной инициативы законопроект и т. п.). Предписания такого рода, как правило, начинаются словами: «обязан», «необходимо», «должен» и т. п. Примером обязывающих норм могут служить нормы, содержащиеся в ст.ст. 106, 107, 108 (п. 2), 109 (п. 2), 116 Конституции Российской Федерации.

В то же время очень часто законодатель (иной нормотворческий орган) лишь подразумевает использование таких операторов модальностей, применяя для изложения обязывающих норм различные глагольные формы. К примеру, в соответствии со ст. 3 Внутреннего регламента Маджлиса исламского совета Исламской Республики Иран, утвержденного в 1362-1983 гг., с последующими исправлениями¹, «утвержденные законы с точки зрения соответствия исламским нормам и конституции отправляются на утверждение в Совет по наблюдению за исполнением конституции. Заключение об отсутствии несоответствия

онное право в Российской Федерации : курс лекций : в 9 т. Т. 1. Основы теории конституционного права. М. : Весь мир, 2005. С. 104–105). Оставляя без ответа замечание о «термине «нормативность», по своему характеру относящееся к азбуке права, обратим внимание читателя, прежде всего, на явную недооценку авторами данной работы принципиальной особенности конституционного права – его нормативный состав, не специфичный никакой иной ветви права. Предлагаемая классификация как раз и позволяет оттенить эту конструктивную особенность конституционного права. Достойно сожаления то, что, приняв на себя обязательство подготовить к изданию много томный (девять томов) труд по конституционному праву, авторы столь многообещающего проекта не особо утруждают себя поиском того, что собственно и составляет нормативное «вещество» конституционного права – единственного и главного объекта их научных притязаний.

¹ Акт помещен в приложение к тому 3 Основного права Исламской Республики Иран (см. об этом: Манучихри А. Политическая система Ирана. СПб. : Петербургское Востоковедение, 2007. С. 52).

решений Маджлиса исламского совета установлениям шариата выносятся большинством голосов факихов Совета по наблюдению за исполнением Конституции» (ст. 44 Конституции ИРИ).

Запрещающие нормы конституционного права – нормы, возлагающие на субъекта обязанность воздерживаться от совершения определенных действий. Такие нормы формулируются в виде запрета совершать какие-либо действия. Так, согласно Закону Польской Республики от 27 июня 1997 г. «О политических партиях» (в ред. от 21 декабря 2001 г.) политические партии не могут заниматься коммерческой деятельностью, проводить публичный сбор средств, получать без каких-либо ограничений доходы от своего имущества.

Статья 145 Конституции Исламской Республики Иран устанавливает, что «ни один иностранец не должен быть принят на службу в армию и внутренние войска». Или, согласно той же статье, «запрещено размещение каких-либо иностранных военных баз на территории страны».

В соответствии с ч. 2 ст. 119 Конституции Швейцарской Конфедерации 1999 г. «а) все виды клонирования и вмешательств в наследственный материал человеческих гамет и эмбрионов недопустимы; б) нечеловеческий зародышевый и наследственный материал не может вводиться в человеческий зародышевый материал или синтезироваться с ним; в) процедуры медицински поддерживаемой репродукции могут применяться только в случае, если иным образом не могут быть устранены бесплодие или опасность заражения тяжелой болезнью, но никоим образом не для создания у ребенка определенных свойств и не для проведения исследований; оплодотворение человеческих яйцеклеток вне тела женщины разрешается только при установленных законом условиях; вне тела женщины можно развить эмбрионы столько человеческих яйцеклеток, сколько их можно ей сразу имплантировать; г) пожертвование эмбрионов и все виды сурогатного материнства недопустимы; д) запрещается любая торговля человеческим зародышевым материалом и производным из эмбрионов; е) наследственный материал лица может исследоваться, регистрироваться или раскрываться только с согласия лица или по предписанию закона; ж) каждое лицо имеет доступ к данным о своем происхождении»¹.

Управомочивающие нормы конституционного права – нормы, представляющие субъекту право на совершение тех или иных действий (избирателю обратиться в суд за защитой его нарушенного избирательного права, стать членом религиозного или иного объединения и т. п.). В тексте эти нормы могут начинаться словами: «вправе», «имеет право», «разрешается» и т. д. Примером управомочивающих норм является положение ст. 8 (1) Основного закона ФРГ: «Все немцы имеют право собираться мирно и без оружия без предварительного заявления или разрешения». Особенность конституционных прав граждан такова, что они могут закрепляться как в позитивной форме (как это в приведенном выше примере), так и в негативной. К иллюстрации данного положения обратимся к Конституции Японии 1947 г.: «Никто не может быть лишен жизни или свободы или быть под-

¹ Конституции стран Европы : в 3 т. Т. 3.

вергнут какому-либо наказанию иначе, как в соответствии с процедурой, установленной законом» (ст. 31); «Никто не может быть лишен права на разбирательство его дела в суде» (ст. 32).

Технико-юридическая конструкция статей закона (нормативного правового акта) такова, что своим содержанием они могут охватывать одновременно несколько норм, которые могут заключать различные по способам регулирования установления. К примеру, согласно ст. 87 уже упомянутой Конституции Исламской Республики Иран, «после образования кабинета министров и до начала его работы президент должен получить вотум доверия в Маджлисе. Во время исполнения своих обязанностей он может попросить у Маджлиса вотум доверия правительства по важным и срочным проблемам».

По характеру правовых предписаний принято выделять *материальные нормы*, закрепляющие права и обязанности субъектов и отвечающие на вопрос: «что следует делать для их осуществления, и *процессуальные*, закрепляющие процедуры (порядок) осуществления субъектами их прав и обязанностей и отвечающие на вопрос: «как следует осуществить материальные предписания». Примером материальной нормы является ст. 53 Конституции Италии: «Все обязаны участвовать в государственных расходах...». Соответственно примером процессуальной нормы может служить положение ст. 48 Конституции Франции: «По меньшей мере одно заседание в неделю резервируется в приоритетном порядке для вопросов членов парламента и ответов правительства». Иногда в самом законе содержится указание относительно данного вида норм. Так, согласно ч. 3 ст. 20 Конституции Франции правительство несет ответственность перед парламентом в условиях и в соответствии с процедурами, предусмотренными ст.ст. 49 и 50.

В конституционном праве материальные нормы явно преобладают, в то же время возрастает удельный вес процессуальных предписаний. При этом материальные и процессуальные нормы, касающиеся одного предмета регулирования, могут содержаться как в одном нормативном правовом акте, так и быть «разделены», т. е. размещены в разных актах. В более развитых правовых системах они «размещены» в специальных процедурно-процессуальных актах.

Так, материальные нормы права, касающиеся приобретения и реализации права голоса, порядка проведения общих выборов и избирательных кампаний содержатся в Акте о народном представительстве (Англия, 1983 г. с изменениями и дополнениями, внесенными законами о народном представительстве 1985 г. и 2000 г.). В то же время принята серия актов, определяющих процедурно-процессуальный механизм проведения выборов и соответственно реализации избирательных прав граждан. К таковым отнесены: Прави-

ла проведения парламентских выборов (Приложение № 1 к Закону 1983 г.), устанавливающие процедуру проведения выборов и календарь выборов от издания воззвания главы государства до подведения итогов и объявления результатов выборов; Приложение № 4 к Закону о народном представительстве 2000 г., устанавливающее требования и условия реализации права на заочное голосование; Постановление о народном представительстве 2001 г., устанавливающее порядок регистрации избирателей, а также некоторые вопросы заочного голосования; Постановление о счетах уполномоченного по выборам (на парламентских выборах, в Англии и Уэльсе, 1991 г.), устанавливающее общий порядок и сроки предоставления счетов уполномоченного по выборам¹.

Процедурно-процессуальные нормы обширны и в свою очередь подразделяются на нормы-условия, нормы-требования, темпоральные нормы, или нормы-сроки.

Правомерна классификация конституционных норм по юридической силе (форме выражения). С точки зрения требования конституционности такое подразделение имеет специальное юридическое значение (такая классификация неприменима в странах, где нет «писаной» конституции).

По действию во времени конституционные нормы подразделяются на *постоянные, временные и исключительные*. Большинство конституционных норм – постоянные, отличающиеся неопределенным сроком действия. Временные нормы содержатся обычно в переходных положениях национальных конституций, которые регулируют переход от состояния до вступления в силу данного нормативного акта к состоянию, предусмотренному этим актом. Например, восьмое положение (п. 1) Переходных положений Конституции Испании предусматривает, что палаты, одоббившие конституцию, после вступления ее в силу принимают на себя функции и наделяются компетенцией, отнесенной соответственно к Конгрессу и Сенату конституцией с тем, однако, условием, чтобы срок их полномочий истек 15 июня 1981 г. Исключительные нормы устанавливаются, например, на случай чрезвычайных обстоятельств – нормы приостанавливают на это время действие отдельных постоянных норм и предусматривают возможность временного правового регулирования.

По территориальной сфере действия конституционные нормы могут подразделяться на действующие на всей территории страны и в масштабе отдельного региона, имеющие локальное действие.

Очевидно, правомерно выделять нормы применительно к видам форм (источников) конституционного права. В этом случае в отдельный ряд выделяются нормы обычные, прецедентные, договорные,

¹ См. об этом: Лафитский Д. В., Касаткина Н. М., Орлов А. Г. и др. Современные избирательные системы. Вып. 1. Великобритания, Канада, Мексика, Польша. М. : РЦОИТ: Норма, 2006. С. 12–14.

статутарные (содержащиеся в нормативных правовых актах различной юридической силы).

По способу выражения нормы конституционного права получают выражения в «писанных» формах конституционного права и не являющихся таковыми.

Анализируя новейшее конституционное законодательство зарубежных стран, в частности новые конституции, можно обратить внимание на появление в них норм и даже целых институтов, которые направлены на регулирование отношений, не вполне согласующихся с традиционными представлениями о содержании предмета конституционного права. На этом основании правомерно выделять *нормы первого и второго порядков* (В. В. Маклаков). Нормы первого порядка связаны с регулированием традиционных отношений, составляющих предмет конституционного права: основные права и свободы, организация публичной власти, территориальное устройство и др. Нормы второго порядка регулируют отношения, которые, казалось бы, не имеют конституционного характера, но, тем не менее, они входят в состав норм основного закона, регулируя самые разнообразные отношения. Примерами таких норм служат положения о финансах (ст.ст. 105–115 Основного закона ФРГ), о налогообложении (ст.ст. 70–80 Конституции Греции), а также о налогах (ст.ст. 72, 82, 85, 86, 100, 111, 112, 127–134 и др. Конституции Греции, представляющие налоговый миникодекс, об азартных играх – ст. 106) или Федеральная конституция Швейцарской Конфедерации 1999 г., Хартия окружающей среды 2004 г. – составная часть Конституции Франции 1958 г. и др.

§ 6. Система (нормативный состав) отрасли конституционного права

Методологические подходы к оценке системы конституционного права. Структурирообразующая роль принципа права

В подавляющем числе учебных изданий по конституционному праву – отечественному и иностранному – система, или состав отрасли права сводится к системам национальных конституций.

Система отрасли конституционного права при таком подходе определяется системой конституции. При этом а priori отечественные государственноведы исходят из того, что «система отрасли конституционного права предопределяется объективными факторами», в то время как система конституции отнесена к «субъективной категории» на том основании, что «систематизация конституционных норм осуществля-

ется законодателем. Однако последний осуществляет ее не произвольно, а с учетом и на основе воспринятых им объективных связей, существующих в сфере регулируемых конституционно-правовыми нормами общественных отношений, их системности». Что касается системы права, то она «выявляется и формулируется путем теоретических исследований», «а потому субъективный фактор играет главенствующую роль при характеристике ее составных элементов»¹.

Такой подход, думается, далеко не в полной мере отражает особенности структуры конституционного права и соответственно оставляет за пределами внимания множество структурных конституционно-правовых образований. Существуют и формально-юридические противопоказания для отождествления структуры конституции со структурой отрасли конституционного права. Это обусловлено тем, что в целом ряде зарубежных стран нет кодифицированных конституций (Швеция, Финляндия, Израиль) или действуют так называемые смешанные (комбинированные) конституции (Великобритания, Индонезия, Австралийский Союз). В этом случае отмеченный критерий структурирования конституционного права вообще оказывается неработающим. Кроме того, если исходить из признания конституционного права самостоятельной отраслью права, то в ней логично выделять общую и особенную части, каждой из которых соответствует «свой» набор правовых институтов.

Очевидно, что национальное конституционное право полиструктурно, представлено разноуровневыми нормами права (нормативными комплексами), отличается множеством форм (источников) выражения. Вместе с тем, это единый согласованный нормативно-юридический комплекс, отвечающий всем признакам отрасли права.

Как известно из истории права, длительное время правовое развитие было не связано с систематикой права. Несмотря на то, что у некоторых народов (например, в Древнем Вавилоне) были приняты кодексы и иные законы, впервые на эту проблему не просто обратили внимание, но и представили ее решение римляне. Классическое римское право, к примеру, проводило различие между «законами о личностях» и «законами о вещах». Соответственно в зарубежных странах систематика государственного права долгое время рассматривалась в рамках принятой в гражданском праве, идущей от римского права трехзвенной системы институции: о лицах, о вещах, об исках. По этой схеме высшие органы государственной власти попадали в раздел «о лицах», территориальные вопросы – в раздел «о вещах», а в раздел «об исках» некоторые авторы относили не только судебную власть, но и выборные органы. Предпринятая в конце XVIII в. Блэкстоном в «Комментариях к английскому праву» попытка систематизации английского права основывалась на этих подходах. В частности, в разделе «о лицах» речь идет «о парламенте, о короле и его титуле, о господах и слугах, о мужьях и женах, о родителях и детях». Эти

¹ См.: Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2007. С. 27.

институциональные подходы, заимствованные у частного права, имели объективное основание, поскольку на основе частноправового принципа (личных прерогатив и привилегий) строились по преимуществу и сами отношения государственной власти¹. Таким образом, принципиальная схема структурного построения («фряда») частного права была использована в отраслях публичного права. Если в системах общего права эта схема не проявлялась эффективно, то в континентальной правовой семье она имела гораздо большее влияние.

Применительно к оценке современного состояния конституционного права можно отметить следующее. В странах континентальной правовой семьи, как правило, применяется пандектный способ структурирования нормативного материала; из этого следует, что в структуре конституционного права выделяются Общая и Особенная части. В странах общего права деление на Общую и Особенную части не принято. Вместе с тем, целый ряд конституционалистов исходят из того, что подобно тому, как это имеет место в административном праве, институты конституционного права группируются в подотрасли².

Если исходить из особенностей нормативного состава конституционного права, то в его составе можно выделить два относительно автономных нормативных блока: 1) принципы права (или вся совокупность так называемых общих норм); 2) нормы-предписания и их вторичные образования – институты, субинституты, подотрасли права³.

Принципы права – это своего рода «цементирующий», системообразующий всю структуру конституционного права нормативный «материал». Именно они придают отрасли характер структурной организации и единого комплекса норм, дифференцированных и в то же время единых в достижении общей цели – установлении и поддержании конституционного правопорядка. Принципы права относятся ко всем или отдельным институтам (подотраслям) конституционного права. В составе отрасли нормы не «разбросаны», они консолидированы, группа (вид) норм образует отдельное вторичное подразделение конституционного права – его институт. Принципы, таким образом, выполняют системообразующую роль как во всей структурной организации права, так и применительно к ее компонентам, что в особенности характерно для отраслевых образований в составе права⁴.

¹ См.: Антология мировой первой мысли : в 5 т. Т. 2. Европа V–XVII вв. М., 1999. С. 740.

² См.: Alder J. Constitutional and Administrative Law. L., 1994. P. 14.

³ Структура права объединяет и все отрасли права, при этом имея сходное с отраслью, но гораздо более сложное строение.

⁴ См.: Червонюк В. И. Структура права: закономерности развития : в 9 вып. Вып. 7. Принципы права как базовый уровень права // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – № 6. – С. 47–54.

Институты конституционного права представляет собой совокупность норм конституционного права, регулирующих группу однородных отношений. Конституционно-правовой институт – составная часть системы конституционного права, выполняющая в ее составе специализированные функции: урегулирование специфическими конституционно-правовыми средствами однородных по своему содержанию отношений, относящихся к предмету конституционного права. Объединенные в институты (нормативные комплексы) нормы конституционного права достигают системного комплексного воздействия на общественные отношения. При этом действует правило: если нормы отрасли регулируют родовые отношения, то институты – видовые.

Главным, системообразующим признаком формирования конституционно-правовых институтов являются регулируемые конституционным правом отношения. В своем единстве конституционно-правовые нормы, распределенные по конституционно-правовым институтам, отображают внутреннее строение конституционного права, его системную организацию, которой соответствует системность той сферы общественных отношений, которые составляют предмет конституционно-правового регулирования.

В системе конституционного права принято различать следующие группы связанных общими целями норм, т. е. институты, закрепляющие основы конституционного (государственного и общественного) строя; закрепляющие правовое положение (статус) личности; определяющие территориальную организацию государства, его административно-территориальное устройство; закрепляющие систему органов (институтов) государственной власти, принципы их организации и деятельности (институты президентства (президентуры), законодательной власти, исполнительной власти, судебной власти); закрепляющие систему местного управления и самоуправления; определяющие порядок изменения конституции. Но такая систематизация является самой общей и не учитывает всех особенностей структурирования конституционных норм, их ответвлений не только на институты, но и субинституты и более крупные образования, чем институт.

С учетом отмеченного в составе отрасли конституционного права следует выделять две относительно обособленные и, вместе с тем, взаимосвязанные между собой части – Общую и Особенную.

Общая часть представлена нормативными положениями, имеющими общее значение для всех институтов и норм Особенной части. К ней правомерно относить основные положения глав национальных

конституций, закрепляющих основы государственного и общественного (конституционного) строя, правового положения граждан, иных лиц, общественных и религиозных объединений, устанавливающих конституционную правосубъектность органов государственной власти, принципы взаимоотношений между ними, назначение конституционного законодательства, его иерархию и др. Главное в этой структурной составляющей – наличие в ней нормативного комплекса, представленного принципами, иными исходными положениями конституционного права.

Особенная часть представлена комплексами правовых норм, объединенных в институты. При структурировании Особенной части конституционного права необходимо учитывать принципиально важное положение, характеризующее главное в его (конституционном праве) предмете. Это наличие двух генеральных объектов, которым, как это доказано правовой доктриной, соответствуют две группы отношений – составляющие предмета конституционного права и две равновеликие по юридическому весу, формам выражения составляющие нормативной структуры конституционного права, относящиеся к его особенной части и представляющие фундаментальные положения конституционного устройства современного государственно организованного общества. Это:

1) объединенные в институты и подотрасли нормы, определяющие организацию публичной власти страны. Условно их можно было бы обозначить как *«государственное право»* (условность вызвана тем, что эти нормы включают статус не только государства, государственной власти, но и муниципальной власти);

2) право гражданских институций (*публично-негосударственное право*)¹. Применительно к характеристике российского конституционного права высказано мнение, что «эти части неравноценны. Государственное начало гипертрофированно. Формы гражданской самоорганизации недоразвиты. Одна из главных задач конституционного

¹ В принципе можно солидаризоваться с позиций А. Н. Кокотова и М. Н. Кукушкина, которые, как представляется, весьма точно отобразили суть конституционного правового регулирования. В их понимании в Общую часть включены положения глав 1, 2 Конституции Российской Федерации. В Особенную часть включены две группы норм: государственное право и гражданско-публичное право. По оценке данных авторов, «указанные положения, интегрируя общество, государство, национальное право, объединяют в единое целое и само конституционное право. (Конституционное право Российской Федерации : учебник / под ред. А. Н. Кокотова и М. Н. Кукушкина. М., 2004. С. 37–39).

права – изменить баланс составляющих»¹. Возникает вопрос о том, насколько отмеченный вывод о структурировании конституционного права и подразделении его Особенной части на две составляющие можно считать универсальным, отражает ли он конституционно-правовые реалии других стран. Так, с точки зрения указанных составляющих конституционного права очевидна асимметрия Конституции США. Даже, несмотря на первые 10 поправок к ней, явно заметны крен в сторону конституционного нормирования государственной организации страны и безучастное отношение к негосударственным институтам. То же самое можно адресовать Конституции Франции 1958 г. (конституционному тексту). Однако, если конституционное право не сводить только к конституции, притом понимаемой в формально-юридическом (не в материальном) значении, то такое замечание снимается.

Если отвлечься от особенностей конституционно-правового развития отдельно взятых стран и синтезировать опыт конституционно-правового регулирования, то в составе отрасли конституционного права можно выделить следующие институты конституционного права:

- *конституционно-корпоративное право* – комплексный институт права (для целого ряда стран – подотрасль конституционного права), включающий право общественных объединений, конституционно (публично)-конфессиональное право (право религиозных объединений), право этнических, языковых, религиозных, иных социальных общностей;

- *институт государственно-территориального устройства* (комплексный институт), включающий в себя национально-территориальное устройство, режим государственной границы, порядок образования, принятия, преобразования, упразднения территориальных образований; административно-территориального устройства страны; институт разграничения предметов ведения и полномочий между центральной (федеральной) властью и территориальными коллективами; коллизионное право. Структурное собрание норм, входящих в данный институт и образующихся на его основе субинститутов, можно объединить в самостоятельное ответвление отрасли – подотрасль – «региональное право»;

- *институт правового статуса языков* (правовые режимы государственного, официального и национального языков);

- *институт государственной символики*;

- *институт прямого волеизъявления граждан*, главным образом референдумное право и референдумный процесс, а также институт гражданских инициатив (народная законодательная инициатива, институт отзыва депутатов, петиции, обращения в органы государственной власти);

- *избирательное право и избирательный процесс*, представленные совокупностью норм, инкорпорированных в подотрасль конституционного права;

- *право верховного управления*, представленное институтами главы государства и правительства;

- *парламентское право*, структурно объединяющее ряд институтов парламентского права, определяющих статус органов законодательной власти, институты законодательного и бюджетного процессов, институт парламентского контроля;

- *конституционно-процессуальное право* – многосоставный институт права, который также может быть квалифицирован как подотрасль права;

¹ Конституционное право Российской Федерации: Учебник / Под ред. А. Н. Кокотова и М. Н. Кукушкина. М., 2004. С.24–25.

- институт делегированного законодательства;
- конституционно-судебное право (определяющее принципы судоустройства и судопроизводства, статус высших судебных органов) – комплексный внутриотраслевой институт, определяющий в том числе статус прокуратуры, ее взаимоотношение с судебной властью; статус органов, содействующих правосудию;
- конституционно-муниципальное право;
- институт исключительных конституционно-правовых режимов (чрезвычайное положение, военное положение, прямое президентское правление, режим особых территориальных образований, режим осадного положения, режим законодательной необходимости и др.).

К структурированию конституционного права на институты можно подойти с точки зрения уровней или объема нормативности представленных в них норм права. Такой подход в наибольшей степени позволяет учесть не только многообразие нормативного состава конституционного права, но и принципиальные конструктивные особенности его нормативной структуры.

С этой точки зрения представляет интерес классификация институтов конституционного права, предложенная в работе В. Н. Шаповала. Среди институтов конституционного права ученый выделяет: общие, главные, как правило входящие в состав общих, и начальные (первичные), обычно состоящие из нескольких норм. В представлении автора общие конституционно-правовые институты являются комплексными нормативными образованиями. Общий характер этих институтов обусловлен также их универсальностью: соответствующие нормативные образования можно обнаружить по содержанию отрасли конституционного права практически в любой стране. Соответственно к общим институтам, прежде всего, отнесены институт основ функционирования государственного механизма, составляющими которого являются главные институты каждого из высших органов государства, местного управления (местного самоуправления) и некоторые другие, в зависимости от конкретного содержания отрасли. Отмечается, что в состав названного общего института обычно входят и нормы-принципы конституции, которыми определены такие основы (принципы) государственного властвования, как народный суверенитет и разделение властей. К общим отнесен также институт территориальной организации государства, включающий главные институты государственной территории, формы государственного устройства и административно-территориального устройства. Это также институт основ правового статуса физического лица, с которым соотнесены главные институты гражданства и конституционных прав и свобод человека и гражданина. По мнению данного автора, роль главных институтов относительно общих и отрасли конституционного права в целом обусловлена особенностями теории и практики конституционализма в разных странах. При этом место каждого института среди других определяется не количеством объединенных в нем норм, а значимостью объекта соответствующего регулирования. В любом случае, как считает В. Н. Шаповал, общие и главные институты нельзя связывать исключительно с определенным элементом (элементами) структуры основного закона, так как нормы, которые их образуют, могут размещаться в разных разделах (частях, главах) конституции, а также в разных законах или других источниках отрасли¹.

Отмеченный подход к дифференциации конституционного права на отмеченные группы институтов, думается, представляет интерес. В отличие от иных ветвей права, нормативный состав конституционного права, как уже отмечалось, отличается существенным своеобра-

¹ Шаповал В. Н. Сравнительное конституционное право. Киев, 2007. С. 15.

зием. Нормы, образующие тот или иной институт, действительно могут быть «разбросаны» не только по разным главам, разделам, например национальной конституции, но и содержаться в нескольких актах, притом различной юридической формы и юридической силы. Например, нормы института исполнительной власти (по терминологии цитируемого автора, главного института), как правило, закрепляются не только в статьях конституции, но и в специально принимаемых законах (органических, конституционных), в процедурно-процессуальных актах (регламентах парламента и правительства), решениях органа конституционного контроля и др. Практически отдельные конституции точно определяют (обозначают) конкретный вид формы государственного правления, обходясь общими формулировками, вроде «республика», «республиканская форма правления» и т. п. Отсюда нормы, образующие институт формы правления, могут быть обнаружены в нескольких структурных сегментах конституции.

*Конституционно-процессуальное
и конституционно-судебное право*

Общей закономерностью для большинства стран являются бурно развивающиеся в последнее время конституционно-процессуальные отношения. Эта особенность современного конституционно-правового развития обуславливает появление в составе конституционного права все большего числа процессуальных норм¹. В разных сферах конституционной действительности складываются целые процессуальные комплексы (законодательный, договорно-федеративный, конституционно-судебный, избирательный процесс, референдумный, процесс отрешения высших должностных лиц государства от должности, бюджетный процесс и т. д.²). Таким образом, объективно в со-

¹ В отечественной и зарубежной государствоведческой литературе это обстоятельство не осталось незамеченным (см.: Лучин В. О. Процессуальные нормы в советском государственном праве. М., 1976; Нечева С. Държавно правни процесуални норми. София, 1983).

² Авторы монографии по проблемам конституционного процессуального права немецкие ученые Э. Бенда и Э. Кляйн в большей мере склонны считать процессуальными нормами те из них, которые применяются в производстве конституционных судов. Юридическое производство или конституционный процесс в их понимании есть «конституционно-судебный процесс». «...Все правовые нормы, регулирующие производство конституционных судов и в конституционных судах, где должны разрешаться материальные конституционные вопросы, образуют конституционное процессуальное право» (Beda E. Klein E. *Lerbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidtlburg, 1991. S. 12). Но эта полемика возвращает нас к уже изрядно позабытому в отечественном правоведении спору о соотношении юридических процедур и процесса (Конституционное право Российской Федерации : учебник / под ред. А. Н. Кокотова и М. Н. Кукушкина. М., 2004).

ставе конституционного права обособляется специальное подразделение норм процедурно-процессуального характера. Их совокупность правомерно обозначить в качестве отдельной подотрасли права – *конституционно-процессуального права*. В этой связи представляет интерес *конституционно-судебное право* как нормативная правовая общность в структуре конституционного права.

Если рассматривать процессуальное право как относительно обособленную часть в структурной организации права, то в его составе следует выделить два подразделения норм, структурированных: а) по отраслям права; б) объединенных в рамках материальной отрасли права в самостоятельные нормативно-правовые комплексы – подотрасли права, институты и субинституты. В первом случае речь идет о собственно процессуальных отраслях права, во втором – о процессуальных нормах, находящихся в составе материальной отрасли права.

Соответственно основным формам юридического процесса (процессуальным формам права) принято выделять уголовно–процессуальное, гражданско-процессуальное и административно-процессуальное право. Если уголовно-процессуальные нормы призваны обслуживать только одноименную отрасль права, то гражданско-процессуальные и административно процессуальные обслуживают нормы различных отраслей права.

Учитывая то обстоятельство, что в форме конституционного процесса реализуется целая группа конституционных норм, правомерно вести речь также и о *конституционном процессе* и соответственно *конституционно-процессуальном праве*. Обособление в структурной организации конституционно-процессуального и его части конституционно-судебного права становится возможным и при ином подходе к проблеме дифференциации права. В этой связи утвердившееся уже в римском праве деление права на публичное и частное не должно абсолютизироваться и преподноситься как единственно возможное основание структурирования права. Если подойти к структуре права с функциональной точки зрения, то можно предложить подразделение всех отраслей права на следующие три однородные группы норм: публичное право; частное право; процессуальное право.

Каждую группу норм отличает особая сфера регулируемых отношений: в публичном праве это отношения властвования, или «вертикальные», основой которых являются субординационные связи; в частном праве стороны отношений равноправны, это так называемые «горизонтальные» отношения, для которых характерны связи координации между субъектами. В процессуальном праве регулируемые отношения изначально имеют юридический характер – таковыми являются правоотношения, уже возникшие на основе публично-правовых или частноправовых правоотношений.

Каждому из двух наиболее крупных ответвлений права – публичному и частному соответствует набор регулятивных средств, т. е. специфический метод правового регулирования. Процессуальное право не является однопорядковым по отношению к публичному или частному. Более того, оно само в значительной мере является публично-правовым образованием. В используемых процессуальными отраслями права средствах правового регулирования преобладает позитивное обязывание. Процедурная норма имеет в основном императивный характер, процессуальное право субъекта жестко связано с определенными обязательствами и пр.

Функциональный анализ системы права предполагает также ее структурирование применительно к выполняемым правом специально-юридическим функциям – регулятивной и охранительной и соответствующим им сферам действия права. На этом основании действующее право структурируется на регулятивные и охранительные отрасли права. В свою очередь процессуальный «срез» той части права, которое относится к охранительным отраслям (общностям) права, позволяет обособить в нем массив однородных по своей природе норм, обслуживающих правосудие. На этом базируется идея так называемого *судебного права*, получившая широкое распространение в отечественной юриспруденции советского периода. Как отмечается в новейшей литературе, в современных условиях идея судебного права должна быть не просто «теорией правосудия», как это считалось в совет-

ское время, а общеправовой, междисциплинарной, универсальной теорией судебной власти и процессуального права и именоваться доктриной судебного права. Объектом правового регулирования судебного права является судебная власть России, предметом – общественные отношения, складывающиеся в сфере организации и реализации судебной власти (соответственно, судоустройственные и процессуальные)¹.

Судебное право рассматривается как обособившаяся в структуре охранительного права по целевому назначению – обеспечения функционирования судебной власти – многоуровневая правовая общность, объединяющая под своим началом все процессуальные ветви (отрасли) права, межотраслевые процессуальные институты и право судоустройственное.

Таким образом, с учетом конституционного подхода к юридическому процессу или, что то же самое, междисциплинарного подхода к оценке процессуальной формы в праве есть, как представляется, все основания для реализации идеи судебного права. Увенчанная конституционно-процессуальным правом, предназначенным для осуществления конституционного правосудия, такая крупная правовая общность получает логическую и юридическую завершенность; сформулированные в конституционном праве принципы судебного процесса интегрируют разноотраслевые нормы в единую ветвь национального права. В этой же связи получает новый импульс развития и собственно идея конституционно-судебного права и процесса. Принципиально важны две специально-юридические особенности конституционного судебного процесса как части действующего процессуального права: *во-первых*, конституционный судебный процесс есть часть более общего конституционно-процессуального массива норм, структурно представленного тремя составляющими: 1) конституционно-процедурным правом; 2) конституционным процессом (избирательным, бюджетным, законодательным и др.), или конституционно-процессуальными не-судебными производствами; 3) конституционным судебным правом и конституционным судебным процессом; *во-вторых*, конституционный судебный процесс есть симбиоз материального и процессуального права с доминированием удельного веса последнего и соответственно структурно включает: 1) конституционное судоустройственное право (конституционное судебное право); 2) конституционно-процессуальное судебное право².

Принципиально важным представляется еще одно обстоятельство: если для иных отраслевых дисциплин – уголовного, гражданского, административного процесса – вопросы материального права (судоустройственного права) не являются составной частью процессуальной дисциплины (научной и учебной), то в нашем случае дело обстоит иначе. Отсюда конституционный судебный процесс нельзя правильно уяснить вне конституционного судоустройственного права, т. е. правового режима формирования, структуры, статуса, полномочий конституционного суда или квазисудебного органа власти, осуществляющего конституционное правосудие.

Идея структурного обособления конституционно-судебного права не означает фетишизации его статуса в структурной организации права. С этой точки зрения не представляется реалистичным мнение о том, что «конституционное судебное процессуальное право в ближайшее время сформируется в самостоятельную отрасль российского права»³. Не углубляясь в анализ этой проблемы, отметим, что оценка мультипликации отраслей российского права получила развернутый анализ в ранее уже опубликованных работах⁴.

Таким образом, конституционное право – сложная, многосоставная отрасль права. Кроме институтов права, в ее составе можно выде-

¹ См.: Червонюк В. И. Структура права : монография. М. : ИРЭ 2017.

² См.: В. И. Червонюк. Конституционный судебный процесс : учебное пособие. М., 2017. С. 95–112.

³ См.: Несмеянова С. Э. Конституционный судебный процесс России : учебное пособие. М., 2012. С. 27.

⁴ Обратим внимание на одну из них: Червонюк В. И. Структура права: закономерности формирования и развития : в 9 вып. Вып. 4. Параотрасли в структуре отечественного права // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – № 4. – С. 156–161.

лить ряд подотраслей права: избирательное, парламентское, конституционно-процессуальное и др.¹ Кроме того, очевидно, что существуют общие нормативные комплексы, которые в равной мере относятся к каждой из этих подотраслей. Это так же имеющие общее значение и закрепленные в национальной конституции или не имеющие текстуального выражения общие принципы права. Отмеченное указывает не только на многосоставность конституционного права, но и присущий ему разноуровневый характер норм и принципов, его образующих.

В своей [ПК1] совокупности все эти нормативные подразделения образуют единое целостное образование, соотносимое с предметом конституционного права. Сложившееся в отечественной юриспруденции мнение о том, что система права, а равно система его отраслей объективно predetermined, нуждается в существенном уточнении. Система права не есть произвольное изобретение законодателя и даже органа учредительной власти (эта позиция получает все большее распространение). Предмет отрасли определяет ее состав, но точно также справедливо обратное утверждение о том, что система отрасли права отображает ее (отрасли) предмет. С этой точки зрения систематизация конституционного права по институтам и их классификация могут быть положены в основу определения отрасли.

В указанном смысле конституционное право представляет собой совокупность норм, которые содержатся в конституции (основном законе) и других формах (источниках), регулируют отдельные стороны общественного бытия (определенные «сегменты» политической и экономической организации общества), прежде всего, в связи с государственным властвованием; устанавливают основы функционирования государственного механизма, включая порядок формиро-

¹ В этой связи весьма спорно утверждение о том, что «едва ли целесообразно превращать ведущую отрасль права – конституционное право – в совокупность многих подотраслей». По мнению авторов цитируемых строк, «вычленение из отрасли подотрасли должно опираться не только и не столько на большой объем нормативного наполнения того или иного конституционно-правового института, но и на наличие ряда особых признаков, присущих его нормам (особый юридический метод правового регулирования, особые принципы, особый характер субъектов правовых отношений и др.) (Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 29). Все перечисленные авторами признаки «самостоятельности» подотрасли относятся к квалификации определенного нормативного массива в качестве отрасли права. Конечно, выделение подотрасли также требует четких критериев. В качестве таковых выступают специфические для определенного предмета правовые режимы, специфический вид норм права, особенные субъекты и пр., что, безусловно, характерно для конституционного процессуального права.

вания, организации и деятельности его ключевых звеньев (высших органов государства); определяют территориальную организацию государства и соответственно власти; фиксируют основы правового статуса физического лица, его взаимоотношений с государством¹. По мнению автора цитируемой работы, такое определение в значительной мере совпадает с определением конституции как основного закона государства. «И хотя оно не указывает на предмет регулирования, по его содержанию обнаруживаются система отрасли и ее общие институты»².

§ 7. Конституционное и международное право

Все более проявляющая себя тенденция сближения двух различающихся систем права – национального и международного – причинно обусловлена. Это связано не с процессами глобализации³, а со все более проявляющей себя взаимозависимостью государств и народов, связанными с этими процессами интернационализации (точнее сказать, транснационализации) политической, экономической, информационной, экологической и других видов деятельности, возрастанию вследствие этого международных хозяйственных, научных и культурных взаимосвязей и, как следствие, необходимостью совместными усилиями обеспечить устойчивое развитие на планете, включая и решение глобальных проблем человечества. Эти же обстоятельства оказывают влияние на государственно-правовое развитие стран и народов, процессы универсализации и аккультурации их правовых систем, правовой жизни в целом. Отмечается, что национальные правовые системы, способствуя налаживанию взаимообмена между государствами и народами, одновременно сами взаимообогащаются, порождают сходные для многих систем права нормативные структуры, общие механизмы и юридические средства обеспечения правового поведения и деятельности. Особое место конституционного права

¹ См.: Шаповал В. Н. Сравнительное конституционное право. Киев, 2007. С. 15.

² Там же.

³ Этой ошибочной посылки придерживается И. А. Конюхова, предпринявшая интересную попытку на монографическом уровне исследовать проблему взаимодействия конституционного и международного права. Автор смешивает понятия глобального развития как объективный феномен ушедшего XX в. и наступившего XXI в. с понятием глобализации – нового экономического порядка, диктуемого деятельностью супердержав и транснациональных корпораций и имеющей исключительно негативный характер (см. об этом: Червонюк В. И., Гойман-Калинский И. В. Глобализация, государство, право // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 87–94).

в структуре национального права в немалой степени связано и с его «близостью» к международному праву¹.

Взаимосвязь международного и конституционного права проявляется в следующем.

Во-первых, в том, что именно нормы конституционного права определяют действующий в национальном праве тот или иной объем норм международного права, юридическую природу инкорпорированного в национальное законодательство международного права, устанавливают правовой режим его действия. Часто национальные конституции для указанной цели используют общие формулировки типа: «общепризнанные нормы и принципы международного права», «международные договоры» и т. п. В то же время конституционные акты нередко содержат прямое указание на конкретный акт международного права. Согласно ст. 16-а Основного закона ФРГ (включенной в него 28 июня 1993 г.) в решении вопросов предоставления политического убежища Германия придерживается в отношении стран – членов Европейских сообществ Конвенции о статусе беженцев и Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Тем самым такие акты имеют прямое действие в ФРГ, что предполагает возможность судов при разрешении споров ссылаться на них как на юридическое основание принимаемого решения.

Во-вторых, в нормах конституционного права определяется соотношение юридической силы международных и внутригосударственных норм права. Согласно ст. 5 Конституции Республики Болгария от 12 июля 1991 г. международные договоры, ратифицированные в конституционном порядке, опубликованные и вступившие в силу для Республики Болгария, являются частью внутреннего права страны. Они имеют преимущество перед теми нормами внутреннего законодательства, которые им противоречат. Статья 5 Конституции Албании от 21 октября 1998 г. устанавливает, что Республика Албания со-

¹ При этом автор не разделяет господствующего в международно-правовой литературе подхода о «раздельном существовании двух самостоятельных правовых систем – международного и внутригосударственного. Международное право – это самостоятельная, отличная от национальных правовых систем конкретных государств система права» (Канашевский В. А. Международные нормы и гражданское законодательство России. М. : Международные отношения, 2004. С. 3, 22–23).

Представляется более точным следующий взгляд на проблему: тенденции развития законодательства показали несостоятельность развития концепции раздельного (параллельного) существования норм внутреннего законодательства и норм международных договоров (см.: Бублик В. А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законотворчества и правоприменения : монография. Екатеринбург: УрГЮА, 1999. С. 54).

блюдает международное право, которое является обязательной частью ее правовой системы. Для определения юридической силы норм международного права национальный законодатель использует различные технико-юридические приемы.

Так, в ряде стран конституционно устанавливается иерархия форм (источников) права. К примеру, в ст. 116 Конституции Албании от 21 октября 1998 г. установлена следующая иерархия: а) Конституция; б) ратифицированные международные соглашения; в) законы; г) нормативные акты Совета министров.

Ряд государств в конституциях признали нормы международного права частью своих правовых систем, а многие закрепили особую юридическую природу норм международного права в случае их инкорпорации в национальные конституции¹. Так, согласно ст. 25 Основного закона ФРГ общепризнанные нормы международного права являются составной частью федерального права. Основной закон устанавливает, что они имеют преимущество перед законами и порождают права и обязанности непосредственно для лиц, проживающих на территории Федерации. В ст. 9 Конституции Австрии (в ред. Федерального конституционного закона от 1 июля 1981 г.) установлено, что общепризнанные нормы международного права действуют в качестве составной части федерального права; согласно ст. 10 Конституции Италии от 22 декабря 1947 г., правопорядок Италии должен согласовываться с общепризнанными нормами международного права. В § 7 главы 1 Конституции Венгерской Республики от 18 августа 1949 г. было закреплено, что правовая система Венгерской Республики принимает общепринятые положения международного права, а также обеспечивает согласованность принятых требований международного права и права внутреннего.

Кроме того, конституции многих государств определяют приоритетное положение норм международного права в области прав человека. В частности, в конституционных нормах закрепляется принцип прямого действия норм международного права в области прав и свобод и признание их особой юридической силы. Так, согласно п. 2 ст. 11 Конституции Боснии и Герцеговины права и свободы, закрепленные в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколах к ней, имеют прямое действие в Боснии и Герцеговине. Они обладают преимущественной силой относительно всех других норм права. Аналогичные положения содержат Конституции Португалии (ч. 1 ст. 16), Греции (ч. 2 ст. 5), Грузии (ст. 7) и других государств².

В-третьих, как правило, нормы национальной конституции определяют способ «вхождения, или имплементации международно-

¹ См.: Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 3.

² С этой точки зрения следует критически отнестись к утверждению специалистов международного права о том, что конституционные формулировки ст. 25 Основного закона ФРГ, п. 1 ст. 28 Конституции Греции, ч. 4 ст. 5 Конституции Болгарии, ст. 96 Конституции Испании и ч. 1 ст. 9 Украины о признании норм международного права частью внутригосударственного права «являются подходом лишь данных государств и не отменяют того принципиального положения, что международное право не может составлять часть внутригосударственного права» (Канашевский В. А. Нормы международного права и гражданское законодательство России. М., 2004. С. 24–25). То, что данный автор воспринимает проявлением правовой позиции отдельных стран, на самом деле уже давно приобрело характер устойчивой тенденции. Анализ конституций целого ряда зарубежных стран, кроме уже приведенных, напротив, свидетельствует о том, что подобные формулировки – скорее всего, выражение общих подходов относительно признания международного права частью национального.

правовых норм в национальное право¹. Так, согласно ч. 1 и 2 ст. 8 Конституции Португальской Республики нормы и принципы общего и обычного международного права являются составной частью португальского права. Нормы международных договоров, ратифицированные или одобренные должным образом, вступают в силу после официальной публикации, и их выполнение становится обязательным для Португальского государства.

Другой способ имплементации – автоматическая адаптация. Во многих странах признается действие международно-правовой нормы на их территориях по принципу *proprio vigore* (собственная юридическая сила). В частности, в Англии действует сформулированный Блэкстоном принцип: «Международное право есть часть права страны». Этому же принципу придерживаются США, Канада, ФРГ, Франция, Швейцария и др.

В большинстве так называемых «цивилизованных» государств (понятие, используемое ст. 38 Статуса Международного Суда) ратифицированные международные договоры автоматически становятся частью национального законодательства и для этого не нужно принятия специального закона или внесения изменения в действующие правовые акты.

Иногда государства оговаривают в своих конституциях случаи, когда договоры не могут действовать непосредственно. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 4 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. международные договоры, ратифицированные Республикой, применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

Но многие государства используют одновременно несколько способов имплементации². Через формулировку общей нормы о признании норм международного права в качестве части внутригосударственной системы они допускают прямое действие международных правил в случаях, когда вопросы не урегулированы национальным правом. Одновременно путем определения порядка ратификации международных соглашений, процедур вступления их в силу на территории эти же страны определяют механизмы трансформации положе-

¹ В международном праве имплементация (англ. *implementation* – осуществление) понимается как перевод международной нормы во внутригосударственную. Она предполагает акт участия государства в деле этой трансформации. Этот акт состоит в формально-юридическом выражении согласия государства на придание международному акту юридической силы во внутреннем правопорядке.

² См. об этом: Международное право. 5-е изд. / отв. ред. О. И. Бекяшев. М., 2006.

ний международного права в нормы конституционного права и иных отраслей права.

Существуют особенности имплементации европейского права. Аксиоматично, что правоприменительные органы обязаны применять нормы европейского права точно так же, как и свои собственные. Правовые акты Комиссии, Совета и Парламента наделены «пробивной силой» более высокой по сравнению с классическими международными договорами. Некоторые из них вовсе исключают вмешательство государств для их имплементации. Такая высокая нормативная сила регламентов, директив, решений и «приговоров» Суда ЕС – особенность Сообщества и в истории международно-правовых организаций почти не встречается.

В-четвертых, взаимосвязь международного и конституционного права особо проявляется в сфере действия гуманитарного права. Международно-правовые акты содержат указания относительно форм и способов защиты основных прав и свобод, требований, предъявляемых к национальным государствам и их правовым системам в данной сфере.

Так, согласно п. «b» ч. 3 ст. 2 Международного пакта о гражданских и политических правах защита предусмотренных им прав обеспечивается не только компетентными национальными, судебными, административными или законодательными органами, но и любым другим компетентным органом, предусмотренным правовой системой государства. В Декларации от 9 декабря 1998 г. «О праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы», принятой Генеральной Ассамблеей ООН, отмечается, что каждый человек индивидуально и совместно с другими имеет право на пользование эффективными средствами правовой защиты и на защиту в случае нарушения этих прав. Согласно Декларации (ст. 9) государство обязано проводить незамедлительное и беспристрастное расследование или обеспечивает проведение расследования всякий раз, когда имеются разумные основания полагать, что на любой территории, находящейся под его юрисдикцией, произошло нарушение прав человека и основных свобод.

Международно-правовые документы содержат также указание на то, что защита именно основных (конституционных) прав и свобод граждан обеспечивается в том числе наднациональными институтами. В соответствии с упомянутой ст. 9 Декларации каждый человек имеет право индивидуально или совместно с другими на беспрепятственный доступ к международным органам, обладающим общей или специальной компетенцией получать и рассматривать сообщения по вопросам прав человека и основных свобод, а также поддерживать с ними связь¹.

В-пятых, как правило, именно на конституционном уровне закрепляются прерогативы государства и его институтов во внешнеполитической сфере. Особенностью конституций четвертого поколения (вновь принятых или обновляемых), охватывающих последнее десятилетие прошлого столетия и начало нынешнего века, является дальнейшее усиление их роли как регулятора основ внешнеполитической, внешнеэкономической и международно-правовой деятельности государств.

¹ См.: Международное публичное право. Сборник документов. М. : БЕК, 1996; Международные акты о правах человека : сборник документов. М., 1998.

Если более широко посмотреть на эту проблему, то национальные конституции определяют отношение и принципы конкретного государства по отношению к международному правопорядку, формулируют свои цели и задачи в этой сфере. Так, согласно ст. 2 Конституции Греции от 11 июня 1975 г., Греция, следуя общепризнанным нормам международного права, стремится к укреплению мира, справедливости, а также развитию дружественных отношений между народами и государствами.

Влияние международного права на конституционное проявляется и в том, что на основании международных норм или целиком из них может сформироваться нормативный массив конституционного уровня. Так, именно на основании международных договоров¹ страны Европейского союза создали надконституционное право, именуемое коммуни-тарным и составляющее неотъемлемую часть национальных правовых систем. В конституциях и законах государств – членов ЕС содержится ссылка на прямое действие тех или иных международно-правовых документов, составляющих источники права Союза. Согласно Преамбуле Конституции Боснии и Герцеговины от 8 сентября 1995 г., Конституция этой страны принимается на базе Основных принципов, согласованных 8 сентября 1995 г. в Женеве и 26 сентября 1995 г. в Нью-Йорке. Приложением к Конституции Республики Кипр считается Договор этого государства с Грецией, Турцией, Великобританией и Северной Ирландией о гарантиях независимости, территориальной целостности Республики Кипр.

Присутствие международного права в конституционном связано с фактом определения статуса территориальной организации государства – проблемы чрезвычайно актуальной для всех без исключения государств, а для немалого их числа и болезненной: закреплением государственного суверенитета, фактом вхождения государства в состав межгосударственного объединения.

В нормах международного права представлена содержательная характеристика закрепленных в национальных конституциях принципов государственного суверенитета, территориального устройства, правосудия и др. Так, в подавляющем большинстве конституций закрепляется принцип права на самоопределение. Понятно, что его произвольное или неоднозначное понимание чревато серьезными последствиями, в особенности для многонациональных государств. Юридическое содержание данного принципа определено Декларацией о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества в соответствии с Уставом ООН (1970) путем перечисления способов его (принципа) осуществления. К таковым способам отнесены: а) создание суверенного и независимого государства; б) свободное присоединение к независимому государству или объединение с ним; в) установление любого другого политического статуса, свободно определенного народом².

Несомненно, влияние международного права на национальное и конституционное в особенности обусловлено также интеграционными процессами, в которые так или иначе оказались вовлечены практически все государства. Интеграция ведет к созданию единых информационных, таможенных, транспортных, банковских систем, а на этой основе применительно к различным отраслям хозяйства формируется общее транспортное, банковское, таможенное, антимонопольное, аграрное, трудовое законодательство, в рамках которого действуют общие стандарты в области труда, социального обеспечения, охраны окружающей среды и др. Таким образом складывается единое и общее правовое про-

¹ В первую очередь это так называемые. учредительные договоры, имеющие конституирующий характер для Европейского союза: Парижский договор об учреждении ЕОУС 1951 г., Римский договор, учреждающий ЕС 1957 г., Римский договор, учреждающий Евроатом 1957 г., Маастрихтский договор о Европейском союзе 1992 г. Это также Брюссельский договор, учреждающий единый Совет и единую Комиссию европейских сообществ (Договор о слиянии) 1965 г., Бюджетный договор 1970 г. и 1975 г. Единый европейский акт 1986 г., Ниццкий договор 2001 г.

² Международное право в документах. М., 1982. С. 10.

странство, что неизбежно порождает необходимость его конституционного оформления. Именно это обстоятельство обусловило принятие конституционного акта, определяющего статус Союза Республики Беларусь и Российской Федерации, единой Конституции Европейского союза, или Конституционного договора для государств Европы.

§ 8. Конституционная ответственность в структуре конституционного права

Особенностью отрасли права является специфический вид ответственности, присущий только данной отрасли или имеющий в ней существенную специфику. Если даже не абсолютизировать значение юридической ответственности, вроде того, что «институт юридической ответственности – сердцевина отрасли права», показатель отраслевого самоопределения соответствующих нормативных блоков и правовых норм», то все равно придется признать ее (юридической ответственности) присутствие в институтах и нормах отраслевого нормативного образования и даже более крупных нормативных общностей. Сущностное назначение юридической ответственности, ее особое место в системе средств правового регулирования заключено в использовании посредством закрепления в санкции нормы угрозы применения охранительно-принудительных мер одного из универсальных способов правового регулирования – запретов. Юридическая ответственность, таким образом, является одним из важнейших средств организации правильного (должного) исполнения адресатами предписаний правовых актов, предупреждения и пресечения нежелательного с точки зрения закона поведения. Предостерегая субъектов права от совершения запрещенных (неправовых) деяний, юридическая ответственность тем самым охраняет социум от нежелательного развития ситуаций, с одной стороны, и стимулирует правомерные деяния – с другой. Таким образом, наличие специфического для данной отрасли права вида ответственности значительно усиливает ее (отрасли) регулятивный потенциал.

В юридической теории и практике о конституционной ответственности «всерьез» заговорили сравнительно недавно. При этом в оценке ее связей с иными, «классическими» видами ответственности мнения разошлись: одна группа авторов исходит из того, что по своему юридическому составу (объекту, субъекту, объективной и субъективной стороне) конституционная ответственность находится в одном «ряду» с иными видами ответственности, применяемыми в сфере публичного права; другая группа, напротив, полагает, что конституционная ответственность по своим свойствам ближе неюридическим видам ответственности, в частности к политической.

Во всех этих случаях действительная природа конституционной ответственности, ее собственный «бренд», остается «за кадром». Попытки найти точки соприкосновения между этими позициями оказываются безуспешными. Даже некое «срединное» мнение о том, что конституционная ответственность одновременно и юридическая, и политическая, она и негативная, и позитивная, по существу, мало что добавляют конструктивного, «образ» конституционной ответственности остается неузнаваемым.

Предлагаемая аргументация не проясняет особенностей юридической природы конституционной ответственности, ее принципиальных отличий от иных видов принуждения в праве, не позволяет определить «набор» тех охранительно-принудительных средств, которые специфичны только для данного вида ответственности. Отсюда признание конституционной ответственности самостоятельным видом очевидно, главным образом, для небольшого круга специалистов. Реально же механизм конституционно-правовой ответственности не выполняет своего предназначения, сферы его действия не определены, ощутимого влияния на режим конституционной законности он не оказывает. Наука конституционного права оказалась не способной своевременно реагировать на потребности конституционной практики. Получается так, что без смены парадигмы «хождение по замкнутому кругу», что называется, запрограммировано. Обоснование такой парадигмы предполагает переоценку некоторых устоявшихся подходов и оценок в данном вопросе, а вместе с этим и определение истинных характеристик конституционной ответственности.

Методологически исходной посылкой обоснования природы конституционной ответственности является, как правильно замечено, своеобразие нормативного состава отрасли. Нормативным «веществом» отрасли права являются ее установления, которые по своим юридическим характеристикам, механизмам действия подразделяются на две большие группы: 1) нормы, содержащие конкретные предписания; их часто именуют предоставительно-обязывающими (конкретному праву, содержащемуся в норме, соответствует столь же конкретная юридическая обязанность); 2) исходные нормативные положения, или нормы общие, закрепляющие общеправовые ценности (дефинитивные нормы, нормы-цели, «перспективные» нормы, и др.), выраженные в принципах права, юридических аксиомах, презумпциях права и др. Каждой из этих групп норм соответствует свой тип правоотношений, соответственно относительные («конкретные») и общерегулятивные («общие») правоотношения; равно как и набор «собственных» охранительно-принудительных юридических средств. В принципе такое строение характерно для всякой отрасли права. Однако особенность нормативной структуры конституционного права как раз и состоит в том, что удельный вес нормативных положений второй группы оказывается довольно значительным.

Сконструированные по образцу нормы-предписания нормы, относящиеся к первой группе, имеют признаваемую трехчленную структуру; соответственно их реализуемость обеспечивается предусмотренными санкциями этих норм охранительно-принудительными средствами. Та часть конституционного права, которая представлена предоставительно-обязывающими нормами, предполагает санкции, которые содержатся в бланкетных нормах, т. е. нормах иных отраслей права. Виду бланкетных норм соответствует и отраслевой вид юридической ответственности. Следовательно, те предметные области (объекты регулирования и защиты) конституционного права, которые

получили воплощение в конкретных установлениях и институтах конституционного права, подлежат защите «традиционными» отраслями национального права. Схема оказывается достаточно понятной, но в этом случае речь идет не о конституционной ответственности, а о тех разновидностях юридической ответственности – уголовно-правовой, административно-правовой и др., применение которых вытекает из содержания конституционных установлений (хотя, конечно, следует учитывать и то, что ряд таких установлений охраняются и средствами собственно конституционного права, в частности включая так называемые санкции ничтожности, иные меры защиты, превентивные меры и меры пресечения).

В указанном смысле конституционную ответственность следует отличать от *ответственности за нарушение конституционных норм*, которая возлагается на граждан, должностных лиц в случае виновного нарушения ими таких норм (например, умышленное невключение граждан в списки избирателей или отказ от регистрации лица в качестве кандидата на выборную должность, фальсификация результатов голосования и др.) влекут административную и уголовную ответственность. В этих случаях речь идет об уголовной, административной или иных видах юридической ответственности.

Что касается исходных нормативных положений (следующего нормативного «слоя» конституционного права), то их особенность в том, что они выражают своим содержанием основные конституционные ценности, закрепляют принципы конституционного права: признание человека, его прав и свобод высшей ценностью, народовластие, разделение властей, федерализм, идеологическое многообразие и политический плюрализм, верховенство федерального права и др. Очевидно, что «охрана признаваемых доктриной и практикой правовых ценностей и принципов... должна быть построена в конституционном праве иначе»¹. Понятно, что правовая защита этих положений опосредованно осуществляется через конкретные нормы, но они в то же время, заключая в себе мощный регулятивный потенциал, должны располагать и «собственными» механизмами защиты. Иное понимание значения этой составляющей конституционного права ведет к отрицанию за его исходными положениями (общими нормами) роли нормативно-юридических регуляторов. В этом случае они претендуют только на квалификацию «обычных» политических деклараций.

¹ Княгинин К. Н. Доктрина конституционной ответственности: есть ли шанс прервать «гонки по кругу» // Конституционный строй России. Вып. V / отв. ред. Ю. Л. Шульженко. М., 2006. С. 162–178.

Специально-юридическим механизмом принудительного обеспечения этой структурно-нормативной общности конституционного права как раз и выступает конституционная ответственность, которая, будучи видом юридической ответственности, вместе с тем, сохраняет набор особенных характеристик, придающих ей особый «колорит».

Конструктивной особенностью конституционного права предопределена, как верно замечено, необходимость отказа от рецепции (прямого заимствования и переноса) теорией конституционно-правовой ответственности понятий и выводов, свойственных, уголовно-правовой и административно-правовой ответственности. Непохожесть конституционной ответственности с «криминальными» видами юридической ответственности определяет ее специфическое основание, состав деликта и пр., применение специфических охранительно-принудительных мер (санкций). Конструктивные особенности рассматриваемого вида надлежит оценивать совершенно иначе.

Состав *конституционного деликта* по своему формально-юридическому содержанию не совпадает с набором признаков, присущих всякому правонарушению: объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона¹. Это, в частности, означает, что сформулированное римскими юристами и приобретшее в современной юриспруденции характер юридической аксиомы положение «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*» (лат. – «нет преступления и наказания без указания на то в законе») не вполне применимо для определения объективной стороны конституционного деликта; иной оказывается оценка самого деяния, его противоправность, связь деяния и наступивших последствий.

Принципиально иными для конституционной ответственности оказываются субъекты и субъективная сторона конституционной ответственности: гражданин, за некоторыми изъятиями, субъектом данного вида ответственности не признается; в качестве такового, прежде всего, выступает носитель властных полномочий – публичные власти и публичные должностные лица². Главное, что оттеняет субъек-

¹ С этой точки зрения нуждается в уточнении вывод о том, что «конституционно-правовой ответственности, как и всякой другой юридической ответственности, присущи элементы кары как претерпевание неблагоприятных для правонарушителя последствий... наличие вины...» (Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 4-е изд., пререраб. и доп. М. : ТК Велби, Проспект, 2006. С. 34).

² Субъектами конституционной ответственности, конечно, признаются и иные публично-правовые образования (к примеру, некоммерческие организации), тем не менее, публичные власти и публичные должностные лица - все же специфичный субъект данного вида ответственности.

тивную сторону неконституционного деяния – это необязательность вины. Закрепленная нормами конституционного права логическая конструкция состава конституционного деликта может быть и несколько усеченной: в числе признаков составов большинства конституционных деликтов может отсутствовать такой элемент его состава, как вина. Соответственно основанием конституционной ответственности выступает конституционный деликт с так называемым «усеченным» составом. Таким образом, если применительно к традиционным видам юридической ответственности в публичных отраслях права действует презумпция невиновности, то конституционная ответственность основывается на *презумпции вины*, что в особенности касается оценки деяний публичных властей и публичных должностных лиц.

Отмеченное обусловлено тем, что конституционные принципы, а равно иные исходные конституционные установления, могут быть поставлены под угрозу как виновными, так и невиновными действиями властного субъекта. При этом юридическими фактами или юридическим основанием ответственности является как неконституционное поведение, так и в отдельных случаях событие, не связанное с его (субъектом ответственности) действиями. Более того, конституционно-правовая ответственность может быть возложена за деяния других субъектов. Таким образом, в ряде случаев допускается «объективное вменение» в вину. Отсюда объективной стороной конституционного деликта следует считать обусловленное диспозициями конституционных норм неправоное поведение субъекта такой ответственности. Конституционная ответственность наступает не только при совершении правонарушения, но и за действия (бездействие), квалифицируемые как «неправильный политический курс», «неэффективная деятельность», «слабость руководства» и т. п., т. е. за неконституционные формы поведения, притом, что такое поведение сопряжено с ущемлением конституционных интересов, прежде всего, носителей основных прав и свобод, национальных интересов, интересов публичной службы (в широком ее понимании).

Еще одна сущностная особенность «непохожести» рассматриваемого вида ответственности – *наличие в составе конституционного права специального комплекса охранительно-принудительных средств (санкций)*, которым не располагает ни одна из отраслей национального права. Тем самым предусмотренные Основным законом страны фундаментальные конституционные ценности и приоритеты

обеспечиваются и особым охранительным инструментарием конституционного права¹.

Закрепляемый в санкциях норм конституционного права комплекс охранительно-принудительных средств принципиально разнится с принудительными мерами, присущими иным отраслям права: это удаление в отставку главы местного самоуправления (местной администрации), отрешение от должности, роспуск представительного органа власти, лишение мандата, расформирование избирательной комиссии и т. д.). В то же время не следует абсолютизировать эту «специализацию» конституционной ответственности, за гранью которой вовсе утрачивается ее связь с правом.

Кроме того, санкции в конституционном праве не затрагивают личную, физическую свободу индивидов – имплицитное свойство уголовно-правовых и административно-правовых санкций, не ущемляют имущественный статус субъектов права (физических и юридических лиц) – свойство гражданско-правовых и финансово-правовых санкций, отличаются особым механизмом реализации и пр.

В этой связи выделяется и другая принципиальная особенность рассматриваемого вида ответственности, придающая некоторое «родство» конституционному праву с частным правом: являясь публично-правовой в своих основных проявлениях, конституционно-правовая ответственность, вместе с тем, обладает целым рядом свойств, присущих частноправовой ответственности. В частности, в сравнении с иными видами юридической ответственности конституционная ответственность выделяется своим назначением и преследуемыми функциями. Ее главное назначение – восстановление нарушенного конституционного правопорядка, нарушенных прав человека и гражданина, нарушенного баланса во взаимоотношениях между властны-

¹ Достаточно распространенное мнение о том, что конституционно-правовая санкция не является обязательным, конститутивным элементом конституционно-правовой нормы, подкрепляется многократно воспроизводимым в разных изданиях и разными авторами аргументом о том, что в этом (отсутствии санкций) и заключена специфика конституционного права. Но если оно (конституционное право) специфично так, что его нормативные положения, которые, как и всякое право, должно обладать обязательностью, исполнимостью и результативностью, не обеспечено принудительными механизмами, то следствием этого может быть вывод о неюридическом или квазюридическом характере норм и институтов конституционного права (с чем вряд ли кто согласится). Очевидно, невозможно отрицать то, что в действительности конституционное право редко закрепляет санкции в качестве структурного элемента своих норм. Однако вопрос о том, следует это считать, скорее, несовершенством законодательной политики и техники или самобытностью метода конституционно-правового регулирования (его закономерностью), остается открытым.

ми институтами и т. п. Соответственно, если для отраслей публично-го права, главным образом, свойственна штрафная, или карательная функция, то конституционная ответственность преследует осуществление правосоставительной функции, точно так же, как это характерно для отраслей частного права. Отсюда применяемые в конституционном праве охранительные меры, не являются преимущественно карательными, они «касаются исключительно конституционно-властных составляющих статусов лиц, к которым эти меры применяются. Их применение означает отладку либо перенастройку отношений внутри конституционно-властного каркаса общества и государства. Их назначение – обеспечение конституционного поведения институтов публичной власти»¹. Кроме того, для конституционной ответственности характерным является применение свойственных гражданско-правовой ответственности охранительно-принудительных средств, например признание правового акта (действия) недействительным, что, несомненно, «роднит» ее с так называемыми санкциями ничтожности в частном праве.

Таким образом, *принципиальная особенность нормативного строения конституционного права обуславливает и самобытность конституционной ответственности*, которая мало в чем «похожа» на другие виды (как, впрочем, не похоже конституционное право на иные ветви права).

Отмеченное позволяет усомниться в квалификации конституционной ответственности как вида так называемой публично-правовой ответственности. По мнению ее сторонников (М. А. Краснов, И. А. Умнова и др.), в публично-правовой ответственности сочетаются и политические, и правовые меры, а ее субъекты ответственны перед основными источниками публичной власти – гражданином, народом, населением. «Публично-правовая ответственность распространяется на отношения, регулируемые не только конституционным, но и административным, финансовым, природоресурсным правом, т. е. на все отношения, возникающие в процессе осуществления функций публичной власти»².

Понятию «публично-правовая ответственность», таким образом, придается не только надотраслевое значение, но она и вовсе выводится за пределы досягаемости права. Такой подход не просто усложняет

¹ См.: Конституционный строй России. Вып. V / отв. ред. Ю. Л. Шульженко. М., 2006. С. 162–178.

² Умнова И. А. Конституционные основы современного российского федерализма. М., 1998. С. 219–220.

ет, но и делает невозможным применение юридического инструментария к оценке поведения и деятельности органов (должностных лиц) публичной власти. Очевидно, что юридическая ответственность носителей властных полномочий есть внутреннее свойство системы организации государственной (публичной) власти¹. Публично-правовая ответственность в данном контексте может быть идентифицирована как ответственность властных институтов и их представителей перед народом или, иными словами, как конституционно-правовая ответственность. Представляется, что понятие и соответствующий ему термин «публично-правовая ответственность» могут быть использованы для иных целей: характеристики вида (формы) конституционной ответственности, субъектами которой являются исключительно публичные власти и публичные должностные лица – наиболее специфичная для конституционного права разновидность его субъектов².

В аспекте отстаиваемого подхода следует оценивать соотношение конституционной и политической ответственности, интерпретируемой как ответственность власти перед обществом за выполнение принятых на себя обязательств, обещаний, программ; мерой политической ответственности при этом считается отстранение от власти тех лиц, кто не должным образом осуществлял свои публичные функции³. Отмечается, что, если конституционная ответственность наступает только за правонарушения (деликты) в конституционном праве, то основание политической ответственности – нецелесообразность деятельности должностных лиц, а не совершение ими правонарушений⁴.

Анализируемый подход, как представляется, основывается, во-первых, на традиционном понимании применяемых в конституционном праве средств воздействия, а во-вторых, не вполне точно отображает специфику действия конституционного права, которое в значительной мере «погружено в политическую сферу: действие вторгающихся в политическое пространство конституционных норм и принципов имеет политический контекст и политические последствия.

¹ См.: Овсепян Ж. И. Юридическая ответственность и государственное принуждение (теоретико-правовое и конституционно-правовое исследование). Ростов н/Д, 2005. С. 34.

² См. об этом: Червонюк В. И. Публичные власти и публичные должностные лица как субъект ответственности в современных конституционных системах // Вестник Московского университета МВД России. – 2010. – № 7. – С. 41–51).

³ См.: Колосова Н. М. Теория конституционной ответственности: природа, особенности, структура : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005.

⁴ См.: Кравец И. А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики). М. ; Новосибирск, 2002. С. 259.

Этой особенностью конституционное право отличается от «классических» отраслей права, а конституционная ответственность от иных отраслевых видов юридической ответственности. Из этого, однако, не следует, что «поскольку конституционное право регулирует главным образом политические отношения, постольку и конституционно-правовая ответственность имеет политическое содержание, а ее меры – политический характер»¹. Как вид принуждения конституционная ответственность всегда сопряжена с наступлением предусмотренных законом негативных последствий к субъектам политического властвования, чье поведение квалифицируется как неконституционное. С этой точки зрения сближение конституционной и политической ответственности нельзя доводить до крайностей, за гранью которых утрачивается всякая связь конституционной ответственности с правом. Возражая против прямого переноса признаков и свойств конструкции юридической ответственности, разработанной в общей юриспруденции, вместе с тем, следует помнить, что, как всякий вид юридической ответственности, конституционная ответственность не должна утрачивать присущих ей родовых признаков, т. е. специально-юридического содержания.

В контексте анализируемой проблемы следует оценивать и так называемый перспективный, или позитивный аспект конституционной ответственности. Длительный и затянувшийся в общетеоретической литературе спор о двух аспектах юридической ответственности в последние годы как-то угас. При обозначившихся оценках позитивной ответственности стала очевидной бесперспективность такого подхода, при котором собственно юридическое содержание изымалось из характеристики перспективного (позитивного) аспекта ответственности. В связи с обоснованием конституционной ответственности этот спор перенесен и на страницы литературы по конституционному праву: позитивная ответственность представляется как «ответственное отношение субъектов к своим обязанностям, добросовестное и эффективное их исполнение»².

В то же время в новейшей литературе обращает на себя внимание позиция, согласно которой позитивная ответственность, «как и негативная, может выражаться в наступлении определенных неблагоприятных для субъекта последствий, «социальных неудобств», в лишении известных благ» при отсутствии факта правонарушения и при от-

¹ Виноградов В. А. Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности // Законодательство: право для бизнеса. – 2002. – № 10. – С. 63; Шон Д. Т. Конституционная ответственность // Государство и право. – 1995. – № 7. – С. 39.

² Лучин В. О. Ответственность в механизме реализации Конституции // Право и жизнь. – 1992. – № 1. – С. 36.

сутствии вины»¹. В качестве примеров приводят случаи, когда в результате неаттестации госслужащего он отстраняется от занимаемой должности (объявляется служебное несоответствие), увольнение руководителя за провалы в работе и выраженное недоверие коллектива и пр. Отмечается, что правильнее «под позитивной ответственностью понимать применение уполномоченными субъектами юридических санкций к органам власти, должностным лицам при отсутствии в их действиях составов правонарушений». В качестве оснований для применения санкций указывают на общую негативную оценку деятельности (отдельных действий) органов, должностных лиц или принятие ими решений, пусть и правомерных, но негативно оцениваемых субъектом возложения ответственности или влекущих обязательное применение санкций в силу предписаний закона.

К видам ответственности относят отставку правительства, роспуск парламента, отзыв депутатов, выборных должностных лиц в связи с утратой доверия избирателей². В понимании указанных авторов эти меры следует рассматривать как позитивную ответственность на том основании, что они «ущемляют организационный статус людей, не ограничивая их общего правового статуса», «не преследуют целей кары, наказания» и «сопровождаются компенсационными мерами»³. В таком случае и самороспуск парламента или одной из его палат, и отставка органа власти по собственной инициативе попадают под все эти квалификации.

Юристы «склонны» запутывать суть проблемы или разрешать ее весьма своеобразно. Очевидно, что во всех этих случаях речь идет о неисполнении принятых на себя ранее обязательств, притом о неисполнении статутных (основных, вытекающих из специального статуса) обязанностей, возложенных на субъекта. Именно это обстоятельство является основанием наступления для данного субъекта неблагоприятных последствий. Субъективная сторона вменения вины в подобных случаях не имеет значения. Что касается ответственности в случаях со спикером и депутатами, а равно роспуском парламента и отставкой правительства, то здесь основанием наступления нежелательных правовых последствий является не виновное поведение указанных лиц, а специфический юридический факт – поведение электората, членов парламента.

Можно сказать, что в данном случае мы встречаемся с разновидностью так называемого «объективного вменения», влекущего меры юридического реагирования. Публично-правовые отношения, в которых пребывают указанные лица и органы государства, их специальная правосубъектность предрасполагают к такой «юридической реакции». Показательно, что аргументируя обоснованность существования позитивной конституционной ответственности ссылками на негативные последствия, наступающие вследствие реализации санкций и присущие ей как всякому виду юридической ответственности, авторы уже упомянутой работы утверждают, что «это именно санкции, которые заключаются в ущемлении, лишении прав»⁴. Но это ведь и есть собственно юридическая (негативная) ответственность. Хотя, конечно, особенности конституционного права определяют особые

¹ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М. : Юристъ, 2001. С. 451–452.

² См.: Конституционное право России : учебник / отв. ред. А. Н. Кокотов и М. И. Кукушкин. М., 2003. С. 35.

³ Там же.

⁴ См.: Конституционное право России : учебник / отв. ред. А. Н. Кокотов и М. И. Кукушкин, М., 2003. С.35.

характеристики и конституционной ответственности. Они в том числе выражаются в особенностях ее оснований, субъектном составе, природе санкций, характере их реализации и др.

В последние годы в отечественной литературе наряду с конституционной ответственностью стали выделять и ответственность муниципальную (муниципально-правовую). Смысл очевиден: раз выделяется «самостоятельная» отрасль права¹, значит, у нее должен быть и «свой» (присущий только данной отрасли права) вид юридической ответственности. В качестве обоснования такой позиции ее сторонники обращают внимание на наличие в законодательстве якобы специальных санкций, «муниципальных деликтов» и т. п. Чаще всего особенность так называемой муниципальной ответственности усматривают в ее субъекте. В частности, отмечается, что ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления – это и есть муниципально-правовая ответственность². Тем самым допускается смешение сфер применения одного и того же вида юридической ответственности. Получается, что отзыв депутата законодательных (представительных) органов государственной власти субъекта Российской Федерации – это конституционная ответственность, а отзыв депутата представительных органов местного самоуправления является муниципально-правовой ответственностью. Точно так же отрешение от должности главы муниципального образования (к примеру, мэра административного центра субъекта Федерации) есть муниципально-правовая ответственность, а главы исполнительной власти этого же субъекта Федерации – это уже конституционно-правовая ответственность.

Особо подчеркивается, что основанием выделения муниципально-правовой ответственности является своеобразный набор санкций, применяемых к специальному субъекту за совершение особого вида правонарушений – муниципального деликта³.

Такой подход, как представляется, грешит односторонностью и не учитывает, во-первых, особенностей регулятивного и охранительного действия права, его системного эффекта; во-вторых, юридической природы ответственности публично-правовых институтов власти. Это ответственность в публично-правовой сфере, как отмечалось, у нее специфичные субъекты; объект защиты – права и свободы человека. Соответственно, являясь по форме муниципально-правовой, такая ответственность по своему содержанию выступает конституционно-правовой мерой принуждения. Ее основание – конституционный деликт, притом не имеет принципиального значения статус субъекта неконституционного поведения – обременен ли он властными полномо-

¹ Критику отраслевой мультипликации см.: Червонюк В. И. Структура права: закономерности формирования и развития : в 9 вып. Вып. 4. Параотрасли в структуре отечественного права // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – № 6.

² См.: Шугрина Е. С. Муниципальное право : учебник. М. : Дело, 1999. С. 249; Муниципальное право России : учебник / под ред. Г. Н. Чеботарева. М. : Юрист, 2005. С. 202; и др.

³ См.: Алексеев И. А. Муниципально-правовая ответственность: проблемы теории и практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2007. С. 12.

чиями в структурах муниципальной власти или же является государственной институцией: и в том, и в другом случаях это покрывается понятием публичных властей и публичных должностных лиц.

§ 9. Конституционная лексика как характеристика юридических особенностей отрасли конституционного права

Всякая отрасль права, кроме уже описанных критериев обособления (идентификации) в структуре национального права, отличается еще и специфическим понятийным аппаратом. Следовательно, особенность конституционного права отображает *конституционная лексика* – специфический понятийный аппарат, своеобразный отраслевой тезаурус, который специфичен исключительно для данной отрасли права и не перекрывается понятийным аппаратом иной отрасли права.

Для конституционного права это такие понятия, как «конституционализм», «конституционный строй», «основы конституционного строя», «конституция», «конституционная (общая) правосубъектность», «конституционные права и свободы», «конституционные гарантии прав и свобод», «органы государственной власти», «верховные органы государственной власти», «законодательный орган государственной власти», «глава государства», «институт отложенного пересмотра», «исполнительные органы государственной власти», «парламент», «парламентаризм», «парламентское право», «парламентская ответственность», «конституционный закон», «органический закон», «конституционные соглашения», «конституционный деликт», «конституционная ответственность», «конституционный процесс», законодательный процесс», «бюджетный процесс», «избирательный процесс», «конституционные процедуры», «избирательное право», «избирательные системы», «конституционный пересмотр», «поправка к конституции» и многие другие.

Исходным, базовым и фундаментальным понятием, характеризующим среду действия конституционного права, является понятие *конституционализма*. Смысловое значение конституционализма раскрывается в трех значениях. Во-первых, как принцип государственного и общественного устройства, основывающийся на народовластии, признании прав и гарантировании прав и свобод, разделении властей; принцип конституционализма в этом смысле противостоит абсолютизму и имеет свои временные параметры, различные для разных стран. В странах Западной Европы утверждение данного принципа обычно связывается с эпохой буржуазно-демократических революций. Хотя отдельные его (принципа) проявления применительно к отдельным странам можно наблюдать гораздо раньше. Во-вторых, как правление, ограниченное конституцией, или общественно-политическая система, опирающаяся на конституционные методы правления. В-третьих – это конституционная доктрина, в основу которой положена идея конституционализма. Конституционализм в этом смысле есть конституционный идеал, к которому должно стремиться общество в своем прогрессивном развитии. Значит, конституционализм – это

и реально действующая система конституционного правления (конституционный строй) и система представлений об общедемократических, общецивилизационных, политико-правовых ценностях государственно-организованного общества¹.

При этом указанные значения данного понятия совместимы. Основу конституционализма как системы правления и составные части конституционализма составляют: а) демократические институты власти, идеалы демократии: идея господства права в общественной жизни; утверждение идеалов социальной демократии, признание прав и свобод человека высшей ценностью, уважение достоинства личности институтами власти; прямое участие народа в осуществлении власти, всех институтов власти и их подчиненность интересам народа; б) соответствующий конституционный (государственный) режим (основой которого является демократическая конституция страны, престиж институтов государственной власти и его высокая оценка общественным мнением; социальная ценность институтов права, в особенности в сфере обеспечения гражданских прав и свобод, и др.; в) конституционная система защиты ценностей демократии, прав и свобод человека и гражданина, всего конституционного строя.

В широком смысле *конституционализм* – это теория конституции как таковая, история и практика конституционного строительства в той или иной стране, группе стран, мировом сообществе в целом.

С понятием конституционализма в широком смысле слова тесно связано понимание конституционализма как государственно-политического режима, включающего в себя демократический способ принятия и разработки конституции, ее высшая юридическая сила и связанная с этим необходимость конституционного контроля; роль конституции как юридического, политического и идеологического документа, признание и защита прав и свобод человека и гражданина, подчинение государства праву и т. д.

В узком или в собственном смысле слова конституционализм можно представить как целостную систему знаний о фундаментальных общечеловеческих политико-правовых ценностях, находящих выражение в демократических конституциях и демократической конституционной теории, их содержании, формах, методах и степени реализации.

Логическим следствием утверждения реального конституционализма является *конституционный строй* – форма (или способ) организации государства и общества, обеспечивающая подчинение их праву и характеризующая государство как конституционное². Конституционный строй правомерно рассматривать и как такой конституционный правопорядок, при котором права и свобода человека и гражданина действительно реализуемы, а государство, иные публичные институты власти подчинены праву, действуют эффективно и в соответствии с конституцией. В более широком значении конституционный строй – эта система господствующих в стране экономиче-

¹ Отмечая прогрессивность идей конституционализма А. А. Мишин уточнял, что речь идет о конституционном государстве, конституционном правлении, господстве права (Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник. 10-е изд., испр. и доп. М., 2003. С. 19).

² Представляется весьма специфичным рассмотрение конституционного строя только как «определенной формы, определенного способа организации государства, закрепленного в его конституции» (см.: Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2001. С. 76).

ских, политических и идеологических отношений в их конституционной форме.

В большинстве конституций зарубежных стран отсутствует прямое закрепление понятия конституционного строя. В то же время в статьях различных разделов и глав национальных конституций есть нормы, закрепляющие конституционные основы общества и государства. Как правило, такие нормы содержатся в начальных главах или разделах конституций и фиксируют принципы определенных и основополагающих институтов общества и государства, закрепляют организационное и функциональное единство общественного строя и государства.

Составляющей конституционного строя является *конституционное государство*¹. Такое государство, несомненно, имеет правовой и демократический характер. Иными словами, конституционное государство – это одновременно и *правовое* и *демократическое государство*. В этом смысле конституционное государство есть предметное воплощение демократического правового государства.

Современное конституционное государство – это одновременно и *эффективное государство*. Конституционной теории еще предстоит разобраться в сути этой характеристики государства. В самом первом приближении можно сказать, что это такое государство, которое в данных исторических условиях реализует объективно предписанные ему функции. Эффективное государство «не уходит» из тех сфер, в которых его «присутствие» объективно необходимо. Формирование такого государства в странах, государственность которых пребывает в переходном состоянии, – главная задача проводимых административных реформ.

Надо отметить, что категориальная характеристика государства в конституционном праве «проработана» слабо. Справедливо обращено внимание на то, что в государствоведении отсутствует понятие «правосубъектность государства» (Ж. И. Овсепян). Для оценки роли современного государства это имеет большое значение.

¹ В специальной литературе правовое государство абсолютизировано и недооценивается категория конституционного государства, хотя уже в дореволюционной российской литературе оно имело широкое хождение. В современной государствоведческой лексике понятие конституционного государства также встречается. В представленной здесь версии понятие конституционного государства не совпадает по содержанию с понятием конституционного строя (см.: Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 94).

В категориальном строе конституционного права в особый понятийный ряд обособляются такие понятия, как «форма правления», «форма государственно-территориального устройства», «государственный режим». Каждое из этих фундаментальных понятий притягивает к себе совокупность производных от них государствоведческих понятий. Так, с понятием государственно-территориального устройства связано понятие государственной территории или *территории государства* – составной части государства.

Сферу действия конституционного права образует *конституционно-правовое пространство* – пространство (территория), на которое распространяется действие национальной конституции, всего конституционного законодательства. Конституционно-правовое пространство охватывает сферу отношений, в границах которой устанавливается и поддерживается *конституционно-правовой режим*. Это, образно говоря, «конституционное поле» для юридических контактов органов государственной власти, граждан, иных субъектов конституционного права. Структурно конституционно-правовое пространство включает: общенациональное законодательство, распространяющееся на всю территорию страны; региональное конституционно-правовое пространство, включающее территорию отдельного субъекта РФ; муниципальное конституционно-правовое пространство – правовое пространство деятельности муниципальных образований; локальное конституционно-правовое пространство – сфера взаимодействия отдельных субъектов конституционного права. Как единый государственно-правовой комплекс конституционно-правовое пространство страны характеризуется государственной и территориальной целостностью, суверенитетом государственной власти, верховенством права.

Главной субстанцией конституционного права является личность, ее права и свободы. Место и роль личности, ее прав и свобод в конституционном праве получает выражение в центральных категориях и понятиях конституционного права.

Это, прежде всего, понятие *гражданства*, *конституционной правосубъектности*, содержанием которой охватываются *общие (конституционные) правоспособность, дееспособность и деликтоспособность*. В отличие от граждан, для которых возникновение правоспособности связывается с фактом его рождения, конституционная правосубъектность (право-дееспособность) коллективного субъекта конституционного права – органа государственной власти, политической партии возникает с момента их учреждения или государственной регистрации. Для некоторых субъектов конституционного права

момент возникновения правосубъектности предполагает возникновение сложного государственно-правового факта. Скажем, конституционная правосубъектность президента или вступление его в должность в условиях президентской и или смешанной формы правления связывается с избранием лица на пост главы государства путем проведения прямых или косвенных общенациональных выборов; приведением победившего на выборах лица к присяге (инаугурация).

Конституционная правоспособность гражданина выражается в совокупности его основных прав, свобод и обязанностей, а органа государственной власти – в компетенции. Предусмотренная в конституции и национальном законодательстве совокупность конституционных прав, свобод и обязанностей, а также гарантий их обеспечения граждан, равно как и совокупности взаимосвязанных (корреспондируемых друг другу) прав и обязанностей полномочий органов публичной власти, определяются через понятие *«правовой статус»*. Правовой статус личности (человека и гражданина) характеризуется как общий, или *конституционный статус*. Соответственно органы публичной власти, иные публично-правовые образования в конституционном праве наделены специальным конституционным статусом, основой которого является специальная правосубъектность.

Главными акторами конституционного права являются: носители гражданских прав и свобод – граждане и их объединения. Отсюда важнейшей категорией конституционного права являются *права и свободы человека и гражданина* – закрепленные в национальной конституции и гарантированные государством возможности, позволяющие каждому свободно и самостоятельно избирать вид и меру своего поведения, пользоваться социальными благами как в личных, так и в общественных интересах. В зависимости от закрепляемых в них ценностей права и свободы подразделяются на гражданские (личные), политические, социальные, экономические и культурные.

Права и свободы не действуют автоматически. Далеко не всегда достаточно одной воли и устремлений носителя права. Механизм обеспечения действенности прав и свобод характеризуется через понятие *«конституционные гарантии прав и свобод»*. Это так называемые *общие гарантии* – общие условия (конституционный строй, демократический государственный режим, режим конституционной законности, признанная обществом и поддерживаемая государством система господствующих духовно-культурных ценностей), а также *специальные конституционные гарантии* – юридические механизмы,

средства и способы, обеспечивающие беспрепятственное пользование правами и свободами их всестороннюю охрану.

Конституционное право, его нормы и институты лишь тогда приобретают истинную ценность, когда они обеспечивают реализацию конституционных интересов. Понятийной формой достижения этих конституционных целей является сеть поведенческих категорий: *конституционное регулирование, конституционное правоотношение, реализация конституционных прав и свобод, конституционное поведение, конституционный порядок*. Все эти понятия взаимосвязаны и в своем единстве отображают механизм реализации конституционных прав и свобод. Реализуя конституционный интерес, выраженный в форме конституционной правосубъектности или конституционном праве, субъекты вынуждены вступать в *конституционные правоотношения*, на основе которых у них возникают *субъективные права и юридические обязанности*. Осуществление (реализация) субъективных прав и юридических обязанностей связано с *конституционным поведением* участников правоотношений.

Реализация конституционных прав и свобод, осуществление конституционных предписаний, осуществление органами государственной власти и их должностными лицами властных полномочий (правообязанностей), в конечном счете формирует *конституционный правопорядок (конституционные порядки)* – порядок, установленный и функционирующий в соответствии с нормами национальной конституции и основанными на ней законах. Основа конституционных порядков – строй государственно-правовой жизни, в котором организация и функционирование всей системы публичной власти, отношения между властью и населением основаны на законе. Таким образом, конституционные порядки складываются исключительно на основе конституционно-правовых действий и поведения, прежде всего властных субъектов права.

Правомерный характер участников конституционного общения предопределен многими факторами, в числе которых важную роль играет *конституционная законность*. Особенности конституционной законности объективно предопределены особенностями конституции, понимаемой и в формальном, и в материальном смысле¹.

Конституция, как точно обратил на это внимание основатель нормативистской теории права Г. Кельзен, располагается на вершине «юридической пирамиды» (правовой системы) в том смысле, что высшая юридическая сила заложена именно в ней и в силу

¹ См.: Червонюк В. И. Конституция и конституционная законность // Вестник Московского университета МВД России. – 2013. – № 6.

этого она обладает безусловным верховенством в правовой системе. По данному признаку с конституцией не может конкурировать никакой другой нормативный правовой акт. В таком понимании одно из сущностных свойств конституционной законности как раз и состоит в том, что правовая жизнь страны, деятельность государства, законодательствование, вся правоприменительная практика, юридически значимые действия и поведение должностных лиц государства, вообще лиц, наделенных властными полномочиями, а также поведение граждан должны быть сообразованы с буквой и духом конституции. В этом значении конституция страны выступает правовой мерой (масштабом) свободы, а конституционная законность есть особое правовое состояние общества, при котором свобода поведения уравновешена с конституционными императивами. С учетом отмеченного конституционную законность в самом первом приближении можно рассматривать как утверждение в общественной жизни господства основного закона в национальной правовой системе, его безусловного и неоспоримого приоритета перед любым актом, содержащим нормы права. Конституция и конституционная законность – понятия взаимозависимые. Конституционная законность, несомненно, порождена фактором конституции. Однако сущность конституционной законности составляет не только (и не столько) факт существования юридической конституции. История знает немало примеров того, как при наличии *de jure* существовавших конституций складывались неправовые, тоталитарные политические режимы, утверждавшие иной, чем следовало из данной конституции, порядок в общественной жизни. Получалось так, что конституция «жила» (точнее говоря, существовала) сама по себе, а социально-правовая жизнь протекала вне ее.

Было бы не совсем правильно в этой связи обращаться исключительно к конституционной истории таких стран, как Германия и Италия периода 30–40-х годов прошлого столетия. Отмеченное подтверждается и современными конституционными реалиями. Политическая практика целого ряда стран, в том числе возникших на постсоветском пространстве, такова, что формально провозглашенные в этих странах конституции входят в явное противоречие с конституционной практикой. О режиме конституционной законности применительно к таким странам можно говорить лишь условно, с определенными оговорками. Значит, конституционная законность предполагает не только «хорошую» в формально-юридическом значении конституцию. Это лишь одно из необходимых условий ее утверждения. Важнее, чтобы продекларированные в основном законе права и свободы, их условия (гарантии), равно как и такие конституционные принципы, как разделение властей, народовластие, эффективность институтов публичной власти, социальный и правовой характер государства и др., имели бы реальное воплощение в конституционно-правовой жизни общества. Конституционная законность предопределена, обусловлена действием конституции, есть режим конституции в действии, т. е. складывающийся в общественной жизни режим исполнения (осуществления) конституции, всего конституционного законодательства как государством, его органами, так и гражданами, их объединениями, органами местного самоуправления.

Предопределенность действием конституции является сущностным свойством конституционной законности. Этим качеством понятие конституционной законности принципиально отличается от близкого ему по значению понятия конституционности. *Конституционность*, являясь специфическим проявлением правомерности, есть специально-юридическое условие, или инструмент утверждения конституционной законности. Через обеспечение конституционности утверждается конституционная законность. Можно сказать, что конституционность в этом значении сводится к пониманию законности как метода государственной жизни.

Конституционалисты (В. В. Маклаков) обращают внимание на то обстоятельство, что в зарубежной литературе дебатруется вопрос о понятии *надконституционности* (*сверхконституционности*).

Отмечается, что оно понимается как требование соблюдения конституции, когда какое-либо положение акта, находящегося за его пределами, противоречит основному закону и возникает необходимость его пересмотра. В данном случае речь идет о том, что в ряде зарубежных основных законов закреплено правило, согласно которому не может быть ратифицирован противоречащий им международный договор до тех пор, пока не будет проведен в соответствующем направлении пересмотр конституции (ст. 95 Конституции Испании, ст. 54 Конституции Франции). Потребность в таком пересмотре может рассматриваться в качестве надконституционности. Надконституционностью обладают некоторые общепризнанные принципы, содержащиеся практически во всех конституциях современного мира (запрет обратной силы закона, нормы о неприкосновенности жилища. В. В. Маклаков прав: получается так, что учредитель конституции связывает будущие поколения своим нормативным решением (нормой). И даже собственник власти – народ, по чьему уполномочию принималась конституция, не вправе поступить иначе, чем указано в норме. Так, для того чтобы внести изменения, касающиеся отмеченных ст.ст. 1–20, требуется принять новую конституцию страны. Таким образом, нормы конституции «позитивируют», узаконивают примат позитивного подхода при оценке правовой природы конституционного положения. Конституция тем самым ставится выше принципов права, она и признается не только наивысшим воплощением права, но и его критерием. Естественно-правовое происхождение конституционных установлений в этом случае утрачивает свое значение. В этой связи относительно подобных положений должен высказываться орган конституционного контроля, основывающийся в своих решениях на принципах права и естественном праве, которые, как отмечалось, и обладают надконституционностью.

Режим конституционной законности утверждается не только вследствие обеспечения конституционности, но и как результат легитимности всех институтов публичной власти, гарантированности прав и свобод граждан и их реализуемости. Конституционность обеспечивается преимущественно действенностью инструментария конституционного контроля, предполагающего особый правовой (и конституционный) строй, когда сам общественный механизм устроен таким образом, что принятие властным органом (прежде всего) неконституционного действия ведет к возмущению в правовой среде; срабатывают механизмы, которые возвращают в первоначальное состояние, выступающее условием, инструментом утверждения законности. Конституционная законность в этом смысле есть особый режим государственной и общественной жизни – режим, отвергающий неконституционность поведения и утверждающий правомерный характер поведения, прежде всего, публичных властей и их должностных лиц.

Конституционная законность тесно связана с *конституционной безопасностью* – обеспеченного государственно-правовыми механизмами состоянием защищенности жизненно важных интересов личности, общества, государства от внутренних и внешних угроз, а также

совокупности внутренних и внешних условий безопасного существования личности, общества, государства, обеспечивающих достойную жизнь гражданам, защиту публичных интересов, суверенитета народа, исключение всякой возможности насильственного изменения конституционного строя. В этом смысле конституционная безопасность есть предпосылка, одно из необходимых и специальных условий утверждения режима конституционной законности, условие, при котором обеспечивается безопасное существование государственных устоев, интересов общества, ценностей и приоритетов личности, выраженных в комплексе предоставленных ей конституцией прав и свобод. Без установления режима конституционной безопасности невозможно утверждение режима конституционной законности. В то же время установление и поддержание режима конституционной безопасности возможно исключительно в условиях режима конституционной законности. Конституционная законность и безопасность сопровождают, предполагают друг друга. Однако следует иметь в виду, что такие режимы различны. Для их установления привлекаются различные конституционные средства. Так, конституционная безопасность может, а при определенных обстоятельствах должна, восстанавливаться и путем применения вооруженной силы, использования специальных средств, вооружения и т. п. Режим конституционной законности требует, чтобы эти специальные средства применялись по праву, не входили бы в противоречие с правами и свободами человека и их правомерным ограничением, предусмотренным конституцией и основанными на ней законах.

Конституционный принцип подчинения публичных властей идее приоритета прав и свобод требует, чтобы осуществляемые действия были одновременно и конституционными, и результативными. Юридически значимые действия в конституционно-правовой сфере осуществляются в соответствии с определенными процедурами. Соответственно действия властных структур (органов государственной власти, их должностных лиц), сопряженные с осуществлением материально-правовых норм конституционного права, достигают своих целей при условии их осуществление в установленные законом процедурно-процессуальной форме. Многовековая практика конституционного развития доказывает, что социально значимая и результативная деятельность публичных институтов власти объективно предполагает ее связанность или соответствие установленным законом процедурам. Полномочия конституционных органов должны быть,

таким образом, осуществлены в *конституционно-процессуальной форме*.

Конституционный процесс в широком смысле означает прогрессивный процесс становления и развития институтов конституционного строя, а также связанную с этим деятельность всех субъектов конституционного права; в узком смысле – это конституционно-процессуальные формы или установленный конституционным законодательством порядок (процедуры), в соответствии с которым субъекты конституционного права реализуют свою конституционную правоспособность. В последнем значении в конституционном праве употребляются понятия «*референдумный процесс*» – совокупность процедур, определяющих порядок проведения референдумов, «*избирательный процесс*» – совокупность процедур, связанных с проведением выборов органов государственной власти и местного самоуправления, «*законодательный процесс*» – совокупность процедур, определяющих порядок разработки и принятия законов; «*конституционное судопроизводство*» – совокупность взаимосвязанных процедур, определяющих порядок разрешения органом конституционного правосудия дел, относящихся к его компетенции; «*бюджетный процесс*» – порядок разработки (составления) и принятия бюджета и др. *Конституционно-правовой процесс* в этом узком значении представляет собой множество конституционно-правовых процедур, осуществляемых в соответствии с ними конституционно-правовых действий, складывающихся на их основе конституционных правоотношений. Развитие современного конституционного права характеризуется все большим его насыщением процедурными нормами, которые в своем единстве образуют *конституционно-процессуальное право*. В современных условиях специальное значение приобретает феномен *конституционного судебного процесса*.

Реализация гражданами и их организациями прав и свобод, функционирование всей системы публичной власти становится возможным исключительно на основе *режима конституционности* – соответствия законодательства, правоприменительной практики и правоохраны требованиям национальной конституции. Такой режим устанавливается и поддерживается в том числе средствами конституционного контроля. *Конституционный контроль* в зарубежных странах – это конституционно предусмотренная процедура осуществления контроля за соответствием основному закону страны всего действующего законодательства. Объектом конституционного контроля могут выступать конституционные споры, отличающиеся от *консти-*

туционных правонарушений (деликтов). Если деликт предполагает виновные действия, то конституционный спор может возникнуть вследствие неясностей, пробельностей законодательства; неадекватного (но не противоправного) поведения одной из сторон конституционного правоотношения. Он отличается своеобразием правовой позиции, занимаемой тем или иным субъектом правоотношения и связанной со спецификой его правового положения (например, в системе разделения властей и др.).

Как указывалось, основополагающая сущностная черта конституционного строя заключается в том, что единственным источником и носителем власти признается *народ*, осуществляющий принадлежащую ему власть как непосредственно, так и через систему представительных и иных органов публичной власти. Основными институтами непосредственного осуществления народом власти (народовластия) всеми демократическими государствами признаются *свободные выборы и референдум*. Совокупность норм, регулирующих порядок проведения референдума и выборов, образуют в составе конституционного права два правовых института – *референдумное право и избирательное право и избирательный процесс*.

Выборы являются механизмом воспроизводства публичной власти. Это конституционный институт, посредством которого формируются (избираются) все представительные органы публичной власти, глава государства в условиях республиканской формы правления, а также некоторые иные властные институты. Система отношений, которая складывается по поводу проведения выборов, а также определения их результатов именуется *избирательной системой*. Проведение выборов регламентируется законодательством. Действия и решения участников проводимых выборов имеют юридическое значение. Совокупность избирательных действий и соответствующих им юридических процедур определяется как *избирательный процесс*.

Важнейшей категорией конституционного права является *публичная власть*. Публичную власть осуществляют органы государственной власти и органы местного самоуправления. *Орган государственной власти* – это орган государства, образуемый и функционирующий на основе принципа разделения властей.

Место высшего органа государства в системе разделения властей характеризует его *статус* – законодательно закрепленную совокупность прав и обязанностей (полномочий) органа власти, характеризующую правовое положение органа государственной власти в системе разделения властей. Элементом статуса органа государственной

власти является его *компетенция* (от лат. *competenta* – принадлежность по праву) – определяемая, как правило, конституцией страны и включающая предметы ведения, соответствующий им объем полномочий и пределы деятельности органа государственной власти, функции данного органа.

Наиболее универсальной является классификация высших органов государства, в основу которой положен *принцип разделения властей*. С учетом этого критерия выделяют три вида органов государственной власти – законодательные, исполнительные и судебные. В ряде зарубежных государств выделяют избирательную, контрольную и иные виды власти. В системе координат, очерченных феноменом конституционализма, публичная власть должна быть не только разделенной, но и единой, обеспечивая тем самым скоординированными усилиями достижения общих целей и задач. Координирующая и арбитражная роль в системе разделения властей в современных конституционных системах возлагается на главу государства – монарха, президентуру – единоличного президента или коллегиальный орган.

В системе разделения властей по праву «первой властью» признается *законодательная власть*, имеющая исключительное право принимать законы, бюджет, осуществлять контроль за исполнительной властью. Органы законодательной власти образуются непосредственно народом, уполномочены народом и осуществляют в его интересах государственную власть в форме принятия законов. Таким образом, органы законодательной власти – это представительные и законодательные учреждения, которые образуются только путем выборов, а основной вид их деятельности – принятие законов. Специализированным органом законодательной власти является общенациональный *парламент*, а в некоторых случаях органы законодательной власти создаются в территориальных образованиях (в федеративном и региональном государстве). В федеративных государствах законодательная власть осуществляется на двух уровнях – федеральном и региональном.

Законодательная власть принципиально отлична от *учредительной власти*: она производна от нее, ограничена возможностью принимать законодательные акты, не вправе принимать акты учредительного свойства и др. При всех возможных институциональных способах формирования учредительной власти главным ее носителем (учредителем) остается народ, имея возможность непосредственно и самостоятельно распорядиться этой властью, как это следует из первой позиции, либо такие распорядительные действия народа в отношении

учредительной власти могут осуществляться опосредованно через учреждаемые им (народом) органы власти, выражая таким образом в учредительном акте свою верховную волю. Однако, если не отождествлять законодательную власть с органами, ее осуществляющими (легислатурами), то различие с учредительной властью имеет весьма условное значение.

С понятием парламента связано понятие *парламентаризма* – характеризующуюся разделением функций на исполнительную и законодательную организацию и функционирование верховной государственной власти при доминирующем положении парламента. Принято считать, что парламентаризм налицо при условии «доминирующего (привилегированного) положения законодательного органа – парламента – по отношению к другим органам государственной власти»¹. Иначе говоря, при оценке парламентаризма в качестве одного из его основных принципов указывают на приоритет законодательных органов власти перед всеми остальными – исполнительными, судебными, хозяйственными и иными. Это разновидность так называемого *абсолютного парламентаризма*. Вместе с тем, парламентский режим может отличаться и относительным парламентаризмом, когда парламент отличается стабильным большинством, поддерживающим правительство. Различают также: *мажоритарный парламентаризм*, при котором деятельность и политический курс правительства поддерживается представленными в парламенте одной политической партией или блоком таких партий (соответственно устойчивость правительства определяется исключительно поддержкой партий); *рационализированный парламентаризм* – форма взаимодействия высших органов государства, при которой исполнительная власть конституционно наделена юридическими механизмами обеспечения своей устойчивости («защитой» от парламента).

Члены палат – депутаты нижних и члены (сенаторы) верхних палат парламента именуются парламентариями. Парламентарии наделены свободным или представительным мандатом (императивный мандат или запрещен, или не применяется), обладают иммунитетом (неприкосновенностью и ответственностью) и индемнитетом – получение вознаграждения в целях обеспечения материальной независимости.

¹ Яценко И. С. Современный парламентаризм и парламентские системы в Российской Федерации и зарубежных странах: конституционно-правовое и сравнительное исследование. М., 2002. С. 10.

Одним из важнейших направлений деятельности парламента является осуществление им законодательной деятельности. Она осуществляется в форме законодательной процедуры или законодательного процесса, под которым понимается установленный конституцией и регламентными нормами порядок обсуждения и принятия парламентом законов. Законодательный процесс есть своего рода правовая технология принятия законов. Начальной его стадией является реализация права законодательной инициативы. Как правило, в зарубежных государствах право законодательной инициативы (право вносить законопроекты в парламент) предоставляется правительству и парламентариям (парламенту). После регистрации законопроекта по нему проводятся чтения – обсуждения на пленарных заседаниях палат. Таких чтений может быть больше или меньше, но чаще всего они ограничиваются тремя. После внесения поправок в законопроект и их обсуждения проводится заключительная стадия, в процессе которой обсуждаемый законопроект становится законом (но только в отдельных странах; в большинстве из них качество закона законопроект приобретает только после его санкционирования главой государства или иным органом, определенным конституцией страны). Заключительные этапы законодательного процесса связаны с его подписанием (санкционированием) главой государства (нередко для этого используется процедура промугуляции), официальным опубликованием и введением в действие. Наряду с законодательствованием и осуществлением финансовых полномочий (принятие бюджета и утверждение отчета правительства о его исполнении), не менее значимой формой деятельности парламента является *парламентский контроль*. Это осуществляемый высшим законодательным (представительным) органом государственной власти комплекс различных мер по постоянному наблюдению и проверке деятельности исполнительной власти, а также по устранению выявленных в результате такой проверки нарушений и предупреждению возможных несоответствий. По мнению западных конституционалистов (Луи Д. Лефевр), парламентский контроль есть «комплекс мер, позволяющий палатам составить мнение о деятельности Правительства и свергнуть его в случае глубокого несогласия с проводимой политикой». С формально-юридической точки зрения парламентский контроль может быть определен как система норм, регулирующая установленный порядок проведения наблюдения и проверки в основном деятельности органов исполнительной власти, который осуществляется как самим парламентом или его членами, так и вспомогательными органами высшего законодательного

органа и направлен на оценку этой деятельности с возможным применением различных санкций. Парламентский контроль в данном контексте рассматривается как институт конституционного права. Формы парламентского контроля разнообразны: деятельность образуемых в парламенте на временной основе комиссий (комитетов) по расследованию; рассмотрение в парламентских комиссиях (комитетах) общественно значимых дел по специальной процедуре, получившей название «процедура слушаний» (hearing); обращение парламентариев с устными и письменными вопросами к членам правительства; интерpellации (в том числе использование в отдельных странах такой ее разновидности, как процедуры *abjournment* – отсрочки рассмотрения вопроса, требуемой оппозицией); применение наиболее грозного оружия парламента – резолюции порицания, рассматриваемой в конституционном праве как исходящего от установленного конституцией или регламентом числа депутатов предложения правительству уйти в отставку по указанным в резолюции мотивам. Цель резолюции порицания – объявление правительству деструктивного вотума, вследствие которого оно должно уйти в отставку. Сходным по своей сути является конструктивный вотум недоверия, применяемый в отдельных странах (ФРГ, Испания, Бельгия, Корсика – территориальная единица Франции, Польша и др.). Согласно этой процедуре, глава кабинета может быть смещен со своего поста только путем избрания парламентом (нижней его палатой) большинством голосов его преемника, которого глава государства обязан назначить на избранный пост. Урегулирование деятельности парламентских учреждений, многообразных материально-правовых и процессуальных действий как отдельных парламентариев, так и парламентских структур, обуславливают необходимость принятия разных по юридической силе нормативных правовых актов, которые, интегрируясь, образуют в составе конституционного права обособленный и структурно единый по предмету регулирования комплекс правовых норм, обозначаемый как *парламентское право*.

Традиционно «второй» властью (*de facto* уже в XX в. ставшей самой могущественной властью) именуют *исполнительную власть* – вид публичной власти, связанный с осуществлением на основе действующего законодательства и на разных уровнях оперативного и стратегического управления страной. Исполнительные органы действуют на основе сочетания единоначалия и коллегиальности, они могут быть как единоначальными, так и коллегиальными. Высшим органом исполнительной власти является *правительство* – коллегиальный ор-

ган наиболее универсальной компетенции, который осуществляет исполнительную и распорядительную власть в стране.

Благодаря разветвленному аппарату государства, реализующего эту власть, доступ к материальным, финансовым и иным ресурсам, исполнительная или правительственная власть занимает особое место в системе разделения властей. Современный период характеризуется устойчиво усиливающейся тенденцией возрастания роли исполнительной власти во всей системе государственной власти: исполнительная власть определенно стала эпицентром власти. Этому способствует происшедшая за последние десятилетия эволюция партийных и избирательных систем, все более легитимирующая правительство и повышающая степень его легитимности до уровня парламента. Расхожим и не лишенным оснований стало утверждение о том, что на парламентских выборах избиратели голосуют не столько за состав парламента, сколько за состав и политический курс правительства. Если учесть то обстоятельство, что во многих странах (а таковых большинство) победившая (победившие) на парламентских выборах партия (блок партий, или альянс) формирует правительство, то становится очевидным реальность такого утверждения. Опасность концентрации власти под эгидой исполнительной ветви в демократических странах дезавуируется получившей развитие другой тенденцией: усилением механизмов *конституционной ответственности правительства*. «Третья» власть является не похожей на две предыдущие. Видимо, поэтому теоретики разделения властей не склонны были относить ее к самостоятельной ветви власти. *Судебная власть* – это обусловленный характером разделения властей вид государственной власти, связанный с осуществлением правосудия в форме судопроизводства. *Правосудие* как вид государственной деятельности связано с разрешением различных споров о действительном или предполагаемом нарушении норм права. Осуществляется от имени государства судами путем рассмотрения в судебном заседании гражданских, уголовных и иных дел в установленных законом процессуальных формах при соблюдении порядка, правил и принципов судопроизводства. Считается, что содержанием правосудия охватывается как судопроизводство, так и судебные органы.

Публичная власть – многосоставное образование. На его «нижнем» этаже располагаются *органы местного самоуправления*. Организационно они не входят в структуру органов государственной власти, хотя в ряде стран отдельные властные институты в системе органов местного самоуправления находятся в двойном подчинении.

Глава 3. ФОРМЫ (ИСТОЧНИКИ) СОВРЕМЕННОГО КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

§ 1. Понятие и виды форм (источников) конституционного права в зарубежных странах

Как и само понятие конституционного права, понимание его форм, источников важно для оценки природы всех конституционно-правовых институтов. И хотя применительно к различным правовым семьям и, тем более, правовым системам отдельных стран полного совпадения в понимании форм (источников) права трудно добиться, обоснование общего подхода для оценки многообразия форм, источников права очень важно. Это важно и для оценки роли форм права применительно к отдельным странам.

При оценке соотношения анализируемых понятий необходимо, как представляется, не отвергая того, что уже стало общепризнанным в юридической теории и практике, придать каждому из этих терминов истинное звучание, согласующееся с их семантическим значением и философским смыслом. С этой точки зрения целесообразно сохранить за понятием источника права значение «правотворящего фактора», исключая в то же время его понимание в качестве формы бытия содержания права. Понятию формы права необходимо придать значение, позволяющее согласовать его с философской категорией «форма»¹, учитывая при этом то обстоятельство, что «содержание не бесформенно, а форма в одно и то же время содержится в самом содержании, и представляет собой нечто внешнее ему»².

Следовательно, если нормативное вещество (нормы и принципы) есть собственно содержание конституционного права, то внешнее его выражение должно быть выражено через понятие «форма».

При таком подходе источник права указывает на способ, путь правообразования, а содержанием формы права охватывается результат данного способа правообразования. Соответственно нормотворческая деятельность государства и его органов рассматривается в качестве источника права, а нормативный правовой акт – соответствующая данному источнику форма права; судебная практика – источник права, правовые позиции суда, акты судебного толкования – форма судейского правотворчества; обычная практика – источник права, правовые обычаи, обычаи делового оборота, деловые обыкновения – форма права; народное правотворчество – источник права – акты референдума – форма права; договорная практика – источник права, в то время как нормативные соглашения есть форма права. Принципы права, в особенности общеправовые, есть результат длительного правового развития, в их образовании участвуют различные субъекты правовой жизни. Будучи аккумулярованными правосознанием в форме определенных правоположений (юридических аксиом, исходных положений) или закрепленными в законодательстве, они становятся формой права.

¹ В философском смысле «форма (лат. forma), прежде всего, внешнее очертание, наружный вид предмета, внешнее выражение какого-либо содержания..., а также и внутреннее строение, структура, определенный и определяющий порядок предмета или порядок протекания процесса в отличие от его «аморфного» материала (материи), содержания или содержимого» (см.: Философский энциклопедический словарь / ред.-сост. Е. Н. Губский и др. М., 2003).

² Гегель Г. В. Энциклопедия философских наук. М., 1974. Т. 1. С. 298.

Отстаиваемый подход позволяет точнее подойти к оценке структуры права, выявить удельный вес, роль и значение каждого из способов правообразования, соотнести формы со структурой права. Тем самым становится возможным получить истинное представление о правовой системе страны.

Наконец, что очень важно, такой подход отвечает требованиям современной конституционной лексики. Так, ст. 163 швейцарской Конституции обозначена как «Форма актов Союзного Собрания». Согласно ч. 1 и 22 данной статьи «Союзное Собрание издает правотворческие положения в форме союзного закона или постановления. Прочие акты издаются в форме союзного решения; союзное решение, не подлежащее вынесению на референдум, обозначается как простое союзное решение». Понятие «формы» используется и в других статьях данной Конституции. В частности, ст. 164 Основного закона устанавливает, что «Все важные правотворческие положения подлежат изданию в форме союзного закона». К ним относятся в особенности основополагающие положения об: а) осуществлении политических прав; b) ограничениях конституционных прав; c) правах и обязанностях лиц; d) круге лиц, обязанных к уплате налогов и сборов, а также объекте обложения и определении размера обложения; e) задачах и услугах Союза; f) обязательствах кантонов при проведении в жизнь и при исполнении союзного права; g) организации и процедуре союзных властей.

Соответственно под формами (источниками) конституционного права следует понимать официально признанные (часто документально зафиксированные) внешние формы выражения норм конституционного права). Это те юридические формы, на которые применяющий норму может ссылаться как на юридическое основание ее применения (так, основанием для натурализации является закон о гражданстве, о предоставлении политического убежища – акт общего значения главы государства или иной статут).

В качестве таковых выступают признаваемые национальной правовой системой юридические формы внешнего выражения (закрепления) конституционно-правовых норм. Выраженные в конституционном законодательстве формы конституционного права представляют собой иерархичную и соподчиненную систему правовых актов, в которых содержатся нормы конституционного права. Конституционному праву свойственны такие признаки, как иерархичность, системность, универсальность, устойчивость.

Иерархичность форм конституционного права отдельно взятой страны не является плодом научных изысканий юристов. Несмотря на то, что формирование структуры права в значительной мере объективно предопределено, тем не менее, построение форм права формально-юридически задано. Так, Конституция Польши (ст. 87) содержит специальный раздел III о формах польского права, в котором определяется их иерархическая структура: Конституция, законы, ратифицированные международные договоры, а также распоряжения (*rozporządzenia*) – акты, имеющие нормативное значение. На подведомственной издавшим органам территории формами общеобяза-

тельного права республики считаются: акты местного права, законы, распоряжения и акты местного права, вступающие в силу при условии их опубликования (ч. 1 ст. 88). Статья 175 Конституции Гватемалы «Иерархия законов» определяет юридический вес норм национальной Конституции¹. В Соединенном Королевстве Великобритании расположенные по значимости формы права, выглядят следующим образом: статутное право; делегированное законодательство; правовой обычай. Для Австралии эта схема иная: статутное право; делегированное законодательство; обычное право (ст. 37 Конституции Австралийского Союза).

Система форм конституционного права в зарубежных странах представлена национальной конституцией и основанной на ней законами, решениями органов конституционного контроля, актами главы государства, правительствами иных конституционных органов, нормативными договорами, нормами международного права, муниципальными правовыми актами, содержащими нормы конституционного права, обычной и судебной практикой (прецедентным правом). Это также референдарное право, религиозные тексты, корпоративное право, правовая доктрина.

Формы конституционного права могут быть классифицированы по различным основаниям: источникам правообразования, временно-му фактору, особенностям юридической формы и др. По территориальной сфере действия все формы конституционного права могут быть подразделены следующим образом: а) действующие на всей территории государства, б) действующие в границах отдельного территориального образования; в) имеющие локальную сферу действия. Для конституционного права такое подразделение имеет особое значение.

§ 2. Принципы конституционного права: фундаментальное значение в структуре национального права

Составляющей отрасли права и ее идентифицирующей, в определенной мере интегративной, характеристикой является особый набор принципов права. Отсюда структурная организация конституционного права, его нормативный и соответственно регулятивный потенциал в значительной мере определяется присущим ему сводом принципов, которые выражают сущность и социальное назначение

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Государства Северной и Центральной Америки. С. 214.

конституционного права и одновременно являются основополагающими регуляторами в сфере действия иных отраслей и нормативных общностей национального права. Особенность конституционных принципов такова, что они имеют как общеотраслевое, так и общеправовое значение. Как правило, это те принципы (далее – общие принципы), которые получают нормативное закрепление в национальных конституциях (принципы правового статуса личности, правосудия, организации и деятельности органов публичной власти и др.).

Общие принципы конституционного права – это выраженные в содержании данной отрасли права основные регулятивные начала, в соответствии с которыми осуществляется конституционно-правовое воздействие¹; это исходные, основополагающие юридические положения, провозглашающие (юридически учреждающие) основные конституционные ценности и имеющие общерегулятивное значение. Квалификация принципов права как «основных начал» нуждается в конкретизации и применима, прежде всего, для того, чтобы оттенить высокий уровень их нормативного обобщения в сравнении с «обычными» нормами права. С этой точки зрения почти общепринятая интерпретация принципов права исключительно как «руководящих начал», «основных начал, выраженных в нормах права», «общих нормативных положений»² нуждается в уточнении. Принципы права действительно представляют собой нормативные положения предельно широкого диапазона действия. Однако, хотя и в меньшей степени в сравнении с нормами-предписаниями, они обладают юридической определенностью и конкретно регулятивным эффектом.

Принципы конституционного права – это правовоположения, не отождествляемые с нормами права и характеризующиеся в сравнении с ними особыми свойствами: более высоким уровнем нормативности и вследствие этого особым регулятивным потенциалом, своеобразием

¹ Утверждение о том, что общие принципы «регулируют общественные отношения не непосредственно, а через конкретные конституционно-правовые нормы и воплощаются в этих нормах и в правоприменительной деятельности органов власти» (Маклаков В. В. Указ. раб. С. 111) не вполне точно (подробнее о юридической природе общих принципов права и специфике их действия см.: Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник для вузов. М., 2006).

² В понимании Т. Я. Хабриевой и В. Е. Чиркина «норма-принцип в конституциях – это правовое выражение основ, начал, которыми следует руководствоваться» (Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. М. : НОРМА, 2007. С. 55). Но этот вывод также нуждается в уточнении, поскольку «норма-принцип» все же мыслится авторами в качестве разновидности норм права.

механизма действия, повышенной юридической силой, особыми механизмами защиты от нарушений и др.

В определенном смысле можно допустить, как это считает немецкий ученый Б. Грефат, что принципы – это универсальные и императивные нормы, и все остальные нормы должны быть приведены в соответствие с ними¹. Председатель Конституционного суда Италии Г. Загребельский считает, что конституционные принципы, являясь, естественно, разновидностью правовых принципов, представляют базовые мировоззренческие юридические предписания, пребывающие в «свернутом виде». «Не будучи до конца распознанными, они реальны, но вместе с тем представляют собой некое таинство и потому, подобно притчам в священных текстах, обладают мистическим содержанием. Социальная ценность конституционных норм-принципов заключается не в их таинственности, а в их системных связях с двумя категориями юридических норм. Прежде всего, они предопределяют конкретное содержание всех иных конституционных норм (юридических правил) или «законов в конституционной форме»). Как нечто неизменное, отражающее объективные закономерности правового развития, правовые принципы предопределяют содержание норм как действующего законодательства, так и того, которое в процессе обновления неизбежно появится в будущем»².

Однако отмеченное понимание юридической природы принципов права представляется несколько неточным и не отражающим специально-юридических характеристик данного феномена. Принципы права – это не только то нормативно определенное, что может проявиться в будущем, как считает цитируемый автор. Принципы права следует квалифицировать точно таким же регулятором поведения и деятельности, как и нормы права, хотя и имеющим свои особенности, например применение в качестве правового основания разрешаемого спора, главным образом, судами. Вместе с тем, указанные особенности принципов настолько значительны, что, следуя традициям международного права, понятие «принципы права» целесообразно использовать в значении, отличном от понятия «норма права», как самостоятельный (наряду с нормами права) регулятор³. В системе конституционно-правовых средств принципам права принадлежит роль исходных и основополагающих начал конституционного регулирования. Эта особая роль принципов определяет их «месторасположение» в конституционном законодательстве – они своего рода вводная или общая часть конституционного законодательного акта, его нормативный стандарт.

Анализ конституций зарубежных государств показывает, что принципы государственного и общественного устройства сконцентрированы в начальных главах конституций и представляют собой своего рода свод нормативных стандартов, которыми подчинены все иные положения основного закона.

Особый статус принципов в системе конституционно-правовых средств позволяет использовать их для юридического выражения основных конституционных ценностей. Высокий уровень нормативности принципов конституционного права дает им возможность выпол-

¹ Грефат Б. О месте принципов в системе современного международного права // Правоведение. – 1969. – № 2. – С. 109.

² Цит. по: Сравнительное конституционное право. – 2008. – № 2 (63). – С. 22– 24.

³ Специальное обоснование такому пониманию см.: Червонюк В. И. Структура права: Закономерности развития : в 9 вып. Вып. 7. Принципы права как базовый уровень права // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – № 6. – С. 47– 54.

нять роль не только конкретных регуляторов поведения участников конституционно-правовых отношений, но и выступать критерием для определения конституционности актов, действий и решений органов государственной власти. Говоря иначе, принципы конституционного права, обладающие нормативностью (обязательностью, всеобщностью), – это те нормативные положения, которые позволяют перевести на язык права защищаемые конституционным правом ценности, выразив их в том числе через особую совокупность принципов. Таким образом законодательно, на высшем уровне подтверждена философия государственной власти: защищать демократию, признавать высшей ценностью человека, юридически декретировать и гарантировать права и свободы, определить ту их часть, которые имеют непосредственно действующий характер, закрепить форму государственного устройства – форму правления и территориальной организации страны, принципы экономики, политической жизни, организации государственной власти, основоположения отдельной личности во взаимодействии с государством, публичными властями и пр.

Соответственно к конституционным принципам можно отнести те из них, которые закреплены в национальной конституции, в дополняющих ее конституционных законах, в международном праве, касающихся всей системы отношений (основных интересов отдельной личности, объединений граждан, общества в целом и государства), организуемых нормами и институтами конституционного права.

Юридическая форма объективации принципов права имеет свои особенности: чаще всего принципам посвящены вводные положения национальных конституций.

Так, Конституция Французской Республики 1958 г. в преамбуле закрепляет принцип свободного самоопределения народов; в ст. 1 признание Франции неделимой, светской, демократической и социальной Республикой; принцип равенства перед законом; в разделе 1 «О суверенитете» закрепляет национальный суверенитет; принципы избирательного права (ст. 3): свободы создания политических партий: «политические партии и группировки... создаются и осуществляют свою деятельность свободно» (ст. 4)¹.

В Конституции Королевства Испания от 27 декабря 1978 г. композиционно свод конституционных принципов размещен в начальной части Основного закона, именуемой как «Вводный раздел», включающий девять статей. В ч 1 ст. 1 закреплены принципы правового, социального и демократического государства; ч. 2 ст. 1 содержит указание о принадлежности национального суверенитета испанскому народу; в ст. 2 закреплены принципы «единства испанской Нации», автономии «для национальностей и регионов, ее составляющих, и солидарность между всеми ними»; в ст. 6 отображен принцип политического плюрализма, свободы создания политических партий, демократизма их внутренней структуры и деятельности, уважения Конституции и закона; в ст. 9 закреплены принципы законности, иерархии нормативных актов, запрета обратной силы норм, «со-

¹ Конституции государств Европы : в 3 т. Т.1.

державных санкций, не способствующие осуществлению личных прав или ограничивающих их», права на юридическую защиту, ответственности органов публичной власти за произвол¹.

Закрепленные во вводных главах (разделах) национальных конституций принципы, получают конкретизацию в последующих их структурных частях. Так, предусмотренный ст. 2 Конституции Испании принцип солидарности получает развитие в разделе VIII «О территориальной организации государства», главе 1 «Общие принципы». Согласно ст. 138, «государство гарантирует эффективное осуществление принципа солидарности, провозглашенной статьей 2 Конституции, наблюдая за установлением адекватного и справедливого экономического равновесия между различными частями испанской территории, уделяя особое внимание специфическим обстоятельствам островных территорий»².

Согласно ст. 1 («Основные принципы (поправка 1)» Основного закона Государства Израиль «Достоинство и свободы» «основные права человека в Израиле основываются на признании значимости человека, святости его жизни и присущей ему свободы, и соблюдаются в духе принципов Декларации Независимости Израиля»³.

При оценке конституционных принципов выделяют несколько их групп. По степени юридической определенности и соответственно правовым последствиям, по характеру их действия, прежде всего, выделяют такие принципы, как народный суверенитет (ст. 3 Конституции Франции 1958 г.), народное представительство (преамбула Конституции Японии 1947 г.), разделение властей (ст. 20 Основного закона Федеративной Республики Германия 1949 г.), равноправие (ст. 3 Конституции Италии 1947 г.) и т. п., принцип всеобщности избирательного права, принцип свободной экономики (ст. 94 Конституции Швейцарской Конфедерации 1999 г.). Отмечается, что данные принципы не формулируют конкретных прав и обязанностей и что не всегда они обеспечены правовыми санкциями, однако имеют определяющее значение для многих конституционно-правовых норм⁴. К их числу относят также принцип субсидиарности (дополнительности), воспринятый в 1990-е годы конституционной практикой ряда стран (ФРГ, Польша) и означающий, что любые права нижестоящих структур системы социального управления ограничиваются и передаются вверх постольку, поскольку эти структуры не имеют ресурсов для их надлежащего осуществления⁵. Словом, речь идет о делегировании полномочий «снизу вверх». Он применяется по усмотрению правооб-

¹ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 3.

² Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1.

³ URL: <http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Documents/yesod3.pdf>; www.knesset.gov.il/main/ru

⁴ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть. С. 111/

⁵ Poplawska E. Zasada pomocniczosi (subsydiamosci) // Zasada podstawowe polskiej Konstytucji / Red. nauk. W. Sokolewicz. Warszawa, 1998; Heileberg P. The Rule of Law. Helsinki, 2004. P. 172–180.

ладателя и по согласованию с вышестоящими властными институтами, получил распространение в регулировании муниципальных отношений.

То же самое можно отнести к принципу верховенства, или господства права, *de facto* признаваемого всеми современными конституционными системами. Теоретическое обоснование данной концепции впервые было представлено в фундаментальной работе блистательного английского государственоведа конца XIX в. А. В. Дайси «Введение к исследованию права Конституции», с 1885 г. выдержавшей 10 изданий¹ (последнее – в 1960 г.).

Следующую группу образуют принципы, которые не имеют четкой юридической формы выражения и непосредственно применимы в государственной деятельности: независимость депутатов от избирателей (ст. 67 Конституции Республики Болгария) 1991 г.), судебная защита конституционных прав (ст. 53 Конституции Испании), неотвеченность главы государства (ст. 4 Конституции Великого Герцогства Люксембург 1868 г.) и др.²

Правовая доктрина различает также принципы: а) получившие формально-юридическое признание и соответственно закрепленные в нормах конституционного права (*«формальные», или «позитивные» принципы*); б) принципы, выраженные как правовые идеи в теоретических положениях науки и косвенно определяющие направление и содержание конституционно-правового регулирования (*«фактические» принципы*). И в том, и в другом случае принципы права обладают всеобщностью, обязательностью, имеют нормативный характер, преследуют общую цель – утверждение конституционных порядков. Принципы, получившие юридическое оформление, и принципы-идеи, различаясь только юридической формой, совпадают по содержанию. Например, обоснованная первоначально конституционной доктриной идея правового государства получила закрепление в Конституции и воплотилась в конституционно-правовой характеристике государства (ст. 1.1 Конституции Королевства Испания; ст.ст.1, 28.1 Основного закона ФРГ); принцип равноправия граждан в равной мере выступает и правовым установлением (ст. 3 Основного закона ФРГ), и теоретическим построением. То же можно сказать и о принципе разделения власти (ст. 10 Конституции Российской Федерации), народного суверенитета (ст. 1 Конституции Италии).

¹ Diceyt A. V. Introduction to the study of the law of constitution L., 1960. P. 183–206, 328–406.

²Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1.

«Фактические» принципы (принципы-идеи) по содержанию богаче правовых принципы (принципов, закрепленных в праве). Они допускают различные варианты их нормативного воплощения в рамках заложенной в них идеи. «Позитивные» принципы отличаются большей юридической определенностью, они формализованы и текстуально выражены, более конкретны, что диктуется необходимостью их реализации и воплощения в правовых предписаниях и правовых решениях (скажем, органа конституционного контроля).

Принципы, получающие закрепление в законодательстве («принципы-нормы»), достаточно распространены в конституционном праве, которое в силу этого обстоятельства отличается присущей ему нормативной организацией от других отраслей права, нормы которых конкретно и определенно формулируют правила, сконструированы в соответствии с классическим строением так называемой логической нормы права.

Характер фактических приобретают и те принципы, которые выводятся как доктринальным путем, так и на основе толкования правовых норм, в особенности органами конституционного контроля. Селекционируемые таким образом принципы права нередко приобретают юридическую силу, равную с правоположениями национальной конституции. Симптоматично поэтому, что разработанные Конституционным советом Франции конституционные принципы признаются собственно составной частью французской Конституции.

В ряде случаев такие принципы проистекают из доктринального толкования взаимосвязанных положений конституции.

Так, принцип разделения властей не закреплен в Конституциях Японии 1947 г., Индии 1949 г., Испании. Вместе с тем, анализ соответствующих положений глав (разделов, частей) конституций указанных государств не оставляет сомнений относительно признания такого принципа конституционной системой и выстраивании взаимоотношений между ветвями власти на его основе. Так, композиционно Конституция Японии выстроена следующим образом: глава I «Император», глава IV «Парламент», глава V «Кабинет», глава VI «Судебная власть». Соответственно принципу разделения властей сконструированы соответствующие разделы Конституция Испании: раздел II «О Короне», раздел III «О Генеральных кортесах», раздел IV «О Правительстве и администрации», раздел V «Об отношениях между правительством и Генеральными кортесами», раздел VI «О судебной власти». Положения указанных глав, разделов содержат конкретные положения, определяющие статус органов государственной власти, место, занимаемое в системе разделения властей, конституционные механизмы взаимодействия и влияния друг на друга, механизмы сдержек и противовесов.

Таким образом, можно сказать, что целый ряд принципов права национальными конституциями и законодательством воспринимаются в качестве подразумеваемых. Это касается аксиоматичных положений права, воспринимаемых юридической практикой в качестве общих регуляторов (принципов права).

В частности, такие принципы относятся к римским временам и определяют соотношение между публичным и частным правом «благо государства – высший закон (*salus*

reipublicae – suprema lex)», «согласие творит право (*consensus facit jus*)», «соглашение частных лиц не может умалить публичное право (*convention privatorum non potest publico juri derogare*)», «никого нельзя лишить права менять свою прежнюю волю», «когда закон дает право, он дает и средства его защиты» и др.

Иногда упомянутые положения получают нормативное закрепление. Так, являющаяся составной частью Конституции Франции 1958 г. (элементом «конституционного блока») Декларация прав человека и гражданина 1789 г. в ст. 5 закрепляет общедозволительный принцип правового регулирования: «все, что не запрещено законом, то дозволено».

В то же время между указанными группами принципов не существует различия или оно порой весьма условно. Так, в Соединенном Королевстве Великобритании действует принцип, сформулированный Блэкстоном: «международное право есть часть права страны»¹. Аналогичные положения содержат почти все кодифицированные конституции.

Имея всеобщий, универсальный характер, «фактические» принципы характеризуются интернациональным значением, т. е. выступают общими для многих национальных правовых систем. Так, в решении, принятом в середине 1970 годы, Европейский Суд по правам человека констатировал: «само внутреннее законодательство должно соответствовать Конвенции, включая общие принципы, выраженные и подразумеваемые в ней» (Case of Winterwerp against Netherlands, № 6301/73). Таким образом, «подразумеваемые», или неписанные принципы права, относимые к «формальным», выводятся из смысла, или «духа» норм европейского и международного права.

В зависимости от объема нормативности все принципы, отражающие природу конституционного права, можно разделить на следующие группы: *универсальные*, или *общеправовые*, *межотраслевые*, *отраслевые*, *специальные*.

В конституционном праве доля присутствия общеправовых принципов значительно выше, чем в других отраслях права. Закрепление общеправовых принципов права не означает, что они приобретают отраслевой характер и тем самым утрачивают общеправовые свойства. Учредитель власти таким образом выразил к ним свое отношение, придав им специально-юридическое значение. Особенность этих принципов состоит в том, что учредительная или законодательная власть, закрепляя их в законе или даже в конституции, не вправе сужать их нормативного объема, ограничивать их сферу распространения и пр. В ином случае такой принцип изначально приобретает неправовой характер и входит в противоречие с его истинным содержанием и правовой природой.

Принципы, закрепленные в конкретизирующих нормы конституции законодательных актах, касаются отдельных институтов конституционного права и имеют внутриотраслевое значение. Это, в частности, принципы гражданства (равное, единое или сложное, двойное гражданство), избирательного права (свободное или обязательное голосование, равное или неравное избирательное право и т. д.), федерации (равные или неравные права субъектов федерации), организации

¹ Commentaries on the Law of England. L., 1765. Book IV, Ch. 5. Цит. по: Борисов И. Б. Соотношение норм международного и внутригосударственного права в вопросах избирательного процесса // Журнал российского права. – 2002. – № 4. – С. 107.

работы высшего законодательного органа государственной власти (однопалатный или двухпалатный, многопалатный парламент, постоянно действующий или периодически созываемый на сессии представительный орган), статуса депутатов (свободный или императивный мандат депутата) и др.

Особенность, или юридическая природа конституционных принципов, как всяких принципов права, заключена в механизме их действия. При этом существо проблемы не сводится лишь к оценке не вполне точного вывода об опосредованном характере действия принципов права. Как и иные нормативные положения, конституционные принципы не только являются ориентирами для законодателя, но и выступают конкретным правовым основанием при разрешении юридических споров. При этом в отличие от «обычных» норм права принципы права чаще всего применяются судами или органами, осуществляющими подобные судам функции (квасисудебные органы). Можно презюмировать, что применимость принципов права напрямую связана с качеством и эффективностью судебной деятельности (системы), в особенности учреждений конституционной юстиции. Понятно, что на применяющем принципы права органе лежит особая ответственность. Это, прежде всего, касается применения так называемых «вспомогательных» принципов (разумности, соразмерности и т. п.). Судейский активизм в использовании таких принципов в условиях дефектности и пробельности правового регулирования нередко входит в противоречие с презумпцией исключительности законодательной власти парламента.

По мнению профессора Университета Париж 1 (Сорбонна) О. Пферсмманна, применение конституционными судами государств Европы конструкций «разумность» и «соразмерность» в целом ряде случаев ограничивает законодательную компетенцию парламента больше, чем положения самой национальной конституции, «фактически происходит посягательство на конституцию со стороны тех, кто призван ее охранять»¹.

Подобная практика применения означенных юридических принципов усиливает структурные сложности современных правовых систем, которые современный конституционализм и пытается ограничить, ослабляет действие фундаментального базового принципа всего конституционного здания – принципа верховенства права.

§ 3. Оценка закона как высшей формы права в основных правовых системах современности в контексте соотношения учредительной и законодательной властей.

Акты, приравненные по юридической силе к законам

Важнейшая, не без основания считающаяся высшей форма конституционного права в зарубежных государствах – *закон*. В отечественной юриспруденции почти как юридическая аксиома воспринима-

¹ «Если, – пишет данный автор, – при принятии решений о признании некоторых норм права недействительными судьи руководствуются принципами «разумности» и «соразмерности», то получается, что судебная практика ограничивает компетенцию законодателя» (Pfersmann O. Pour une typologie modale de classes de validite' normative // Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen. No. 27. 1995: La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik von Wright Sous la dir. de J.-L. Petit. P. 69–113).

ется положение о том, что закон есть акт верховной власти государства, обладающий высшей юридической силой и регулирующий наиболее важные отношения. При этом не любой закон является формой конституционного права, а только тот, который содержит конституционно-правовые нормы. Об особой роли закона в правовой системе свидетельствует тот факт, что даже в тех странах, где закон по степени своего распространения уступает место другим формам права (например, в странах общего права судебным решениям, принимающим значение общей нормы права), идея верховенства закона (господства права) общепризнанна, является методологическим ориентиром для юридической практики.

В то же время понятие закона в разных странах имеет неодинаковое значение. В странах общего права (англосаксонской системы права), а также в странах, испытавших значительное влияние его доктрины и практики, различают закон в узком и широком смысле. В узком смысле закон – это всегда акт парламента (статут), который именуется *act* или *law* (Великобритания, Австралия, Канада, Индия, Нигерия, США и др.). При этом под парламентом обычно понимается высший представительный орган (однопалатный или двухпалатный) совместно с главой государства. Конституция Пакистана 1973 г., устанавливая, что парламент образуют Президент и две палаты – Национальное собрание и Сенат, определяет «акт парламента» как акт, принятый обеими палатами и одобренный Президентом¹.

В широком смысле закон трактуется как любая норма писаного и неписаного права, подлежащая судебной защите. В этом случае закон отождествляется с законодательством. Так, согласно ч. 3 ст. 13 Конституции Индии 1949 г. «понятие «закон» («law») включает любой указ, приказ, обязательное постановление местных органов власти, правило, предписание, нотификацию, обычай или обыкновение, имеющие на территории Индии силу закона»².

Такой подход к пониманию базового элемента системы национального права казалось бы размывает содержание закона и тем самым нивелирует его истинное значение. Но применительно к правовым системам тех стран, где идея господства права становится конструктивным элементом конституционного устройства, это логично и не подрывает основы конституционной законности.

В странах континентального права (романо-германской правовой семьи), в том числе в Российской Федерации, преобладает концепция закона как акта, принятого исключительно парламентом. Из идеи верховенства парламента в системе разделения властей (представительного правления) во всех без исключения скандинавских государствах, где действует так называемая «смешанная» правовая семья, признается безусловный приоритет закона. При этом все без исключения скандинавские страны «сдержанно» относятся к институту делегированного законодательства: Конституции Дании, Швеции, Исландии и не разрешают данный институт, но и не запрещают его.

В некоторых конституциях подчеркивается, что парламент – единственный законодательный орган (Конституции Японии 1946 г., Румынии 1991 г., Монголии 1991 г.). В то же время необходимо иметь в виду следующее обстоятельство: признавая парламент выс-

¹ Сравнительное конституционное право : учебное пособие / отв. ред. В. Е. Чиркин. М., 2002. С. 18–19.

² Конституции зарубежных государств : учебное пособие / сост. В. В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2003. С. 448.

шим и единственным законодательным органом, конституции целого ряда стран предусматривают институт делегированного законодательства (Италия, Испания, ФРГ, Франция и др.). Тем самым формально-юридически акты делегированного законодательства, если полностью и не уравниваются с законом, то существенно «приближены» к нему. К тому же такие акты в той или иной степени «освящаются» высшим органом законодательной власти. Конституции некоторых стран предоставляют право главе государства издавать акты, приравненные к закону. Отмеченное все же следует считать исключением из общего правила: законодательствование – исключительная прерогатива парламента.

Не меняет сути сказанного и то обстоятельство, что в некоторых странах (КНР, Индонезия, Туркменистан и в некоторых других) действует более одного законодательного органа. Так, в КНР законы полномочны принимать Всекитайское собрание народных представителей и Постоянный комитет КНР (п. 3 ст. 62 и п. 2 ст. 67 Конституции КНР 1982 г.). В указанном случае полномочия между органами, наделенными законодательными полномочиями, четко распределены. Известны страны, где законы принимает не только парламент, но и его комиссии, комитеты, секции (Италия, Испания). В данном случае природа законодательного органа власти не изменяется: законы также принимаются парламентом, но по так называемой упрощенной процедуре.

Обращается внимание на то, что в странах континентального права получила развитие концепция, соответственно которой закон рассматривается не только в формальном смысле (как акт парламента), но и в материальном. Данная концепция впервые воплощена в Конституции Франции 1958 г. (а в последующем рецептирована конституциями африканских государств – бывших французских колоний (Алжир, Бенин, Мадагаскар, Конго и др.), предметно ограничившей вопросы, по которым парламент может принимать законы (ст. 34) Соответственно, если до 1958 г. закон определялся как акт, принятый законодателем, то действующая Конституция Франции определила его как «акт, принятый парламентом в соответствии с законодательной процедурой в сфере резервируемой ему» (ст. 34) Таким образом, «Конституция 1958 г. ввела материальный критерий, установив области, передаваемые для вмешательства законодателя»¹.

Закрепляя в Основном законе закрытый перечень вопросов, по которым парламент может законодательствовать, его учредители преследовали цель ограничить роль фран-

¹ Жаке Ж.-П. Конституционное право и политические институты : учебное пособие. М. : Юрист, 2002. С. 331.

цузского парламента периода V Республики в сравнении с той необъятной властью, которой парламент обладал по Конституции 1946 г. Тем самым, с одной стороны, блокируется возможный произвол (волюнтаризм) законодательного органа, с другой – такой орган конституционно обязывается принимать предусмотренные конституцией законы.

Но это одна не только «официальная», но и наиболее распространенная версия. Представляется, что есть и более реалистичные оценки, «проливающие свет» на суть проблемы. Так, можно предположить, что необходимость радикального конституционного переустройства во Франции (а именно так следует воспринимать конституционный текст 1958 г.) обусловлена неудовлетворенностью крупнейших акторов мировой политики, «писавших» сценарии для всей послевоенной Европы, сложившимся политическим ландшафтом во Франции. Опасения, что политическая (конституционная) система Франции может стать привлекательной и для других стран «старой» Европы, обусловили тот сценарий, по которому впоследствии и развивались события, представленные официальной версией. Очевидно, что предпринятые в конце 50-х годов XX в. реформы были направлены, прежде всего, на то, чтобы идея народного представительства, институционализированная в общенациональном парламенте, игравшем самую заметную роль в государственном механизме послевоенной Франции, потеряла свое значение. По новой модели устройства исполнительные органы государственной власти получили неоспоримое преимущество. Властными ресурсами полностью завладели глава государства и правительственные органы.

Понятно, что ограничение сферы законодательного регулирования и одновременное расширение регламентарной власти, наделение конституциями некоторых стран главы государства прерогативой издавать акты, лишь по форме разнящихся с законом, отчасти действительно «привело к утрате законом универсального значения и отчасти высшей юридической силы»¹.

Очевидно, что в форму закона могут быть облечены те отношения (конституционные интересы), которые по своим объективным свойствам требуют именно законодательного оформления. Строго говоря, предметные поля регулирования регламентарной и законодательной властей не пересекаются. В условиях истинно демократического строя, предполагающего в том числе действенный контроль парламента в отношении исполнительной власти, угроза нивелирования ценности закона минимальна. Но только в том случае, если расширение сфер деятельности правительства (исполнительных органов государства) социально оправданно.

Весьма специфична концепция закона в доктрине традиционного (классического) мусульманского права (шариата)¹. Согласно этой концепции подлинные («божественные») законы (кануны) содержатся в Коране и Сунне. Их нормы неизменны и обладают высшей юридической силой. Государственные органы могут принимать нормативные акты (в монархических странах мусульманского фундаментализма это низамы монархов) только по вопросам, не урегулированным Кораном и Сунной. Эти акты не могут противоречить нормам Корана и Сунны под угрозой недействительности. Идея о высшей юридической силе норм классического мусульманского права, их «божественном происхождении» и о вторичности закона как акта, являющегося результатом деятельности людей, получила известное отражение и в писаных конституциях мусульманских государств (Иран, Йемен, Египет, Сирия, Пакистан, Кувейт). Обычно в них говорится, что мусульманское право является основным источником законодательства, что законы

¹ Там же. С. 331.

должны соответствовать принципам ислама. «Законы должны соответствовать принципам ислама»: такова максима, содержащаяся во всех этих конституциях.

Виды законов. Закон как приоритетная форма конституционного права имеет много разновидностей, которые могут быть классифицированы по различным основаниям (по юридической силе, содержанию, способу принятия, территориальной сфере действия).

С библейских времен известно, что не все законы имеют одинаковое значение. Так, древние греки уже вводили различия между понятиями «*nomos*» – важный Закон и «*efeism*» – подзаконный акт. Об особой силе различных законов говорили Платон и Аристотель. Последний, в частности, различал Основной закон и изданные в согласии с ним обыкновенные. Таким образом, уже в Древнем Риме различались законы учредительные, основные и обыкновенные. Учредительная власть при этом обозначалась специальным понятием «*Pouvoir constituant*».

Древнему Риму были известны не только законы обязательные, обличенные особой формальной силой, в нем практиковался и особый порядок их изменения путем назначения специального диктатора «*diktator rei publicae constituendae*». Римляне уже более строго подходили к различию между Конституцией и отдельными законоположениями. Конституционные установления обозначалось специальным термином «*rem publicam constituero*». Из этого положения появился и сам термин «конституция», который вошел в употребление в XVIII в. в значении Основного закона. Эдикты римлян, потом декреты устанавливали главные правила государственной жизни. Изменять конституции могли только чрезвычайные магистраты, которые для этого облакались учредительной властью и назначением, как уже указывалось, специального лица «*diktator reipublicae constituendae*».

Развитие идеи конституционализма шло в тесной практике с созданием писаных законов – *leges datae*. Письменное закрепление какого-либо права становится необходимостью тогда, когда это право представляется или подтверждается какой-либо высшей властью, т. е. здесь необходима санкция власти, стоящей над законом, изложенная в форме писаного закона *leges datae*. Письменные акты в Риме появляются в эпоху борьбы плебеев с патрициями. Именно в письменных актах плебеи стремились закрепить свои права, которые они отвоёвывали у патрициев, называя эти акты конституциями. В имперском Риме (в период превращения диктатуры в постоянную власть цезарей) конституция приобрела значение простого имперского указа, а затем и вовсе выходит из употребления¹.

По юридической силе принято различать конституции, референдарные законы, конституционные законы, органические законы, обычные законы, чрезвычайные законы. В странах, где нет так называемой юридической конституции – конституции как единого кодифицированного акта (Великобритания, Израиль, Новая Зеландия и др.) – законы не различаются по юридической силе, хотя в Израиле, Новой Зеландии есть основные, или конституционные законы. Считается, что это и есть подтверждение различий юридической силы законов, в том числе для этих стран. К тому же в Великобритании тот или иной закон может быть определен как имеющий «первостепенную конституционную значимость». Соответственно он принимается по особой процедуре: стадия его обсуждения в парламентских комитетах исключается; его обсуждение (как и обсуждение финансовых законо-

¹ См. об этом: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 487.

проектов, предложений о национализации или денационализации) происходит в комитете всей палаты.

Соотношение конституции и закона. Высшее место в иерархии законов занимает конституция. На первый взгляд постановка вопроса о соотношении конституции и закона может показаться юридически не корректной. Конституция – это также закон, но совершенно очевидно, что закон особого свойства (уточним: это замечание справедливо для стран с так называемыми кодифицированными конституциями). Можно много говорить об отличиях конституции и иных законов, но в этой связи возникает вполне резонный вопрос о причинах наделения конституции особыми качествами в отличие от иных законов. Формально-юридические преимущества конституции имеют объективные основания: эти преимущества заложены в правотворящем ее субстрате. Иными словами, юридическая сила конституции детерминирована теми обстоятельствами метаюридического характера (социальными, экономическими, политическими, духовно-культурными), которые вызвали к жизни появление конституции, определяют ее нормативный состав, пределы конституционного регулирования. С этой точки зрения вопрос о соотношении конституции и иных законов – это вопрос, который находится в плоскости соотношения производящих эти особые формы права правотворческих субъектов. А это, видимо, вынуждает вести речь о соотношении таких видов публичной власти, как учредительная и законодательная.

Таким образом, теоретической основой выделения в особый вид законов конституции как основного закона страны служит доктрина о двух видах власти: учредительной и законодательной. Суть данного различия в том, что в порядке осуществления первой принимаются конституция и поправки к ней; в порядке осуществления второй – все иные законы. Только учредительные акты могут определять форму правления, государственное устройство, правовую систему государства. Понятно, что между учредительной и законодательной властью должна всегда проходить ясная и четкая грань, в противном случае возникает опасность узурпации учредительной власти. В результате получается, что законодательная власть не должна становиться выше учредительной. Отсюда акт законодательной власти не может быть выше по юридической силе акта учредительного. Это важно как для определения соотношения конституционного и законодательного акта, так и для уяснения природы международных договоров и актов конституционного свойства.

Исследователи конституции (Ф. Лассаль) справедливо обращают внимание на существенные отличия конституции от всякого иного закона. Это более глубокое содержание по сравнению с обыкновенным законом; выполнение конституцией роли основания для других законов; ее незыблемость. В сущностном смысле конституция – выражение общей воли народа в акте верховной (учредительной) власти, представляющем своего рода общественный договор, в котором согласованы жизненно важные интересы различных групп населения. Конституция в этом значении есть основной закон государства, выражающий согласованную волю и интересы народа и в этих целях закрепляющий основополагающие устои общественного строя и государственной организации.

В формально-юридическом значении конституция есть главный законодательный акт государства (основной закон), основа единой нормативной структуры всего конституционного права. Она устанавливает иерархию нормотворческих органов и круг объектов, подлежащих законодательному оформлению, закрепляет основные конституционные ценности и ценностные ориентиры, определяющие государственное развитие. В том случае, если акты приняты за пределами законодательных полномочий, определенных конституцией, даже если и соблюдены формальные процедуры, признаются неконституционными и их применение не порождает правовых последствий. Образуя иерархичную структуру норм и институтов, обладая высшей юридической силой и безусловным верховенством в правовой системе страны, конституция тем самым разрешает возможные коллизии в пользу содержащихся в ней норм и принципов.

В этой связи важно уяснение соотношения юридической силы учредительной власти (конституции) и международного договора. Поскольку учредительная власть не отличается экстерриториальной сферой действия, постольку акт учредительного органа власти не может ставиться выше международного договора. Вместе с тем, проблема соотношения учредительного и международно-правового договора не может быть однозначно решена в пользу последнего. Учредительный договор, согласно конституциям зарубежных стран, не является договором международного права. Если считать его таковым, потребность в учредительном договоре не отпадает, поскольку он решает принципиально иные задачи, нежели международный договор.

Международный договор может предусматривать создание лишь органа, наделенного полномочиями организации взаимодействия государств, подписавших договор. Но такой орган не может выступать субъектом государственно-правовых отношений. Межгосударственные организации, как правило, не обладают надгосударственной властью. Их задача – регулирование сотрудничества государств – членов этих организаций без использования властных функций. Однако часть таких организаций наделяется надгосударственными полномочиями, им могут быть переданы даже некоторые суверенные полномочия, и по определенным вопросам они получают право принимать решения, непосредственно обязывающие национальные органы власти и управления, а также физические и юридические лица на территории государств – членов данной организации.

Подчеркнем, что наднациональные полномочия носят временный характер, охватывают лишь определенную сферу отношений и не меняют в целом характер отношений между органом этой организации и ее членами – они остаются международно-правовыми. Конституционный акт по своей природе обладает большей юридической силой, чем международный договор. Международные договоры не обладают учредительной силой по созданию государств, на их основе могут быть созданы только международные организации, а не государства.

Игнорирование различий между учредительной и законодательной властями, а также между ними и другими органами государственной власти, нарушает фундаментальные основы конституционализма.

С формально-логической точки зрения учредительная власть – особая сфера власти, возвышающаяся над законодательной уже в силу того, что последняя является учрежденной, а не учредительной властью. В этой связи логичен вопрос о том, кто и на каких основаниях осуществляет учредительную власть, кто является субъектом этой власти, каким образом происходит организационное и функциональное ее обособление от уже учрежденной, вторичной, производной власти – законодательной, президентской, исполнительной. Иначе говоря, вопрос об институционализации учредительной власти имеет принципиальное значение¹.

Основываясь на анализе конституций зарубежных стран, специалисты обращают внимание на три способа организации учредительной власти: 1) учредительная власть целиком принадлежит народу, в этом случае новая конституция страны принимается путем прямого волеизъявления народа на общенациональном референдуме; 2) учредительная власть делится между народом и действующими учрежденными органами власти; 3) функции учредительной власти берет на себя действующий орган власти парламент, но в зависимости от характера изменений учрежденной власти используется смешанный способ осуществления учредительной власти². Учредительная власть имеет множество организационных форм – народ, учредительное собрание, органы законодательной власти, хотя в конституциях зарубежных государств в качестве учредительной власти чаще всего выступает народ. Принципиально важно то, что при всех возможных институциональных способах формирования учредительной власти главным ее носителем (учредителем) остается народ, имея возможность непосредственно и самостоятельно распоряжаться этой властью (как это следует из первой позиции). Либо такие распорядительные действия народа в отношении учредительной власти могут осуществляться опосредованно через учреждаемые им (народом) органы власти, выражая таким образом в учредительном акте свою верховную волю (варианты этих форм обозначены в позициях 2–3).

Соотношение учредительной и законодательной властей, степень их ограничения и расширения закрепляются конституцией, принимаемой учредительной властью (народом). Только учредительные ак-

¹ Строго говоря, конституционные законы с точки зрения этого базового свойства учредительной власти также следует относить к актам учредительной власти. Хотя такие законы не всегда принимаются в порядке, предусмотренном для конституций, но конституция изначально наделяет их (конституционные законы) свойствами учредительного акта.

² Если, например, парламент принимает предложение об изменении конституции, то он распускается, а изменение в конституцию вносит вновь избранный парламент. По Конституции Испании при внесении в нее изменений требуется не только квалифицированное большинство в каждой из палат, но и вынесение поправок на референдум. В определенных случаях парламент распускается, и поправки утверждаются новым составом Генеральных Кортесов (ст. 168.3 Конституции).

ты могут определять форму правления, государственное устройство, правовую систему государства.

Отмеченные предварительные замечания позволяют перейти к оценке основных видов закона, так или иначе получивших распространение в конституционной практике зарубежных стран.

Референдарные законы. На данный вид законов не всегда обращают внимание. Между тем конституции целого ряда государств предусматривают или допускают принятие таких законов. Более того, в некоторых странах референдарным законам придается наивысшая юридическая сила после национальной Конституции. Так, согласно ст. 148 Конституции Азербайджана «Акты, входящие в систему законодательства Азербайджанской Республики», система законодательства состоит из следующих нормативных правовых актов: 1) Конституция; 2) акты, принятые референдумом; 3) законы; 4) указы; 5) постановления Кабинета Министров Азербайджанской Республики; 6) нормативные акты центральных органов исполнительной власти.

Особенности референдарных законов заключаются в следующем:

1) они принимаются особым субъектом конституционного права, каковым является носитель и первоисточник власти – народ. В Италии, Швейцарии, ряде других стран возможностью принятия таких законов обладает население территориальных образований (соответственно областей или кантонов);

2) предметом регулирования данных законов является предельно широкий круг вопросов (в ряде конституций референдумы либо не предусматриваются, либо возможны только по строго определенному кругу вопросов), кроме тех, по которым конституцией либо специальным законом о порядке проведения референдума установлен прямой запрет.

И в отечественной, и в зарубежной литературе не без основания отмечается, что отношение к референдуму зависит от того, по чьей инициативе и в каких целях он используется. Западные исследователи К. Брахам и Дж. Бартон указывают на консерватизм референдума и в том случае, если он проводится по инициативе правительства¹.

Неодинаково и отношение к референдуму в конституциях разных стран. Так, Конституции ФРГ и Норвегии вообще не предусматривают на общенациональном уровне проведение референдума (но в Норвегии консультативные референдумы о статусе стортинга проводились 4 раза). Конституция Исландии определяет закрытый перечень вопросов, по которым может быть проведен референдум; в конституционном акте Швеции «Форме правления» определены условия и основания проведения консультативных референдумов, а с 1979 г. и так называемых факультативных по требованию 1/3 депутатов риксдага. Конституция Дании предусматривает обязательный (в отношении конституци-

¹ Braham C., Burton J. The referendum reconsidered. L. : Fabian soc. Fabian tract. 1975. P. 15.

онных и избирательных законов) и факультативный (по требованию 1/3 депутатов фолькетинга, т. е. как инструмент защиты прав меньшинства) референдумы.

Буквальное толкование конституционных текстов означает также, что к числу таких исключений следует относить и те вопросы, по которым бланкетной нормой конституции предусмотрено принятие органического (в некоторых странах конституционного) или обычного закона.

Согласно Закону Аргентинской Республики № 25.432 «Обязательный и консультативный референдум», «Национальный Конгресс по инициативе Палаты депутатов может вынести на обязательный референдум любой законопроект, кроме законопроектов, порядок принятия которых специально регламентирован Национальной Конституцией»¹;

3) законом установлена особая процедура проведения референдума по законопроекту. Так, согласно уже упомянутому аргентинскому закону об обязательном и консультативном референдуме, закон об объявлении обязательного референдума должен рассматриваться на специальном заседании, а для его принятия требуется абсолютное большинство голосов от присутствующих членов каждой палаты (ст. 2); обязательно участие граждан в референдуме по каждому вынесенному на него проекту (ст. 3); обязательный референдум считается состоявшимся, если в нем приняли участие не менее 35 % граждан, включенные в национальный список избирателей (ст. 4); если вынесенный на обязательный референдум законопроект соберет в свою поддержку большинство голосов, признанных действительными, он автоматически становится законом и должен быть опубликован в Официальном бюллетене Республики в течение 10 рабочих дней после объявления результатов голосования.

Юридическая сила референдарного закона определяется его целевыми нормами: принятие такого закона в порядке ратифицирующего референдума, связанного с частичным пересмотром конституции, уравнивает его с конституционными законами; в иных случаях референдарный закон наделен более высокой юридической силой в сравнении с обычными законами. Прямого указания на сей счет национальные конституции не содержат, в то же время в отличие от иных законов референдарные не подлежат конституционному контролю;

¹ Ley № 25.432: Consulta popular vinculante y no vinculante. Promugada de hecho: Junio 21 de 2001. Цит. по: Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы / ред.-сост. Н. М. Миронов. М. : ЛЕГЕНДА, 2007. С. 199–201.

4) правовой режим временного действия таких законов (приостановление, прекращение), равно как и внесение в них изменений и дополнений, определяется самим референдарным законом.

Конституционные законы. Указание на данный вид законов, а нередко и его определение приводится в конституциях (Румыния – закон о пересмотре конституции, а также ФРГ, Замбия, Шри-Ланка, Португалия). В доктрине конституционного права зарубежных стран в качестве конституционного понимается закон, который вносит изменения и дополнения в конституцию, принимается в особом порядке, обладает той же юридической силой, что и конституция.

Уместно обратить внимание на то, что в Российской Федерации федеральный конституционный закон, согласно Конституции (ст. 108), – это закон, принятие которого предусмотрено по прямому распоряжению Конституцией. При этом такой закон не является частью Конституции. В зарубежной доктрине, за некоторыми изъятиями, применяется иная концепция конституционного закона.

В ст. 41 Конституции Австрии установлено, что конституционные законы принимаются в том же порядке, что и законы об изменении конституции. Конституция Чехии 1993 г.: «Конституция может быть дополнена или изменена только конституционным законом». К ним отнесены и те, принятие которых предусмотрено специально конституцией (о референдуме, об изменении границ государства). Принимаются 3/5 голосов членов обеих палат и имеют ту же силу, что и конституция страны.

Во Франции конституционными именуют источники Конституции 1958 г. Для характеристики совокупности законов, относящихся к конституционным по одному предмету регулирования, употребляется понятие «конституционный блок». В него включены: Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789 г., Преамбула к Конституции 1946 г., Хартия окружающей среды 2004 г.

В Бразилии особо выделяются дополняющие (конституцию) законы (ст. 111 Конституции Бразилии 1996 г.).

Существует и сходство в понимании данного вида закона с российским аналогом. Так, в Чехии (а также Австрии, Швеции, Нидерландах, Словакии) конституционными именуются законы, принимаемые по специально указанным в конституции вопросам (о референдуме, об изменении границ государства). В Италии конституционными признаются законы, которые определяют правовое положение автономных областей (Сицилии, Сардинии и др.).

Следующую ступень в иерархии законов занимает *органический закон* – закон, принимаемый по прямому предписанию конституции в порядке, отличном от порядка принятия конституционных и обычных законов. Как вид закона впервые признан во Франции, а затем получил распространение в большинстве франкоязычных стран (Алжир, Тунис, Мали и др.). В последующем органические законы получают признание в других странах (Португалия, Испания, Румыния, Армения, Молдова и др.). Смысл органических законов как формы конституционного права заключается в технико-юридических особенностях

национальных конституций, а именно в невозможности конституции детально урегулировать статус основных учрежденных ею институтов публичной власти. Соответственно органическими являются законы об организации и деятельности публичных властей. Иногда национальные конституции содержат легальное определение этого вида законов. Так, согласно ст. 81.1 раздела III главы 2 Конституции Королевства Испания «Органическими законами являются законы, относящиеся к развитию основных прав и свобод, законы, одобряющие статуты об автономии, законы, относящиеся к порядку всеобщих выборов, и все иные законы, предусмотренные Конституцией»¹. Сходное положение содержит Конституция Тунисской Республики 1959 г. (с последующими изменениями), ст. 28 которой предусматривает: «Законы, предусмотренные статьями 4, 8, 9, 10, 66, 67, 68, 69, 70 и 71 настоящей Конституции, являются органическими».

Конституционно-правовые квалификации (особенности) рассматриваемого вида законов состоят в следующем:

а) национальная конституция предусматривает особый (отличный от конституционных и обычных законов) порядок принятия органических законов: они принимаются только парламентом (таким образом, их принятие в порядке делегированного законодательства исключается). При этом, как правило, требуется квалифицированное большинство. К примеру, Конституция Тунисской Республики предусматривает, что «проект органического закона может быть рассмотрен Палатой депутатов не ранее 15 дней с даты его поступления» (ч. 4 ст. 28);

б) в некоторых странах (Франция, Бенин, Алжир) до промульгации принятый парламентом органический закон в обязательном порядке представляется в орган конституционного контроля страны на предмет определения его конституционности;

в) юридическая сила органического закона обусловлена его природой: в иерархии законов он «располагается» между конституционными и обычными законами. Соответственно такой закон может быть изменен только органическим законом в порядке, определенном конституцией. В частности, в разделе 3 главы 2 Конституции Королевства Испания императивной нормой предусматривается: «Принятие, изменение или отмена органических законов требует абсолютного

¹ Существует и отличное от приведенного понимание органического закона в Бразилии. Из содержания ст.ст. 29 и 32 Конституции следует вывод, что органический закон представляет собой не акт федерального уровня, обладающий особой юридической силой, а акт муниципального и окружного (федерального окружного) уровня.

большинства в Конгрессе в последнем голосовании по проекту в целом» (ч. 2 ст. 81.1)¹.

Таким образом, органические законы содержат нормы, относящиеся к важным конституционно-правовым институтам (законы об избирательном праве, конституционном контроле, гражданстве, режиме чрезвычайного положения, политических партиях, судостроительстве).

Самую большую группу образуют *обычные законы*². Они принимаются в порядке общей законодательной процедуры. При этом в конституции могут быть бланкетные нормы, предусматривающие принятие конкретных законов.

Так, по Конституции Японии 1947 г. избирательные округа, способ голосования и иные вопросы, относящиеся к выборам членов палат Парламента, определяются законом. Им соответствуют принятые в 1950 г., 1986 г., 19994 г. избирательные законы. В Великобритании такие законы принимаются по неограниченному кругу вопросов (что связано с абсолютно неограниченной компетенцией Парламента); во Франции только по вопросам, обозначенным в Конституции 1958 г. (ст. 34).

Национальные конституции используют несколько технико-юридических способов, определяющих данный вид законов.

Во-первых, в конституции в специальной главе, части или статье закрепляется перечень вопросов, по которым могут приниматься такие законы. Указанный прием применяется в тех случаях, когда общенациональный орган законодательной власти наделяется так называемым абсолютно-ограниченным объемом нормотворческой компетенции (например, ст. 34 Конституции Франции; ст.ст. 92, 123 Конституции Украины).

Во-вторых, указание относительно принятия данного вида законов сформулировано посредством использования бланкетного способа конструирования правовых норм: нормы национальной конституции содержат некое множество конституционных установлений, определяющих предмет регулирования (иногда и сроки принятия) данного вида законов. Так, ст. 70. («Специальный закон») Конституции Гватемалы (государство Центральной Америки) устанавливает, что вопросы, относящиеся к третьему разделу Конституции («Индийские общины»), «решаются специальным законодательным актом»³; согласно ст. 146 этой же Конституции «гватемальцами признаются ли-

¹ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 2. С. 672.

² С учетом отмеченного не иначе, как недоразумением является утверждение о том, что органические законы «по своей природе ничем не отличаются от всех остальных законов» (Малахов В. П. Право Европейского союза: проблемы источников : монография. М. : Московский университет МВД России, 2003. С. 82).

³ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. С. 171.

ца, приобретающие гражданство посредством натурализации в порядке, установленном законом»¹.

В-третьих, применяется комбинированный или смешанный способ: национальные конституции могут содержать специальные статьи, устанавливающие перечни предметов законодательного регулирования; в то же время самые различные статьи могут содержать указание относительно принятия закона. Подобная ситуация характерна для федеративных государств.

Так, согласно ч. 1 ст. 164 Конституции Швейцарии, «все важные правотворческие положения подлежат изданию в форме союзного закона. К ним относятся в особенности основополагающие положения об: а) осуществлении политических прав; б) ограничениях конституционных прав; с) правах и обязанностях лиц; d) круге лиц, обязанных к уплате налогов и сборов, а также объекте обложения и определении размера обложения; е) задачах и услугах Союза; f) обязательствах кантонов при проведении в жизнь и при исполнении союзного права; g) организации и процедуре союзных властей». В то же время в ст.ст. 153, 188, 190 швейцарской Конституции содержатся указания относительно принятия законов, касающихся определения статуса тех или иных государственных институтов.

В-четвертых, при отсутствии кодифицированных конституций отсутствует всякое указание относительно необходимости принятия законов (Великобритания, Канада и др.). Этот же способ характерен и для тех стран, в которых парламент обладает абсолютно неограниченной законодательной компетенцией, а равно квалифицируется основным законом «высшим органом государственной власти».

В правовых системах некоторых стран встречаются так называемые *чрезвычайные (специальные) законы* – принятые парламентом законы, которые имеют силу, более высокую, чем обычные законы и даже конституция. Оговоримся: это не законы об исключительных правовых режимах, а конституционно нарушающие законы, которые согласно конституции могут и не соответствовать ее положениям. Чрезвычайные (специальные) законы принимаются в особых условиях, обычно с ограниченным сроком действия, как правило, в течение 30–60 дней, хотя и с правом продления этого срока парламентом. Считается, что такие законы распространены в странах с невысоким уровнем конституционного развития (Шри-Ланка, Ямайка, Фиджи, Малайзия). К примеру, Конституция Шри-Ланки 1978 г. предусматривает, что парламент может квалифицированным большинством принять законы, «несовместимые с любым ее положением». В частности, это закон о предотвращении терроризма 1979 г.

Очевидно, что оговорка относительно сферы распространения подобных законов должна быть интерпретирована более пространно. Так, возможность принятия специальных законов предусмотрена Основным законом ФРГ (ст. 115).

¹ Там же. С. 195.

Видимо, что и законы, принятые в США, а также в некоторых других странах после событий 11 сентября 2001 г. по вопросам предупреждения террористических акций, попадают в разряд чрезвычайных (специальных), с той лишь разницей, что их принятие не предусмотрено национальными конституциями. Так, очевидно, что с актом конституционного значения Великобритании – Актом о правах человека 1988 г., инкорпорировавшего Конвенцию Совета Европы о защите прав человека и основных свобод, не вполне согласуются положения Актов о предупреждении терроризма 2000 г. и 2005 г., закрепляющих перечень мер пресечений: задержание до 4 суток подозреваемого без ордера, проведение у него обыска и изъятие вещей; ограничение свободы передвижения, домашний арест, ограничения пользования телефонной связью и Интернетом и встреч с другими лицами. Правомерно ли в этой связи допустить, что пресечение террористических актов – мера, несомненно, социально оправданная, – неизбежно предполагает ограничение гражданских прав, причем не только лиц с правонарушающим поведением?

От чрезвычайных необходимо отличать встречающиеся в зарубежной конституционной практике «срочные» (точнее сказать, временные) законы. Чаще всего к числу таковых относятся законы, действие которых рассчитано на переходный период. Так, согласно ст. 138 Конституции Республики Ирак от 15 октября 2005 г. «Закон «Об управлении Государством Ирак в переходный период» и приложение к нему отменяются после формирования нового состава правительства, за исключением положений пункта «а» статьи 53 и статьи 58 данного закона». В определенном смысле «срочными» можно считать и законы о бюджете, время действия которых исчерпывается календарным годом.

Существуют и иные основания подразделения законов. Так, по юридической форме в зарубежных государствах различают:

а) законы-программы («программные законы», принимаемые по вопросам экономического и социального развития и «определяющие цели экономической и политической деятельности государства». Устанавливают цели и определяют содержание деятельности госорганов (Франция, Бенин, Индонезия); б) кодексы – крупные законодательные акты, комплексно регулирующие группы (область) однородных отношений. Нередко кодекс закрепляет группу норм, которые представляют отдельный институт конституционного права. Это избирательные кодексы (Франция, Кот-де-Ивуар, Сенегал, Аргентина, Кыргызстан), Кодекс о гражданстве Алжира и др. В частности, в Бразилии действует многократно новеллизированный Избирательный кодекс 1965 г.

В зарубежном конституционном праве понятие кодекса не всегда совпадает с его пониманием в отечественном правоведении – как единого кодифицированного акта. В частности, Избирательный кодекс Франции представлен совокупностью законодательных актов, содержащих нормы органических и обычных законов, которые систематизированы в определенном порядке. Эта особенность французского избирательного права

для некоторых авторов, специально обращавшихся к проблеме «источников» французского права, осталась не понятой, вследствие чего и читатель веден в заблуждение¹.

В отличие от других отраслей права (отраслей законодательства), для которых наличие кодекса означает наличие базового фундаментального акта, равного которому среди других законодательных актов нет (зачастую это и единственный акт законодательного уровня), в сфере действия норм избирательного права избирательные кодексы такого положения не занимают. Так, наряду с упомянутым Избирательным кодексом Бразилии 1965 г., действует Закон от 30 сентября 1997 г. № 9.504, содержащий материальные нормы (определение первого воскресенья октября соответствующего года как единого дня выборов Президента и Вице-президента Республики, губернаторов и вице-губернаторов штатов и федерального округа, префектов и вице-префектов, сенаторов, федеральных депутатов, депутатов штатов и муниципальных советников), а равно регулирующий порядок проведения выборов.

Конституция Польши определяет процессуальные особенности обсуждения и принятия кодексов. Так, если в первом чтении обычные проекты рассматриваются в течение 7 дней, то проект кодекса и предписания о вступлении его в силу происходит не раньше чем на 30-й день от момента вручения проекта депутатам Сейма; первое чтение проекта закона о внесении изменений в кодекс происходит не раньше чем на 14-й день; для рассмотрения таких законопроектов может быть образована чрезвычайная комиссия, которая созывает группу постоянных экспертов, 1/3 которых предлагается инициаторами проекта. К полномочиям комиссии отнесено представление Сейму доклада в форме поправок к проекту кодекса. Комиссия может помещать отклоненные ей поправки, рассматриваемые как предложения меньшинства при условии, что в письменной форме они внесены не менее чем пятью депутатами, входящими в состав комиссии. Второе чтение проектов кодексов (или изменений к ним) предполагает представление чрезвычайной комиссией доклада о проекте Сейму и проведение по нему дебатов, внесение поправок и предложений. Право вносить поправки предоставлено инициатору проекта, группе депутатов не менее чем из 15 парламентариев, Совету министров. После оглашения на пленарном заседании поправки представляются Маршаллу Сейма в письменной форме. Если во втором чтении проект претерпевает изменения вследствие внесенных в него поправок, то он возвращается в чрезвычайную комиссию.

Применительно к сферам правового регулирования в ряде зарубежных государств принято выделять законы публичные (*derenal*) и частные (*local*). Публичные устанавливают правила общие и частные (регулируют вопросы, связанные с интересами отдельных лиц или

¹ См.: Малахов В. П. Указ. раб. С. 83.

корпораций, т. е. определяют правовое положение отдельных физических лиц).

В частности, Интерпретационный акт Соединенного Королевства Великобритании 1889 г. признает публичными все акты Парламента, которые приняты им с 1850 г., при условии, что сам акт не содержит иного указания. При этом принято, что публичные акты подразделяются на три группы: а) общие, рассчитанные на все общество или на его значительную часть; б) местные, действие (пространственная сфера) которых распространяется на относительно небольшие части территории страны; в) персональные, регулирующие статус каких-либо объединений.

Юридическое отличие этих двух разновидностей актов состоит в том, что в любом судебном или административном деле можно ссылаться на любую публикацию публичного акта. Что касается частных биллей, то это процедура предполагает ссылку только на копию, выдаваемую Канцелярией Ее Величества или клерком палаты общин.

Существуют различия и в применении законодательной процедуры: право внесения публичных биллей принадлежит исключительно депутатам палаты общин, частных – заинтересованным субъектам. Кроме того, публичные билли вносятся в форме законопроектов; что касается частных биллей, то законодательная инициатива относительно их реализуется в форме подачи петиций, которые могут содержать лишь основную концепцию закона¹.

Такое же разделение существует и в США. При этом публичные законы (билли) также устанавливают общие правила поведения по главным вопросам внутренней и внешней политики. Такие акты составляют основную долю в составе статутного права. Частные билли регулируют правовой статус отдельных лиц и корпораций, применяются различные процедуры их принятия. Они вносятся в разные календари палат; в отличие от публичных частные билли рассматриваются по упрощенным процедурам – не требуется постатейное обсуждение и при меньшем кворуме.

В особую категорию выделяют так называемые финансовые законы, в особенности законы о бюджете. Конституции, а также национальное законодательство чаще всего не выделяет их особую юридическую силу.

Скорее всего, это отличие усматривается в их специфической юридической форме, в порядке разработки, обсуждения и принятия, равно как и внесения в них изменений. В частности, правом законодательной инициативы в этом случае обладает, главным образом, правительство. Так, согласно ст. 81 Конституции Италии проекты законов о бюджете и об одобрении отчета по ним представляет правительство². По Конституции Польши 1997 г. законодательная инициатива в отношении бюджетного закона, закона о временном бюджете, закона о взятии государством публичного долга, а также закона о предоставлении финансовых гарантий принадлежит исключительно Совету министров³.

Актами США о реорганизации Конгресса 1946 г. и 1970 г. предусмотрено, что все билли (законопроекты), кроме финансовых, могут вноситься в ту палату, членами которой являются инициаторы⁴. Согласно законодательной процедуре Соединенного Королевства, правом их внесения исключительно в палату общин обладают только члены Правительства (депутаты вправе вносить в них поправки только по согласованию с соответствующим министром). Палата лордов может задержать финансовый билль не более

¹ См.: Романов А. К. Правовая система Англии : учебное пособие. М. : Дело, 2000.

² Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 2.

³ Там же.

⁴ См.: Алебастрова И. А. Основы американского конституционализма. М. : Юриспруденция, 2001; Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М. : Новая юстиция, 2007. С. 987–988.

чем на месяц (принятие иных биллей Палата вправе задержать на год). В соответствии со ст. 113 Основного закона ФРГ принятие Бундестагом законов, превышающих бюджетные расходы или могущих их превысить в будущем, равно как уменьшающих или могущих уменьшить доходы бюджета, предполагает согласие Федерального правительства. Последнее вправе потребовать, чтобы Бундестаг отложил принятие по ним решения, с тем чтобы в течение 6 недель представить Бундестагу свое заключение. Рассмотрение финансовых законопроектов палатами парламента и их принятие жестко регламентировано процессуальными сроками и основано на императивных началах. Статья 47 Конституции Франции 1958 г. устанавливает, что финансовый законопроект рассматривается по правилам срочной процедуры. Он вносится только в Национальное собрание не позже третьего вторника октября предшествующего года. Национальное собрание обязано высказаться по этому проекту в первом чтении в 40-дневный срок по его внесении. Сенат должен принять решение в 20-дневный срок после передачи ему проекта. Если нижняя палата не приняла в целом в первом чтении проект в течение 40 дней, то Правительство направляет первоначальный проект в Сенат (при этом Правительство вправе вносить в данный проект собственные поправки). Сенату предписано в этом случае высказаться в течение 15 дней. Если Парламент не принял проект в 70-дневный срок после его внесения, то он может быть введен в действие путем издания ордонанса, подписываемого Президентом Республики¹. Таким образом, финансовый законопроект принимается по правилам органического закона в 70-дневный срок, из которых 40 дней предоставляется Национальному собранию; 20 дней – Сенату и 10 – для так называемого законодательного «челнока».

Согласно ст. 60 Конституции Японии, если Палата советников примет по бюджету решение, отличное от решения Палаты представителей, и если соглашение не будет достигнуто с помощью предусмотренного законом совместного заседания обеих палат или если Палата советников не примет окончательного решения в течение 30 дней, за исключением времени перерыва в работе Парламента, после получения бюджета, принятого Палатой представителей. Решение Палаты представителей станет решением Парламента². Предоставляя право отлагательного вето Президенту, Конституция Польши (ст. 111) запрещает ему использовать право вето в отношении бюджетных законов и законов о временном бюджете. Президент обязан в течение 7 дней подписать бюджетный закон, представленный Маршалом Сейма³.

Конституцией Индии 1949 г. предусмотрено принятие «денежных законопроектов». Согласно ст. 110 таковым является законопроект, которым предполагается: а) введение или отмена каких-либо налогов, освобождение от их уплаты, их изменение или регулирование; б) регулирование выпуска денежных займов; в) хранение Консолидированного фонда и Фонда чрезвычайных расходов Индии; г) ассигнование денежных сумм из средств Консолидированного фонда Индии и др. Такой законопроект, согласно ст. 109 Конституции, может быть внесен только в Совет Штатов. На каждом денежном законопроекте должно иметься подписанное Спикером Народной палаты удостоверение в том, что такой законопроект является денежным законопроектом (ч. 4 ст. 110 Конституции Индии).

Специфичны в отношении данных законов процедуры в британском парламенте. Квалификацию биллям как финансовым дает спикер Палаты общин. При этом такие законы должны получить королевское одобрение по происшествии 1 месяца после их принятия нижней Палатой вне зависимости от позиции Палаты лордов.

В результате конституционного пересмотра 22 февраля 1996 г. во Франции создана новая категория законов: законы о финансировании социального обеспечения. Такими законами определяется бюджет Франции в сфере социального обеспечения – определя-

¹ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 3.

² Конституции зарубежных государств ... С. 111.

³ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 2.

ются условия распределения средств на социальное обеспечение, а также, «учитывая предполагаемые поступления, устанавливают цели расходов при соблюдении условий, предусмотренных органическим законом» (ст. 34 Конституции). Иными словами, закон о финансировании социального обеспечения есть закон о бюджете социального обеспечения. Такой закон принимается наряду с законом о государственном бюджете. Необходимость в такого рода законах обусловлено самой спецификой бюджета социального обеспечения: по своему объему он превышает государственный бюджет. Они принимаются по специальной процедуре, предусмотренной ст. 47-1 Конституции Франции. Право законодательной инициативы принадлежит Правительству. В отличие от иных законопроектов, вносимых Правительством, которые рассматривает вначале Сенат, такие проекты первоначально рассматриваются Национальным собранием. Законопроект обсуждается в ограниченные и абсолютно определенные сроки: Парламенту предоставлено 50 дней для их принятия, в том числе 20 дней – Национальному собранию, 15 – Сенату и 25 дней оставлено для передачи законопроекта из одной палаты в другую (т. е. использования так называемого приема «челнока»). При условии, что Парламент не укладывается в отведенный срок, бюджет социального обеспечения вводится не законом, а принимаемым Правительством ордонансом. Таким образом, применяется своеобразная санкция, стимулирующая законодательную активность парламента¹.

Акты, приравненные по юридической силе к законам. Выделение этой группы актов имеет большое значение, позволяет правильно оценить значение каждой из форм в структуре конституционного права. В данную группу актов включаются законодательные акты парламента, главы государства и акты органов конституционного контроля. Следует подчеркнуть, что к законодательным актам парламента и главы государства мы относим только те парламентские акты и акты главы государства, которые национальной конституцией, конституционной практикой признаны равными по силе с законами. Вместе с тем, именовать эти акты с формально-юридической точки зрения законами нет оснований, поскольку их особенная юридическая форма, порядок принятия и пр. все же существенно отличны от законов как специфической формы права.

Законодательные акты парламента. Это парламентские акты, принимаемые по отличной для законов процедуре и содержащие нормы права.

Так, парламент США – Конгресс, кроме законов принимает резолюции – совместные, совпадающие и простые. Среди них особое место занимают *совместные резолюции*, принимаемые обеими палатами по «случайным, необычным или второстепенным вопросам законодательства» и имеют нормоустанавливающее значение. Процедура прохождения в палатах таких резолюций аналогична законам. Они входят в силу после их принятия двумя палатами и подписания Президентом. Совместные резолюции продлевают срок действия законов, исправляют ошибки в текстах законов, выделяют ассигнования на незначительные нужды. Совместные резолюции обладают и юридической силой, равной закону. В форме совместных резолюций принимаются поправки к Конституции, решения о продлении срока действия закона.

Совпадающие резолюции – документы, регулирующие взаимоотношения между палатами либо выражающие общее мнение обеих палат по какому-либо вопросу, объяв-

¹ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 3.

ляющие программу их совместной деятельности в той или иной сфере. Оба вида резолюций должны быть приняты палатами в идентичной редакции.

Простые резолюции – акты, принимаемые каждой палатой отдельно, выражают ее позицию по отдельному вопросу, регулируют внутриорганизационные проблемы палаты. В отличие от совместных совпадающие и простые резолюции принимаются и вступают в силу не требуя их санкционирования Президентом.

Совместные резолюции продлевают срок действия законов, исправляют ошибки в текстах законов, выделяют ассигнования на незначительные нужды и пр.

Так называемые простые и совпадающие резолюции не требуют подписи Президента (они выражают позицию одной палаты по внутренним вопросам, не имеют общеобязательного характера).

Законодательные акты главы государства. Право главы государства издавать такие акты имеет, во-первых, конституционные основания и, во-вторых, конституционно очерченную сферу приложения (это обстоятельство не всегда фиксируется в конституциях).

Так, Конституция Италии (ст. 87) предусматривает, что Президент «издает декреты, имеющие силу закона». Конституция Бразилии предоставляет Президенту право принимать делегирующие законы (параграфы 1 и 3 ст. 68). Ему также принадлежит право издавать акты о временных мерах, имеющих силу закона. Такие акты принимаются в случаях особой важности и неотложности, о чем Президент обязан немедленно сообщить Национальному конгрессу.

Часть V Конституции Индии включает главу III «Законодательные полномочия Президента», согласно которой Президент Индии наделен правом «издавать указы во время перерыва в работе Парламента». По смыслу данного положения Президент полномочен издавать законы (законодательные акты) в такой юридической форме, как указы. Указы принимаются в любое время, кроме сессий обеих палат Парламента, в случаях, если «Президент придет к убеждению, что существуют обстоятельства, делающие необходимыми принятие им немедленных мер» (ч. 1 ст. 123). Указ «имеет такую же силу и действие, как и парламентский акт» (ч. 2 ст. 123). При этом Конституция особо оговаривает условия действительности указов: а) он должен быть представлен обеим палатам Парламента и прекращает свое действие по истечении 6 недель с момента созыва Парламента или, если до истечения этого периода обе Палаты приняли резолюцию, отклоняющую его, после принятия второй из этих резолюций; б) может быть в любое время отменен самим Парламентом. Указ признается недействительным, если он принят по вопросам, которые согласно Конституции, не входят в компетенцию Парламента.

Акты органов конституционного контроля. Это акты издаваемые в порядке толкования конституционных норм и законов, а также формулируемые в результате рассмотрения конкретных конституционных споров. Акты толкования законов являются широко распространенными формами права в странах общего права и во многих других. По образному выражению, акты толкования есть «законотворчество между строк». Предметом толкования могут быть как отдельные статьи конституции, так и положения конституционных, органических и обычных парламентских законов, содержащих в себе нормы конституционного права. В результате официального легального толкования конституции орган конституционного контроля создает общие нормы и принципы, юридическая сила которых прирав-

нивается к силе норм самой конституции. Тем самым толкование законов может серьезно влиять на всю правовую систему¹.

Что касается правотворческой деятельности органов конституционного контроля в процессе разрешения конкретных конституционных споров, то оценка такой деятельности не является однозначной. В странах общего права, где конституционный контроль осуществляют суды общей юрисдикции, принимаемые ими решения нередко содержат нормативные конституционно-правовые положения, которые признаются формой права. Применительно к странам континентального права мнения конституционалистов хотя и расходятся, тем не менее, нормативная природа решений специализированных органов конституционного контроля (конституционных судов, советов) все же признается. Логичным в этой связи является вывод западного конституционалиста Л. Гарлицкого о том, что «в современной практике образ «негативного законодателя» уступает место образу суда, действующего не только как обычный «позитивный законодатель», но и как конституционный законодатель»².

§ 4. Институт делегированного законодательства в зарубежных странах. Применение института делегированного законодательства в конституционной практике России

Общее понятие делегированного законодательства. Однозначного понимания данного института среди специалистов нет.

Одними авторами делегированное законодательство ассоциируется с передачей соответствующих полномочий только от парламента. «Под термином «делегированное законодательство», считает английский ученый в области конституционного права К. Эдди, обозначаются все законодательные акты, издаваемые государственными органами, «находящимися под властью парламента и действующими в процессе принятия этих актов на основе полномочий, переданных им от парламента»³.

В других случаях делегированное законодательство (обозначаемое как «субординированное законодательство»), отождествляется с правотворчеством, осуществляемым «субординированными» органами на основе полномочий, переданных им не только от парламента, но и от других представительных органов. В качестве таковых называются, в частности, высшие законодательные органы субъектов федерации (легислатуры штатов – в США, легислатуры провинций – в Канаде и т. д.)⁴.

Распространена точка зрения о том, что делегированное законодательство непосредственно не исходит ни от парламента, ни от легислатур, а «издается другими органами или должностными лицами»⁵. Британский административист Дж. Гарнер пришел к выводу, что тезис о конкретности адресата не может служить основателем определения законодательного или исполнительного характера акта. В его понимании «не существует ясного ответа на вопрос, является ли акт законодательным или исполнительным по своему характеру. Те документы, которые публикуются, признаются законодательными

¹ Может быть, это обстоятельство удерживает отдельные страны от применения данного института. Так, в Конституции Турции 1982 г. закреплён прямой запрет относительно толкования Основного закона страны (ст. 153).

² Цит. по: Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М. : Норма, 2007. С. 34.

³ См.: An introduction to public law by Keith James Eddey. L., 1987. P. 120.

⁴ См.: Constitutional Law of Canada by Peter W. Hogg. Toronto, 2004. P. 285.

⁵ См.: Dalton P., Dexter R. Constitutional Law. L., 1976. P. 104.

вследствие самого факта опубликования»¹. Даже суды в ином случае попадают в затруднительное положение при определении характера того или иного акта.

До недавнего времени в отечественной литературе (в основном справочной) процесс передачи (перераспределения) законодательной власти обозначался как «делеги́рование законодательных полномочий», а процесс издания по уполномочию парламента нормативных актов, приравненных по юридической силе к закону, в порядке уступки (делеги́рования) легислатурой правительству своих законодательных прав определялся как делегированное законотворчество². Такое терминологическое уточнение в принципе допустимо, хотя сущностной стороны проблемы оно и не проясняет. В новейшей литературе по конституционному праву при анализе данной проблемы воспринята терминология, принятая в западной литературе. Такой «консерватизм» представляется вполне уместным.

Таким образом, при расхождении во взглядах сущность делегированного законодательства усматривается в том, что право на принятие законов передается государственному органу, не обладающему изначально подобной компетенцией. При делегировании в отличие от простого поручения другой орган получает такие правотворческие полномочия, которых ранее у него не было. Причем и орган, который произвел передачу (делегацию), не теряет своей компетенции на издание нормативных юридических актов по данному кругу вопросов³. Отсюда делегированное законодательство (от лат. *delego* – поручаю) представляет собой издание главным образом правительством или иными органами исполнительной власти на основании специальных полномочий актов, имеющих силу закона.

В новейшей отечественной литературе по конституционному и муниципальному праву, государственному управлению возрос интерес к выяснению содержания термина «делеги́рование» и сопредельных с ним понятий. В частности, ряд исследователей проблемы различают акты, принятые в рамках первичной правотворческой деятельности государственных органов, и иные акты, принятые в порядке делегирования или санкционирования правотворческих полномочий иным субъектом права, используя термины «санкционирование», «наделение» и «делеги́рование» в качестве однопорядковых⁴.

¹ Garner J. Administrative law. P. 62.

² См.: Большая советская энциклопедия. М., 1972. Т. 8. С. 214; Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А. Я. Сухарев. 2-е изд., доп. М., 1987. С. 84; Румянцев О. Г., Додонов В. Н. Юридический энциклопедический словарь. М., 1996. С. 73.

³ Алексеев С. С. Общая теория социалистического права. Свердловск, 1965. С. 27.

⁴ См., например: Маликов М. Ф. Региональное право: региональное управление и

По мнению В. С. Троицкого, разграничивающего санкционированное правотворчество от делегированного, первое осуществляется субъектом, не являющимся компетентным правотворческим органом. Созданные им нормативы приобретают характер правовых только благодаря правотворческой компетенции государственного органа, который их утверждает. Делегированное осуществляется в порядке субсидарности (взаимопомощи) государственным органом, обладающим собственными правотворческими полномочиями¹.

Н. Н. Вопленко под санкционированием понимает выражение согласия, утверждение, наделение юридической силой какого-либо правила или акта. Автор разделяет все источники на установленные государством и санкционированные им. В Первая группа – нормативные правовые акты органов государственной власти, которые выражают непосредственную государственную волю. Вторая группа – это источники права, санкционированные государством, которые приобрели юридическую силу и правотворческую значимость с согласия органа государства – правовые обычаи, нормативные договоры, акты общественных организаций, юридическая практика, правовая доктрина, религиозные нормы².

Анализ проблемы показывает, что в отношении делегирования правотворческих полномочий в мировой практике представлены две тенденции. Первая, характерная для романо-германской правовой системы, условно именуется «статутной». Вторая традиция преобладает в странах общего права, для которой характерна своя традиция в соотношении закона и других правовых форм и широкое распространение делегирования парламентом нормотворческих полномочий другим органам власти³. Считается, что для российской правовой системы более характерно второе.

При оценке рассматриваемой проблемы следует также отличать делегирование и санкционирование как формы правотворческой деятельности от первоначального обладания такими полномочиями государственными и муниципальными органами публичной власти, а также населением в целом, реализующим данное полномочие посредством форм непосредственного волеизъявления, которым изначально принадлежит исключительное право создания правовых норм.

При существующих разночтениях в сущностной оценке делегированного законодательства общим является определение данного института как совокупности конституционно-правовых норм, регулирующих деятельность уполномоченного органа по осуществлению переданных

правотворчество : учебное пособие. Уфа, 2002; Троицкий В. С. Делегированное законодательство как разновидность правотворческой деятельности // Актуальные проблемы конституционного и международного права : сборник научных трудов. М., 2007; Вопленко Н. Н. Источники и формы права : учебное пособие. Волгоград, 2003.

¹ Троицкий В. С. Указ. раб. С. 155.

² Вопленко Н. Н. Указ. раб. С. 18–19.

³ См. об этом: Сергевнин С. Л. Некоторые вопросы правового регулирования отношений федерализма в актах современного зарубежного законодательства // Истоки и источники права: очерки / под ред. Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник. СПб., 2006. С. 561–563.

ему законодательных полномочий, а также деятельность парламента по наделению органа публичной власти полномочиями из сферы своей компетенции и контролю за их осуществлением¹. Соответственно делегированное законодательство – это «изданные правительством по уполномочию парламента нормативные акты, фактически обладающие силой закона, в порядке уступки (делегирувания) парламентом правительству некоторых законодательных полномочий»².

С учетом отмеченного можно выделить следующие конструктивные характеристики делегированного законодательства.

Прежде всего, его *«строго функциональный», или целевой характер*: делегированные акты издаются для достижения конкретных целей; оно всегда принимается только на основе и в рамках властных полномочий, строго ориентированных на решение определенных задач. При этом целевые, строго функциональные установки касаются не только «узкоспециализированных» актов, издаваемых в порядке делегирования полномочий парламента в сфере образования, здравоохранения, социального обеспечения и других сферах, где роль делегированного законодательства особенно резко возросла в послевоенные годы, но и актов более общего характера. Парламентские полномочия передаются органам, издающим эти акты, в целях «установления хороших правил и мудрого правления»³. Большинство из этих актов утверждаются соответствующими министрами.

Применение института делегированного законодательства имеет конституционно (законодательно) установленные основания. Как правило, в тех странах, где данный институт применяется, это зафиксировано в национальных конституциях или специальных законодательных актах (к примеру, страны континентальной Европы). В странах общего права, где нет кодифицированной конституции, делегированное законодательство применяется на основе сложившейся конституционной практики. Так, в конституционном законодательстве Великобритании нет прямого указания на применение данного института, но в то же время процесс передачи части полномочий парламента по принятию законодательных актов другим органам считается вполне естественным и правомерным. Такой порядок основывается на доктрине верховенства парламента, который как «суверенный институт» может или сам принять «любой акт, какой только захочет»,

¹ См.: Арефина С. И. Конституционные основы делегированного законодательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Юридическая энциклопедия / под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 2001. С. 233.

³ An introduction to public law by Keith James Eddey. L., 1987. P. 120–121.

или же поручить это сделать по его полномочию любому другому органу¹. Правомерность делегированного законодательства в Соединенном Королевстве обосновывается, кроме того, сугубо прагматическими по своему характеру аргументами, а именно: необходимостью дальнейшего развития и совершенствования статутного права. Иной пример представляет Канада, где действует Закон 1970 г. об актах делегированного законодательства «S-22», предусматривающий порядок рассмотрения, опубликования и проверки законоположений и других актов делегированного законодательства².

Конкретно говоря, делегированное законодательство затрагивает основы отношений между высшими органами государства и уже по этой причине является объектом конституционного регулирования. Именно на конституционном уровне требует закрепления клаузула о возможности использования данного института. Анализ проблемы показывает, что в конституциях зарубежных стран делегированное законодательство имеет различные способы оформления. Причем при общей распространенности института делегированного законодательства он далеко не во всех национальных конституциях получил закрепление:

1) прямое (или иным образом формально-юридически оформленное) запрещение применения делегированного законодательства (Аргентина, Венесуэла, Гаити, Гондурас, Коста-Рика, Никарагуа, Польша)³. Так, согласно ст. 76 Конституции Аргентины делегирование законодательных полномочий исполнительной власти запрещается, кроме случаев издания законодательных положений по определенным вопросам в сфере управления или при возникновении чрезвычайных обстоятельств, строго в пределах отведенного для этого срока, установленного Конгрессом⁴. Наличие такого рода императивов в основном законе, по существу, исключает юридическую воз-

¹ При этом необходимо обратить внимание на то, что в Великобритании в среднем в год актов делегированного законодательства принимается в 18 раз больше, чем самих законов³ (см.: Троицкий В. С. Делегированное законодательство: Теория и практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005).

² См.: Canada Gazette. URL: <http://canadagazette.gc.ca/partII/2006/20060331-c/html/r-e.html>.

³ Так, согласно абз. 3 ст. 99 Конституции Аргентинской Республики «Исполнительная власть не может ни в каком случае издавать акты законодательного характера». В случае нарушения этого положения принимаемые акты не имеют юридической силы. Опубликовано в официальном издании 10 января 1995 г. *Constitution de la Nacion Argentina / Texto Segun Leu 24/30 // Boletin Oficial en el Suplemento del 10. 01. 1999*; Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы / ред.-сост. Н. М. Миронов. М. : ЛЕГЕНДА, 2007.

⁴ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 32.

возможность делегации законодательных полномочий. В то же время конституции таких стран содержат установления, разрешающие главе государства в экстраординарных условиях принимать нормативные акты, равные по силе закону¹;

2) существует довольно большая группа стран, причем безотносительно к форме правления, учредительная власть которых сохраняет конституционное молчание относительно данной проблемы (Словакия, Словения, Мексика, Хорватия, Чехия, Эстония и др.), что не исключает ее урегулирование органами законодательной власти. Кроме того, в данном случае конституционные акты наделяют главу государства (правительство) в определенных случаях правом принимать равные по силе с законами акты²;

3) конституции целого ряда государств прямо наделяют парламенты правом делегировать правительству полномочия законодательствовать по определенному кругу вопросов.

Это, в частности, группа государств континентальной Европы (Андорра, Греция, Испания, Италия, Турция, Германия, Финляндия, Франция, Хорватия и др.), конституции которых санкционируют законотворческую деятельность правительства и достаточно четко регламентируют этот процесс. Так, Конституция Испании 1978 г.³ в ч. 1 ст. 82 указывает, что Генеральные Кортесы могут делегировать Правительству полномочия издавать нормативные правовые акты, имеющие силу закона, по определенным вопросам.

Конституция Княжества Андорра 1993 г. (ст. 59) предоставляет право законодательному органу страны право делегировать осуществление законодательной функции главе исполнительной власти посредством издания последним закона. Одновременно Конституция запрещает какие-либо акты субделегации. «Закон делегации определяет делегированный вопрос, принципы и директивы, согласно которым соответствующий законодательный декрет главы исполнительной власти должен быть издан, а также срок его осуществления». Разрешение на делегацию обычно предусматривает парламентские формы контроля относительно делегированного законодательства⁴.

¹ Согласно абз. 2 ст. 99 Конституции Аргентинской Республики, «только, когда в силу исключительных обстоятельств окажется невозможным соблюдение обычного порядка рассмотрения и принятия законов, установленного настоящей Конституцией, президент вправе принимать декреты по соображениям необходимости и срочности». Эти декреты не должны затрагивать области уголовного, налогового, избирательного права и статус политических партий. Они принимаются с общего согласия министров, включая главу кабинета министров, которые должны их контрассигновать.

² По Конституции Эстонии, если государственное собрание (Рийгикогу) не может собраться, Президент в случае неотложной государственной необходимости имеет право издать скрепленные подписями председателя Государственного собрания и премьер-министра указы, имеющие силу закона. На первом же заседании парламента они передаются ему на утверждение (см.: Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 3. С. 736).

³ См.: Конституции государств Европы : В 3 т. Т. 2. С. 68.

⁴ См.: Конституции государств Европы : В 3 т. Т. 1. С. 238–239.

Согласно ст. 80 Основного закона ФРГ 1949 г.¹ федеральное Правительство, федеральный министр или правительства земель могут быть уполномочены законом издавать постановления, имеющие силу закона. При этом законом о делегировании полномочий должны быть определены содержание, цели и объем предоставленных полномочий. Из ч. 2 ст. 43 Конституции Республики Греция (от 9 июня 1975 г., изм. 1995 г., 1996 г.) следует, что Президент может издавать регламентарные декреты в силу специальной законодательной делегации по предложению соответствующего министра и в пределах этой делегации.

Анализ основных законов государств – участников СНГ показывает, что институт делегирования законодательных полномочий в большинстве этих стран не является объектом конституционного регулирования. Исключение составляет лишь Республика Молдова, Конституция которой содержит специальную ст. 106/2 «Делегирование законодательных полномочий», включающую несколько взаимосвязанных материальных и процессуальных установлений. Часть 1 ст. 106/2 устанавливает, что в целях реализации программы деятельности Правительства Парламент по предложению Правительства может принять специальный закон, уполномочивающий Правительство издавать ордонансы в областях, не являющихся предметом органических законов. Части 2–5 предусматривают процедуры реализации материально-правового положения Конституции: уполномочивающий закон устанавливает в обязательном порядке область и дату, до которой могут издаваться ордонансы (ч. 2); ордонансы вступают в силу со дня опубликования и не подлежат промугации (ч. 3); если это предусмотрено уполномочивающим законом, ордонансы подлежат утверждению Парламентом;

4) делегированное законодательство имеет юридически определенный предмет правового регулирования. Конституционному праву зарубежных стран известны несколько способов конституционного определения объектов делегированного законодательства;

5) перечень потенциальных объектов делегированного законодательства является исчерпывающим. В конституции закрепляется исключительная компетенция парламента в определенных сферах. Соответственно вопросы, которые не отнесены к сфере законодательства, составляют исключительную компетенцию правительства. Применительно к данному способу делегирование парламентом правительству законодательных полномочий вне установленных пределов не допускается. Так, ст. 34 Конституции Франции 1958 г.² содержит жесткий перечень вопросов, по которым парламент может принимать законы. По всем остальным вопросам во Франции принимаются акты правительства, и правительство может изменять законы, принятые до вступления в силу данной Конституции, если эти законы посвящены вопросам, не вошедшим в вышеуказанный перечень;

6) перечень делегированных актов определяется усмотрением парламента. В таких странах конституция не содержит прямых указаний

¹ См.: Там же. С. 67.

² См.: Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Европейский союз, США, Япония, Индия : учебное пособие / сост. В. В. Маклаков. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2007. С. 61.

на ограничение законодательных полномочий парламента. К примеру, ст.ст. 70 и 76 Конституции Итальянской Республики 1948 г.¹, абз. 1 ст. 80 Основного закона ФРГ 1949 г.² предусматривают возможность делегирования полномочий в сфере законодательства органам исполнительной власти по вопросам, определяемым по усмотрению парламента, являющегося носителем высшей законодательной власти;

7) перечень делегированных актов определяется усмотрением парламента, кроме случаев, запрещенных конституцией. В таких случаях конституция не содержит указаний на ограничение законодательных полномочий парламента, но в рамках этих полномочий выделяет круг вопросов, правовое регулирование которых не может быть делегировано исполнительной власти ни при каких условиях. Такая норма содержится в главе 2 «О разработке законов» Конституции Королевства Испании 1978 г.³, в которой закрепляется два вида законов: органические и обычные. Органические законы, как это следует из ст. 81 Конституции Королевства Испании 1978 г., призваны регулировать основополагающие элементы конституционного строя: основные права и свободы; порядок всеобщих выборов; определение статуса Народного защитника, являющегося высшим уполномоченным Генеральных Кортесов по правам и свободам человека; основания введения чрезвычайного и осадного положения и т. д. За пределами правового регулирования органических законов остается масса вопросов, не только составляющих сферу действия обычных законов, но и являющихся потенциальными объектами делегированного законодательства.

Таким образом, в большинстве стран, признающих делегированное законодательство, существуют конституционно установленные ограничения круга вопросов, в отношении которых высшим органам исполнительной власти может быть делегировано право законодательствования.

Субъектом делегированного законодательства, как правило, является орган исполнительной власти или иной орган, определенный законодательством. Чаще всего таким органом является правительство. Это наиболее распространенный субъект делегированного законодательства.

¹ Там же. С. 213–214.

² Там же. С. 143.

³ См.: Конституции государств Европейского союза / под общ. ред. Л. А. Окунькова. М. : ИНФРА-М, 1999. С. 374.

Примером могут служить такие страны, как Испания (ч. 3 ст. 82 Конституции 1978 г.)¹, Франция (ст. 38 Конституции 1958 г.)², где правительство – единственный орган, в отношении которого допускается делегирование законодательных полномочий. Необходимо отметить, что правительство рассматривается как коллегиальный орган и делегированные ему полномочия не могут быть в дальнейшем делегированы его структурным подразделениям или иным органам исполнительной власти. Итальянская Республика – единственная страна, в которой в соответствии со ст. 79 Конституции Республики Италия 1947 г.³ допускается делегирование законодательной власти Президенту как главе государства по вопросам амнистии и помилования.

Заслуживает внимания сложившаяся в Германии практика делегирования Бундстагом своих полномочий не только Правительству, но и федеральным министрам. Подобное делегирование осуществляется в соответствии с абз.1 ст. 80 Основного закона ФРГ 1949 г.⁴. Кроме того, в ФРГ закон о делегировании в некоторых случаях может санкционировать дальнейшее делегирование законодательных полномочий органом, которому они были предоставлены первоначально, вниз по исполнительной вертикали путем издания соответствующего постановления. В других странах подобной практики нет. В Канаде в соответствии с Законом «Об актах делегированного законодательства» органом делегированных законодательных полномочий является любой орган, наделенный полномочиями по установлению правовых норм, и любой орган, от которого исходит тот или иной акт делегированного законодательства или проект акта делегированного законодательства.

Следующая особенность обусловлена юридической силой делегированных актов. С формально-юридической точки зрения делегированные акты по своей юридической силе уравниваются с юридической силой закона.

Еще одна конструктивная особенность актов делегированного законодательства связана с их действием во времени. Такие акты издаются на определенный срок и прекращают свое действие в особом порядке. По миновании надобности, ради которой был издан делегированный акт, он прекращает свое действие. Обобщенно выделяют ряд оснований прекращения делегированных полномочий. К таковым отнесены: истечение срока действия полномочий, установленного актом о делегировании; выработка текста акта, на что было уполномочено правительство; отставка правительства; прекращение легислатуры парламента или его роспуск; отмена парламентом акта о делегировании полномочий; признание акта парламента о делегировании законодательных полномочий неконституционным.

В темпоральных нормах конституций и национального законодательства определяются временные параметры действия делегированных актов. Так, во Франции Правительство

¹ Там же. С. 389.

² См.: Конституции зарубежных государств / под ред. В. В. Маклакова. М. : Волтерс Клувер, 2007. С. 62.

³ См.: Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2011. С. 124.

⁴ См.: Конституции зарубежных государств / под ред. В. В. Маклакова. М. : Волтерс Клувер, 2007. С. 142.

имеет право издавать акты, имеющие силу закона исключительно в течение 6 месяцев со дня предоставления ему соответствующих полномочий. В Испании действие делегированных полномочий прекращается с принятием Правительством соответствующего нормативного акта (п. 3 ст. 82 Конституции Испании)¹. Основной закон ФРГ 1949 г., предоставляя Бундестагу уполномочить соответствующие органы издавать постановления, определяет при этом цели и объем предоставленных полномочий (п. 1 ст. 80 Основного закона). В этом случае акцент сделан на содержательной стороне нормотворческой деятельности без конкретизации сроков осуществления делегируемых полномочий.

Кроме того, делегированное законодательство зачастую имеет «временной» и всегда целевой, «строго функциональный характер». «Временной» характер делегированного акта означает ограничение, с одной стороны, по времени его действия (например, действие акта лишь в течение периода чрезвычайного положения), с другой – по времени его принятия и вступления в силу. Например, согласно действующему законодательству в Англии (Statutory Instruments Act 1946), некоторые приказы (Orders) и предписания (regulations) министров Короны, изданные в порядке делегирования им полномочий от парламента, подлежат утверждению одной из его палат в течение 40 дней после их издания. Если этого не случается, данный акт министра как «статутный инструмент» прекращает свое действие. Другие акты, изданные по «наиболее важным делам», должны в течение этого же срока получить обязательную поддержку обеих палат. В ином случае они теряют юридическую силу.

Акты, изданные в порядке делегирования законодательных полномочий от парламента другим государственным или негосударственным органам, подлежат обязательному контролю. Такой контроль осуществляется вышестоящими органами, судами и парламентскими структурами. Соответственно выделяют парламентскую, судебную и административную формы такого контроля.

Наконец, делегирование полномочий исполнительным органам власти осуществляется в специфической юридической форме – путем принятия парламентом специального закона (а в чрезвычайных условиях посредством иного парламентского акта).

С понятием делегированного законодательства сходно *прямое предоставление национальной конституцией права, как правило, главе государства в особых условиях издавать акты, равные по юридической силе с законом.* Внешне такое конституционное средство, предоставляемое главе государства, сходно с делегированием законодательных полномочий и может быть обозначено как «автоматическая делегация». Так, по Конституции Королевства Дания «Король вправе в ус-

¹ Приведенные случаи свидетельствуют о различии подходов в конституционной практике этих стран. Правительству Франции предоставляется относительно большая свобода осуществлять путем издания актов делегированного законодательства мероприятия, относимые к сфере законодательного регулирования, самостоятельно определять цели и принципы, исходя из требований своей программы. Генеральные Кортесы Испании, делегируя Правительству полномочия на переработку законодательных текстов, указывают, следует ли ограничиться выработкой одного текста или предусмотрена возможность упорядочения, классификации и согласования несколько законодательных текстов.

ловиях чрезвычайного положения, когда Фолькетинг собраться не может, принимать временные законы, при условии, что они не будут противоречить Конституции и будут незамедлительно переданы Фолькетингу, как только он будет созван, для одобрения или отклонения (ст. 23). Согласно ч. 9 ст. 191 Конституции Никарагуа к компетенции Президента Республики в области законодательной власти относится право «издавать законы в промежутки между сессиями Конгресса в осуществление делегированных законодательных полномочий»¹. Согласно ст. 110 Конституции Хорватии Президент Республики издает указы, имеющие силу закона, и принимает чрезвычайные меры в случае войны. Такие указы Президент «обязан представить на утверждение Палаты представителей Хорватского государственного сабора, если только сможет собраться на заседание»².

В этой связи, прежде всего, следует выделить нормативные правовые акты, которые издаются главой государства (президентом, монархом), но имеют силу закона. Эти акты, называемые по-разному (декреты – законы, ордонансы, декреты, указы), принимаются главой государства как по прямому предписанию конституции, так и по уполномочию парламента.

В первом случае акты, имеющие силу закона, принимаются главой государства на основании общей компетенции, предоставленной ему конституцией (Италия, Сирия, Индия, Марокко). Например, Конституция Италии предусматривает, что президент «издает декреты, имеющие силу закона» (ст. 87)³. Во втором случае парламент может делегировать главе государства свои законодательные полномочия на определенный срок и по определенным вопросам (Испания, Италия, Румыния и др.). По общему правилу акты главы государства и правительства, министров, имеющие силу закона, предоставляются на утверждение парламента.

Особо подробно данная проблема представлена в Конституциях Индии и Бразилии. Так, часть V Конституции Индии включает главу III «Законодательные полномочия Президента», согласно которой Президент Индии имеет право «издавать указы во время перерыва в работе Парламента»⁴. По смыслу данного положения Президент полномочен издавать законы (законодательные акты) в такой юридической форме, как указы. Указы принимаются в любое время, кроме сессий обеих палат Парламента, в случаях, если «Президент придет к убеждению, что существуют обстоятельства, делающие необходи-

¹ Конституции государств Америки : В 3 т. Т. 1. Государства Северной и Центральной Америки. С. 410.

² Конституции государств Европы : В 3 т. Т. 3. С. 466.

³ Конституции государств Европы : В 3 т. Т. 2. С. 118.

⁴ Конституции зарубежных государств / под ред. В. В. Маклакова. М. : Волтерс Клувер, 2007. С. 472–473.

мыми принятие им немедленных мер» (ч. 1 ст. 123). Указ «имеет такую же силу и действие, как и парламентский акт» (ч. 2 ст. 123). При этом Конституция особо оговаривает условия действительности указов: а) он должен быть представлен обеим палатам Парламента и прекращает свое действие по истечении 6 недель с момента созыва Парламента или, если до истечения этого периода обе Палаты приняли резолюцию, отклоняющую его, после принятия второй из этих резолюций; б) может быть в любое время отменен самим Парламентом. Указ признается недействительным, если он принят по вопросам, которые согласно Конституции не входят в компетенцию Парламента¹.

Как видно, между актами делегированного законодательства и актами главы государства, издаваемым по прямому уполномочию конституции, существует сходство.

Вместе с тем, существуют особенности. Во-первых, право издания главой государства законодательного акта и процедуры такого издания, форма издаваемого акта исчерпывающе определены национальной конституцией. Институт делегированного законодательства, кроме того, включает в свой нормативный состав издание специальных законов, регламентирующих данную процедуру, наличие комплекса специальных норм в парламентских регламентах и др.

Во-вторых, издание главой государства законодательных актов по непосредственному уполномочию конституции не подлежит парламентскому контролю.

В-третьих, применяется иной порядок вступления в силу таких актов. Если в целом ряде государств акты делегированного законодательства для вступления в силу требуют одобрения (утверждения) их парламентом, то в рассматриваемом случае такое санкционирование не требуется.

В-четвертых, законодательные акты главы государства могут издаваться лишь в определенных условиях, в то время как подобного ограничения для издания актов делегированного законодательства национальное законодательство не предусматривает.

С учетом отмеченного можно предположить, что так называемая «автоматическая делегация» не охватывается содержанием ранее описанного института делегированного законодательства, образуя самостоятельный субинститут.

С указанной точки зрения представляется целесообразным выделять: 1) делегированное законодательство в обычных, или ординарных условиях – *ординарное («обычное») делегированное законодательство*; 2) делегированное законодательство, применяемое в условиях особых правовых режимов (к примеру, чрезвычайного положения) – *чрезвычайное делегированное законодательство*; 3) квазиделе-

¹ Там же. С. 472.

гированное законодательство – право главы государства или правительства по прямому уполномочию конституции принимать в обозначенные основным законом сроки актов по предметам законодательного регулирования.

В новейшей отечественной литературе понятием «делегированное законодательство» обозначают также практику издания Правительством Российской Федерации нормативных актов по прямому предписанию федерального закона¹.

В связи с отмеченным возникает вопрос о применимости конструкции делегированного законодательства в современной конституционной практике России.

Как представляется, конституционно-правовой смысл внедрения в конституционную практику Российской Федерации института делегированного законодательства заключается в следующем: во-первых, таким образом создаются реальные предпосылки для налаживания во взаимоотношениях высших органов государства режима конституционного партнерства; во-вторых, институт делегации выступает конституционным механизмом ограничения необъятной власти исполнительных структур государства в сфере правового регулирования общественных отношений. Законодательное закрепление института делегированного законодательства в Российской Федерации позволило бы установить границы правительственного регулирования отношений; в-третьих, создаются конституционные предпосылки для осуществления эффективного парламентского контроля за деятельностью Правительства в нормотворческой сфере; в-четвертых, конституционное взаимодействие высших органов государства в данной сфере усилит регулятивный потенциал права, эффективность государственного регулирования в целом. Тем самым институт делегированного законодательства в полной мере отвечает поставленной ежегодными посланиями Президента Российской Федерации задаче формирования эффективного государства.

Налицо также мировоззренческое значение данного института: на этой основе (партнерских взаимоотношений конституционных органов) будет возрастать доверие населения к институтам государственной власти.

¹ См.: Зорькин В. Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. М., 2007.

В современных условиях российской действительности, по мнению Т. Я. Хабриевой, концепция регламентарной власти ближе к российской практике¹.

В некоторых конституциях современных зарубежных государств – Франции, Испании, Андорры, Венесуэлы, Мадагаскара, Марокко, Сенегала, Габона упоминание о так называемой «регламентарной власти» имеет нормативно-текстуальное подтверждение. «Она в какой-то мере может быть отнесена к тем актам Президента Российской Федерации, которые издаются для восполнения пробелов в законах в процессе правового регулирования. Такая практика была поддержана с определенными условиями Конституционным Судом Российской Федерации. Акт Президента, изданный в указанном порядке, действует только до принятия закона, затем он отменяется»². Однако, если даже согласиться с этим мнением, то все равно проблему делегированного законодательства нельзя закрывать по целому ряду соображений.

Главное заключается в том, что данный институт – это один из важнейших конституционных способов ограничения обширных полномочий нормотворческой деятельности Правительства.

§ 5. Иные формы (источники) права

Статутное право. В данную группу форм права включаются акты парламента, главы государства и правительства.

Акты парламента. К актам парламента обычно относят *регламенты* парламентов и их палат, устанавливающие внутреннюю организацию и процедуру работы парламентов. Регламенты принимаются палатой и не требуют скрепления подписью главы государства.

Появление регламента как специфической юридической формы имеет историческое объяснение. Возникновение регламентов было вызвано потребностями внутренней организации деятельности зарождающихся парламентов, необходимостью упорядочения процесса обсуждения и принятия решений. С другой стороны, появление регламента как особой правовой формы, гарантирующей парламенту независимость, на начальной стадии в большей степени предопределялось внешними обстоятельствами, борьбой завоевавшей политическую власть и нуждающейся в полной самостоятельности парламента буржуазии с феодальным абсолютизмом. Впервые признание и кон-

¹ См.: Российский парламентаризм (некоторые вопросы теории) // Конституционный строй России. Вып. V / отв. ред. д. ю. н., проф. Ю. Л. Шульженко. С. 115.

² См.: Российский парламентаризм (некоторые вопросы теории) // Конституционный строй России. Вып. V / отв. ред. д. ю. н., проф. Ю. Л. Шульженко. С. 116.

ституционно-правовое оформление принципа автономии парламента, его права на самоорганизацию и принятие регламента осуществлено во Франции в регламенте французского Национального собрания 1791 г. В последующем французская модель была заимствована Бельгийской Палатой Депутатов, принявшей свое регламент в 1831 г., который оказал влияние на создание и содержание регламента Прусской Палаты Депутатов 1849 г. К середине XIX в. регламенты были приняты большинством легислатур государств Европы.

В современной конституционно-правовой теории нет однозначного подхода к оценке юридической природы регламента. Соответственно сформировался ряд позиций по данному вопросу.

Регламент интерпретируется, как: 1) подзаконный акт; 2) корпоративный акт, имеющий внутриорганизационное значение; 3) нормативный правовой договор (публичное правовое соглашение – *öffentlich-rechtliche Vereinbarung*) между членами палаты по поводу порядка деятельности, представляющей их общий интерес; 4) внутренний устав парламента (его палат); 5) нормативный правовой акт особого рода, отличающийся по своему существу как от закона, так и от всех других актов, принимаемых представительными органами¹. Таким образом, регламент – это своего рода парламентский кодекс, структурно охватывающий комплекс норм, функционально подразделяющихся на нормы, определяющие внутреннее устройство и парламентские структуры, включая статус партийных групп в парламенте; статус парламентариев; законодательные и контрольно-распорядительные процедуры и др.

Юридическая природа регламента предопределена следующими его юридическими особенностями: во-первых, нормативные положения регламента конкретизируют нормы конституции, касающиеся организации деятельности парламента, вследствие чего сохраняется особая органическая связь регламентных и конституционных норм; во-вторых, наличие в регламенте, наряду с трансформированными нормами, положений, имеющих конституирующий характер и осуществляющих первичное регулирование, что также свидетельствует о «близости» конституционно-правовых и регламентных норм; в-третьих, особый порядок принятия регламента, внесения в него изменений и дополнений; в-четвертых, вступление регламента в силу, как правило, с момента принятия, а не с момента официального опубликования и др.

Природа парламентских регламентов обусловлена характером нормативной регламентации парламента. В том случае, если статус и деятельность парламента детально регулируется законом, пределы действия регламентных норм имеют вполне обозримые очертания. Принятие регламента нередко подвергается конституционному контролю (Франция). Если деятельность парламента базируется на традиционном принципе парламентской регламентной автономии, пространство регламентных норм гораздо шире. По общему признанию в демократических конституционных системах регламент не является объектом произвольного обращения с ним парламентом. Его частые изменения – свидетельство невысокой парламентской культуры и слабости конституционных институтов.

Правила парламентского производства регулируют вопросы организации сессий, порядок проведения заседаний, принятия решений и голосования в палатах, поддержания порядка во время заседания, публикации отчетов и др. Важнейший вопрос регламен-

¹ Королева И. Н. К вопросу о принятии парламентского регламента // Актуальные проблемы российского права. – М. : МГЮА. – 2007. – Вып. №1(4). – С. 54–60.

тации – порядок созыва сессий, их начала, окончания и продолжительности, роспуска парламента.

Акты главы государства и правительства. Акты главы государства и правительства имеют значительный удельный вес в общем массиве конституционного законодательства зарубежных стран. Современная теория и практика свидетельствуют о том, что акты исполнительной власти приобретают все большее значение и при помощи этих актов реально происходит основное управление делами государства.

Как отмечалось, этому способствует, прежде всего, наделение данных властных институтов правом издавать делегированные акты. Кроме того, и главы государств, и правительства наделены значительными нормотворческими полномочиями. Конституционными формами этой активности являются указы, декреты президента, монарха, постановления правительства и акты отдельных министров, содержащие нормы конституционного права. Поскольку в подавляющем большинстве стран нормативные акты (статутное право) являются как по своему содержанию, так и по количеству одним из важнейших видов форм конституционного права, значимость означенной группы актов достаточно очевидна. При этом удельный вес такого рода актов имеет тенденцию к увеличению, что объясняется, во-первых, той значительной ролью, которую в современном государстве играет аппарат исполнительной власти, проявляющейся в том числе в его обширной нормотворческой компетенции; во-вторых, ростом аппарата исполнительной власти и усложнением его функций, в свою очередь обусловленные активным вмешательством государства в экономическую, социальную жизнь общества. В большинстве стран компетенция исполнительной и законодательной власти строго разграничивается, и в ряде случаев в рамки компетенции исполнительной власти попадают очень серьезные вопросы. Фактически ряд актов исполнительной власти, не будучи законами, приближаются по кругу регулируемых вопросов к законам.

Среди актов данной группы следует особо выделить *акты главы государства*, несомненно, при всех разновидностях форм правления тяготеющего к исполнительной ветви власти и наделенного значительными прерогативами в сфере исполнительной власти.

Согласно Конституции и установившейся конституционной практике Президент США издает следующие правовые акты: 1) исполнительные приказы – акты, основанные на законах, регулирующие многие вопросы государственного управления; 2) реорганизационные планы – акты, которым вносятся изменения в систему исполнительной власти; 3) инструкции, директивы, прокламации, правила и положения. Все эти акты действуют на территории всей страны и подвержены судебному контролю.

По Конституции Франции Президент подписывает ордонансы, которые принимаются на заседании Совета министров. Президентские ордонансы, юридически по своей обязательной силе приравниваются к парламентским актам. Так, 13 октября 1958 г. во Франции специальным ордонансом была введена мажоритарная одномандатная система с двумя турами голосования при выборах Национального собрания; ордонансы 24 октября, 17 ноября и 13 декабря 1958 г. определили порядок деятельности палат и правовое положение депутата парламента. Существует небезосновательное мнение, что замена традиционных источников конституционного права правительственными актами является одним из проявлений отступления от принципа верховенства закона¹. Президент Польши, согласно ст. 92, вправе издавать нормативные постановления и приказы. Акты имеют подзаконный характер и должны соответствовать законам (ст. 93). При этом, как

¹ Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. С. 111.

и другие его акты, они подлежат контрасигнации. На практике свои полномочия Президент реализует дискреционно.

Не следует думать, что в условиях парламентского режима глава государства не является субъектом нормотворчества. Уже отмечалось, что применительно к такой форме правления глава государства (Италия, Индия и др.) полномочен издавать акты, юридическая сила которых весьма близка или даже равна парламентским актам, в том числе и законам.

Акты правительства. Современная теория и практика свидетельствуют о том, что акты исполнительной власти приобретают все большее значение и при помощи этих актов реально происходит основное управление делами государства.

Нормотворческая активность правительства и его структур отожражена в понятии «регламентарная власть». Акты правительства называются *регламентарными*, тем самым как бы отмечается, что при их помощи регулируются важные направления деятельности государства, а в некоторых случаях — отдельные права граждан.

Правительство издает подзаконные акты – нормативные и ненормативные (указы, ордонансы, декреты, распоряжения и др.). Они имеют меньшую юридическую силу по сравнению с актами главы государства. В полупрезидентских республиках, в парламентских монархиях и республиках правительства (в ряде стран – только министры, а не коллегия правительства) могут издавать нормативные акты либо от своего имени, либо только как акты, оформляемые по указанию правительства в виде декретов-законов президента, приказов монарха в совете. В президентских республиках, даже если в них имеется совет министров, нормативные акты правительства *издаются как акты главы государства*¹. При любых формах правления правительство может также издавать временные акты, имеющие силу закона.

В Японии в соответствии с Законом о Кабинете министров 1947 г. (в ред. 1999 г.) Кабинет полномочен на издание правительственных указов для проведения в жизнь положений Конституции и законов (такими указами могут вводиться и уголовно-правовые санкции, если указание на то содержит бланкетная норма соответствующего закона). Кабинет вправе принимать решения об общих и частных амнистиях, о смягчении и отсрочке наказаний и о восстановительных правах.

Премьер-министр Франции с соблюдением условий ст. 13 Конституции осуществляет регламентарную власть и издает декреты, не рассматриваемые в Совете министров. По юридической силе они ниже актов, издаваемых в Совете министров и подлежат контрасигнации соответствующего министра. Министрам принадлежит ограниченная регламентарная власть, осуществляемая в форме издания постановлений, преимущественно в сфере организации и деятельности подчиненных служб.

В США федеральные органы исполнительной власти могут принимать общие нормативные акты по прямому уполномочию закона. Вторым по значимости после Налогового кодекса США (Internal Revenue Code) источником налогового права являются подзаконные нормативные акты, принимаемые Министерством финансов США. Их цель – официальное толкование норм Налогового кодекса. Министерство финансов было наде-

¹ Процедура контрасигнации проводится в обратном порядке: правительство издает акты, затем они подписываются главой государства и приобретают более высокую юридическую силу (см. об этом: Маклаков В. В. Указ соч. С. 111).

лено правом издавать эти акты по специальному уполномочию ст. 7805 Налогового кодекса. По своему объему акты Министерства финансов в 4 раза превышают Налоговый кодекс и насчитывают около 8 тыс. страниц. Существует также второй класс нормативных актов Министерства финансов, которые обладают еще большим весом и рассматриваются как имеющие силу закона¹. Такой вид нормативных актов утверждается Министерством финансов согласно специально его на то уполномочивающей норме Налогового кодекса. Эти нормативные акты иногда называются «законодательными нормативными актами» (legislative regulations) в связи с тем, что они фактически базируются на делегировании Конгрессом законодательных полномочий Министерству финансов.

В специальной литературе обращается внимание на появившийся в последнее время такой вид актов исполнительной власти, как акты о применении некоторых норм конституции. В качестве примера указывается на изданный премьер-министром Франции циркуляр от 19 декабря 1999 г. о применении ст. 88-4 Конституции 1958 г., а именно о процедуре рассмотрения проектов актов Европейского союза. В официальных сборниках нормативных актов этот циркуляр публикуется сразу за Конституцией и до органического и простого законодательства. Циркуляр прилагается и к отдельно изданному официальному тексту Основного закона страны².

В конституционном праве под *декларацией* понимается *политико-юридический документ, констатирующий коренные изменения в государственном строе, правовом положении человека и гражданина*. Декларации, как правило, знаменуют собой коренное изменение строя государства и народов, политических партий, общественно-политических движений. Декларация в этом смысле есть документ, который принимается при образовании нового государства и установлении его исходных начал, главным образом во взаимоотношении личности и государства.

Так, на рубеже XVII–XVIII вв., в эпоху раннего Нового времени, зарождающаяся буржуазия, стремясь свергнуть феодализм и утвердить свое господство, использовала декларации для провозглашения идеалов нового общества, целей и задач буржуазных революций.

В новейшей истории также важнейшие документы облечены в форму деклараций. Так, Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789 г., входя в так называемый «конституционный блок», признана одной из составляющих действующей Конституции Франции. В форму деклараций облакаются международно-правовые акты особой общественной значимости (например, Всеобщая декларация прав и свобод 1948 г.).

¹ См.: Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М. : Новая юстиция, 2007. С. 985–986.

² Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. С. 37.

На современном этапе развития государственности декларации используются как политико-юридический инструмент провозглашения (декларирования) принципиально отличного от существующего национально-государственного устройства страны, новую парадигму взаимоотношений центральной власти и регионов. Посредством декларации возникающие вследствие суверенизации независимые республики провозглашают национальный и государственный суверенитет, построение новой государственности.

Конституционные договоры как форма права. Качество формы права приобретают в том случае, если по взаимному соглашению стороны устанавливают в договоре нормы права, т. е. взаимные права, обязанности и ответственность. Они включают по меньшей мере две группы договорных норм – внутригосударственные и международные.

Внутригосударственные публично-правовые договоры находят применение в регулировании отношений в федеративных и иных сложносоставных государствах между территориальными общностями и центральной властью или между отдельными территориями. К примеру, Конституция Испании (ч. 2 ст. 145) предоставляет автономным сообществам право заключать между собой соглашения для управления и предоставления помощи их собственным службам. Такие соглашения заключаются на основании условий и порядка, предусмотренных Статутами¹ или только с разрешения Генеральных кортесов.

Договорные нормы конституционного уровня могут содержать и так называемые трехсторонние соглашения, участниками которых являются союзы работодателей, профсоюзы и правительство. В ряде случаев нормы конституционного права могут содержать международные договоры, скажем, об учреждении сообщества государств.

Конституционно-правовой прецедент (конституционное прецедентное право). Это решение суда, которое вынесено по конкретному делу либо сформулировано в результате обобщения судебной практики и впоследствии получило обязательное (как преюдициальное, так и общее) значение, т. е. значение общей нормы права².

Значение прецедентов в том, что они делают право более предсказуемым, стабильным и эффективным. Судебные решения служат не только средством разрешения возникших в прошлом споров. Если решение по конкретному делу создает прецедент (prezedent), то это решение приобретает юридическую силу на будущее. Такое положение вытекает из принципа *stare decisis* (лат. стоять на решенном), в соответствии с которым решения по будущим судебным делам должны выноситься аналогично решениям по предыдущим делам. Таким образом, практика выносить судебное решение по делу, основываясь

¹ Согласно Конституции Испании (ст. 147) статуты являются основной институциональной нормой каждого автономного сообщества, они признаются государством как составная часть его законодательства.

² См.: Червонюк В. И. Прецедентное право в доктрине и конституционной практике зарубежных стран // Конституционное развитие Российской Федерации: проблемы теории и практики. Рязань, 2010. С. 22–34.

на ранее вынесенных решениях по аналогичным делам (т. е. по предмету), как раз и охватывается содержанием доктрины «Stare decisis».

Прецедентное право нередко называют «неписаным» (unwritten) правом, потому что установленная судебным решением правовая норма нередко только подразумевается им.

Смысл применения судебного прецедента состоит в том, что судья, рассматривающий дело, должен соблюдать принципы, содержащиеся в предшествующем судебном решении по такому же делу, вынесенному более высокой судебной инстанцией. По своему содержанию прецеденты затрагивают, главным образом, права и свободы граждан. Отсутствие единого акта о правах и свободах ведет к необходимости судебного толкования существующих законов, норм общего права и к созданию новых норм на основе так называемого права справедливости. Правда, в 1998 г. Великобритания ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.; кроме того, в стране действует несколько актов, относящихся к регулированию отдельных прав и свобод. Тем не менее, простор для судебной практики остается достаточно большим.

Прецеденты регулируют также отношения между различными государственными органами. Судебных прецедентов огромное множество; наибольшее значение имеют решения высших судебных инстанций, особенно, до недавнего времени, палаты лордов — верховной судебной инстанции страны (в марте 2005 г. судебные полномочия этого органа переданы во вновь образованный Верховный суд). Решения палаты лордов на протяжении столетий носили обязательный характер. Их принципам должны были следовать все судебные инстанции, за исключением — до 1966 г. — самой палаты лордов. До названной даты она была связана своими собственными предыдущими решениями. В 1966 г. лорд-канцлер, являвшийся одновременно министром юстиции, в своем заявлении о судебной практике заявил, что палата лордов не будет более придерживаться названного правила, если того требуют интересы юстиции. Предыдущие решения, по его словам, представляли собой «достойные сожаления (*unduly*) препятствия, мешающие развитию судебной практики»¹.

Обязательными прецедентами являются и решения апелляционного суда для всех судебных органов нижестоящего уровня, т. е. для различных высших судов по гражданским делам, королевских судов по уголовным делам, а также для всех нижестоящих по отношению к ним судов (например, для судов графств, судов магистратов).

Существуют два вида судебных прецедентов: 1) созданные на основе общего права (*common law caselaw*); 2) созданные на основе писаного права (*caselaw*) *interpreting enacted law*. Каждый из них занимает разное место в структурной иерархии форм права.

В США судебное нормотворчество первого вида возможно при условии, если Конгресс делегирует судам неограниченные полномочия по созданию норм общего права. Кроме того, делегирование воз-

¹ Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. С. 42.

можно с условием, что общее право будет соответствовать основным законодательным принципам данной отрасли права. В иерархии форм права данный вид судебных прецедентов в США занимает последнее место.

Судебный прецедент на основе толкования писаного права считается производным от интерпретируемых норм права. Его юридический вес определяется уровнем толкуемой нормы писаного права. Соответственно судебный прецедент, созданный толкованием положений Конституции, имеет преимущество перед противоречащими ей нормами статута, а судебный прецедент, созданный толкованием норм статута, имеет преимущество перед нормами общего права и т. д. Законодатель вправе отменить судебный прецедент, установленный толкованием статута, равно как и внести изменения в соответствующий статут. Судебный прецедент, установленный на основе толкования положений Конституции США, можно отменить только путем внесения принятия поправок к Конституции.

Кроме того, в доктрине проводится различие между императивным и индикативным прецедентами. *Императивный* признается формой (источником) права и подлежит применению судами; *индикативный* представляет собой решение, обязательное для спорящих сторон и не обязательное для третьих лиц. На практике значение принятого судом решения, которое не может квалифицироваться в качестве императивного прецедента, в значительной мере зависит от авторитета судебной инстанции, принявшей такое решение. Так, очевидно, что по своим формально-юридическим характеристикам решение Европейского Суда по правам человека не может восприниматься в качестве бесспорного прецедента. Однако такого рода решения учитываются всеми 46 государствами – членами Совета Европы как в законодательной, так и в правоприменительной практике. Тем самым индикативные прецеденты все больше превращаются в императивные.

Необходимость в прецедентной форме правового регулирования конституционных отношений возникает и в силу иных причин, в том числе из-за несоответствия статутного права и действующих прецедентов принципу правовой безопасности и соответственно при неудовлетворенности уже действующими прецедентами. В последнем случае суд, правомочный осуществлять судебное правотворчество, решает, что тот или иной руководящий прецедент не может более применяться и подлежит отмене.

Сфера применения прецедентного права четко очерченных юридических оснований, как правило, не имеет. В американской доктрине принято считать, что судам можно вносить изменения в выработанную ими систему правил только в том случае, если эти поправки незначительны или непонятна сущность действующих норм.

На применение прецедентного права оказывает влияние статутарное, т. е. содержащееся в статутах (законах) право. Принятый парламентом закон заменяет действовавшие прецеденты. Вместе с тем, влияние прецедентов остается весьма значительным, поскольку возникающие жизненные отношения далеко не всегда охватываются писаным правом; также считается, что «общее право» содержит «основы», на применении которых могут разрешаться споры. Большое число процедурных правил по защите прав и свобод, об ответственности органов исполнительной власти формируется в процессе судебного рассмотрения дел.

Иногда сам закон и даже конституция инициируют применение прецедентов. В Конституции ЮАР сформулировано такое правило: суды должны применять или в случае необходимости развивать обычное право в целях обеспечения гарантий соблюдения конституционных прав. Конституционные права и нормы конституционных прав обладают существенной важностью, поскольку они включают в себя решения об основной нормативной структуре общества и государства¹.

Помимо Великобритании и США, судебный прецедент признается одной из форм конституционного (и ряда других отраслей) права в Канаде, Индии, Австралии, Новой Зеландии и ряде других стран, причем не только воспринявших английскую правовую систему.

В современных условиях отношение к прецеденту, правильнее сказать, избирательное: в некоторых странах (Испания, Швейцария) прецедент признан в качестве источника законодательно, что создает юридически благоприятные условия для его действия. В иных странах (ФРГ, Дания, Италия, Норвегия, Греция, Швеция, Нидерланды, Финляндия) прецедент применяется «по умолчанию» законодателя, т. е., будучи формально не признанным, но и не запрещенным, фактически существует и применяется судами.

В отечественной литературе достаточно распространенными являются представления об архаичности прецедентной формы права,

¹ См.: Alexey R. A. Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, 2002. P. 351.

невозможности или сложностей ее систематизации. Однако подобные утверждения не имеют достаточных оснований. Как и статутное право (Statutory law), прецеденты включаются в число объектов систематизации. К примеру, в США публикация и классификация прецедентных норм осуществляется Американским институтом права (American Law Institute) в специальных сборниках – Re statements of the Law. Институт был образован в 20-е годы XX в. В него входят практикующие адвокаты, ученые-юристы и судьи. Сборник классифицируется по разделам: договорное право (Contracts), деликтное право (Torts), представительство (Sagency), доверительная собственность (Truts), право собственности (Propertu), возмещение ущерба (Restitution), обеспечение обязательств (Security), процесс вынесения решений (Judgements) и коллизионное право (Conflicts).

Иногда понимание судебного прецедента как формы конституционного права неоправданно расширяется. По утверждению К. В. Арановского, «с прецедентом сходны *ампаро* и доктрина легал. *Ампаро* – это норма, создаваемая мексиканским Верховным судом в процессе рассмотрения дел, связанных с вопросом о правах человека»¹. Посвятив этой проблеме кандидатскую, а затем докторскую диссертацию, другой автор настаивает на признании ампаро специфическим институтом судебного конституционного контроля»².

Прежде всего, отметим, что в отличие от прецедента – формы конституционного права – ампаро есть ни что иное как процедура и соответствующие ей процессуальные действия, не имеющие с формами права ничего общего. Процедура, или суд ампаро уходит своими корнями в колониальный период таких стран, как Перу, Мексика и др. Это «суд о защите прав» (juicio de amparo), который по справедливому утверждению компаративистов (А. Б. Зеленцов) напоминает *habeas corpus* англосаксонской правовой традиции. Это «суд или процесс по рассмотрению иска частного лица, выставляемого перед юрисдикционными органами против любого акта властей, которые наносит урон его правам и который оно рассматривает как неконституционный, преследуя цель лишить его силы по мотивам незаконности»³.

Ошибочность критикуемого подхода подтверждается положениями ст. 16 действующей Конституции Мексики 1917 г.: «Какие бы то ни было действия, направленные

¹ Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран : учебное пособие. М., 1999. С. 48.

² Клишас А. А. Конституционный контроль и конституционное правосудие в зарубежных странах: «иберийская» (южноамериканская) модель : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.

³ Зеленцов А. Б. Административная юстиция. М. : РУДН. 1997. С. 45.

против личности гражданина, его семьи, жилища, документов или имущества, могут иметь место лишь по предписанию компетентных властей, содержащему указание на юридические и фактические основания принятой меры. Приказ об аресте или задержании кого-либо может исходить лишь от компетентной судебной власти, если этому предшествует выдвижение обвинения, привлечение к ответственности или жалоба на определенное действие, наказуемое тюремным заключением, подкрепленное данным под присягой показанием пользующегося доверием лица или другими доказательствами, которые с достаточной вероятностью свидетельствуют о вине обвиняемого... Во всех ордерах на обыск, которые могут выдаваться только судебными органами, и притом, лишь в письменной форме, указывается подлежащее обыску помещение... Административные власти могут входить в частные дома только с целью проверки выполнения санитарных или полицейских правил...»¹.

Вряд ли приведенные положения Конституции дают основание для вывода, обоснованию которого посвящены две диссертации одного и того же автора. Ни из Политической Конституции 1917 г., ни из Органического закона о федеральной судебной власти 1988 г. (в ред. 1995 г.) и Органического закона об ампаро 1936 г. (с последующими изменениями) никак не вытекает возможность создания общих норм в процессе применения процедуры *juicio de amparo*.

Критикуемые авторы и их сторонники исходят из того, что *juicio de amparo* – это форма конституционного правосудия, сфера действия которого распространяется защиты конституционных (нарушенных прав частных лиц (*amparo como defensa de los derechos de libertad*), но и защита компетенции федеральных органов и субъектов федерации от правонарушающих актов, или «ампаро против закона» (*amparo contra leyes*) (правда, есть версия, что объектом защиты данного института является «конституционный правопорядок в целом»).

Между тем, согласно ст. 14 Политической Конституции Мексики, применение *juicio de amparo* подсудно местным районным судам, коллегияльным окружным судам и Верховному суду. Мысль о том, что, защищая права граждан, процедура защищает и Конституцию и поэтому ее (процедуру) следует квалифицировать как специализированный инструмент (институт!) конституционного контроля, конечно, интересна, но не согласуется с Основным законом страны. К тому же не права человека служат защите Конституции, а как раз наоборот. Видимо, и критикуемый нами автор сомневается в квалификации данного юридического процессуального средства в качестве института конституционного контроля, обращаясь к вопросу о его соотношении с апелляцией и кассацией – атрибутами гражданского и уголовного судопроизводства.

В этой связи ошибочно также утверждение А. М. Арбузкина о том, что Конституционный суд Испании «применяет процедуру конститу-

¹ Мексиканские Соединенные Штаты: Конституция и законодательные акты / сост., ред. и авт. вст. ст. О. А. Жидков. М., 1986.

ционного ампаро»¹. Но, согласно Конституции этой страны (п. 2 ст. 53), гражданин имеет право защищать конституционные права и свободы» в судах общей юрисдикции первой инстанции, «... а в соответствующих случаях путем подачи заявления в соответствии с процедурой ампаро в Конституционный суд». Из текста данной нормы вытекает лишь то, что испанские граждане вправе обратиться в Конституционный суд за защитой своих прав, при этом соблюдая установленный гражданским процессуальным законодательством порядок, предусмотренный процедурой ампаро. Речь, таким образом, идет только о процессуальном механизме подачи гражданином конституционной жалобы. Конституционный суд «не применяет процедуру ампаро», данную процедуру использует гражданин для обращения в специализированный орган конституционного контроля.

Справедливости ради надо отметить, что аргентинское законодательство проводит различие между *amparo* и *habeas corpus*. Процедуры применения первого урегулированы Законом № 16.986 («Закон об ампаро»)². В отечественной литературе отмечается, что это различие заключается в том, что механизм *amparo* в отличие от *habeas corpus* применяется для защиты исключительно конституционных прав и свобод³.

Как модификация *habeas corpus*, процедура ампаро имеет множество проявлений. Конституция Бразилии 1988 г. предусматривает такие процедуры, как *habeas corpus*, *habeas data*, *mandato de seguranca*; процедуру ампаро предусматривают конституции Венесуэлы и Перу. В США суды административной юстиции (Претезионный и Налоговый) применяют такие разновидности судебных приказов, как *mandamus* (*writ of mandamus*) и *инджанкшн* (*writ of injunction*)⁴.

Отмеченное дает основание утверждать, что ампаро не является «общей процедурой в рамках, которой применяются... довольно много модификаций»⁵. Точнее, видимо, считать, что ампаро, как и перечисленные «ее модификации», являются разновидностями того, что в процессуальном праве именуется судебным приказом и историческим

¹ Арбузкин А. М. Конституционное право зарубежных стран. М., 2005. С. 522.

² См.: Ley 16 986 Ley de accion de amparo // Boletin Oficial dei 20 10 1996. Цит. по: Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы / ред.-сост. Н. М. Миронов. М. : ЛЕГЕНДА, 2007. С. 57–60). Процедуры *habeas corpus* урегулированы Законом № 23.098 («Процедура *habeas corpus*») (там же. С. 60–67.

³ См. Конституционный контроль в зарубежных странах : учебное пособие / отв. ред. В. В. Маклаков. М. : Норма, 2007. С. 40.

⁴ См.: Судебные системы западных государств. М. : Наука, 1991. С. 55–59.

⁵ Там же. С. 131.

аналогом которого является *habeas corpus* (но не сводимого полностью к нему). Иными словами, во всех этих случаях речь идет об особом процессуальном механизме защиты права, охватываемого таким процессуальным понятием, как «судебный приказ». Различие состоит в том, что по своему содержанию система ампаро уже судебного приказа, «поскольку она защищает только конституционные права и свободы». Следовательно, ампаро – это обычный процессуальный институт защиты прав граждан от правонарушающих актов и действий органов публичной власти. Видимо, так считает и В. В. Маклаков, когда он отмечает, что «...в Латинской Америке наравне с органами конституционной юстиции (конституционные суды и др.) широко распространена процедура ампаро (*amparo*)»¹.

Аргентинское законодательство проводит различие между *amparo* и *habeas corpus*. Процедуры применения первого урегулированы Законом № 16.986 («Закон об ампаро»). Процедуры *habeas corpus* урегулированы Законом № 23.098 («Процедура *habeas corpus*»). В компетентной отечественной литературе отмечается, что это различие заключается в том, что механизм *amparo* в отличие от *habeas corpus* применяется для защиты исключительно конституционных прав и свобод².

Однако этот вывод не вполне точен и не соответствует Закону № 16.986 об ампаро. Согласно ст. 1 Закона для защиты права на личную свободу и неприкосновенность применяется процедура *habeas corpus*. Отличия усматриваются в подсудности: согласно Закону № 23.098 («Процедура *habeas corpus*») компетенцией по применению данной процедуры «обладают национальные и провинциальные суды, в зависимости от того, каким органом власти совершено обжалуемое действие» (ст. 1). В то время как процедура ампаро подсудна судье первой инстанции по месту совершения действия или по месту, где оно имело или могло иметь правовые последствия» (ст. 4).

Следует обратить внимание также еще на одну из позиций, обнародованную в самое последнее время. Обращая внимание на то, что согласно Закону Аргентины об ампаро в рамках процедуры ампаро запрещены споры о конституционности, автор в то же время утверждает, что «более поздней редакцией закреплено положение о возможности трансформации иска ампаро в конституционную жалобу. Согласно ст. 43 Основного закона такая трансформация осуществляется судом».

Прежде всего, отметим, что применительно к рассматриваемой проблеме интерес представляет не содержание ст. 43 Конституции, а примечание к ней.

¹ Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. С. 130, 131.

² См.: Конституционный контроль в зарубежных странах : учебное пособие / отв. ред. В. В. Маклаков. М. : Норма, 2007. С. 40.

Что же касается отмеченной трансформации, то в Законе об ампаро в действующей редакции термин «конституционная жалоба» не используется. Поскольку для процессуального аргентинского законодательства не известно обособление искового производства (свойственное правовой системе России), то обращение в суд получило общее название «иск» (action), терминологически обозначаемое в законодательстве как «иск», «жалоба», «ходатайство».

Решения Европейского Суда как разновидность формы права европейских стран. Для европейского ареала восприятие такого рода решений, безусловно, расцениваются как нормативные. Это прямо вытекает из положений национальных конституций, признающих европейское (международное) право частью национального и даже отдающего ему приоритет. Соответственно решения ЕСПЧ являются, во-первых, ориентирами для национальных законодателей, которые в соответствующих случаях обязаны привести свое законодательство сообразно европейским правовым стандартам, подтвержденным Судом, и, во-вторых, служат юридическими установками для судебных органов, принимаемые решения которых не должны расходиться с прецедентным правом Европейского Суда¹.

Конституционный обычай (конституционное обычное право) представляет сложившееся в практике деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления правило, которое в силу многократного повторения приобрело общеобязательное значение и в силу этого выступает в качестве формы конституционного права.

В зарубежном конституционном праве сформулирован ряд условий, при наличии которых обычай признается нормой права. Это: повторение соответствующего правила в течение длительного времени; постоянство правила (повторяющиеся случаи применения правила не должны противоречить друг другу); определенность правила; консенсус заинтересованных конституционных органов по вопросу о юридической природе правила (обычай приобретает юридическую силу только в том случае, если соответствующие стороны считают его правом)². Кроме того, правовой обычай – это правило поведения, которое субъекты конституционных отношений «рассматривают как правовую норму данной правовой системы». Обращается внимание (польский конституционалист Б. Банашак) также на неформально-юридический контекст обычая: это есть правило поведения, которое

¹ Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 г. по 2002 г. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004.

² См.: Chanteboui B. Droit constitutionnel et science politique. P., 1986. P. 28.

субъекты конституционных отношений «рассматривают как норму данной правовой системы»¹.

Конституционно-правовые обычаи (в форме конституционно-правовых обыкновений) складываются в парламентской, избирательной практике, в деятельности органов местного самоуправления. Некоторые из таких обычаев, имеющие особую значимость, получают законодательное закрепление.

Конституционные обычаи – это нормы (хотя и своеобразные), относящиеся к числу «неписаных», имеют специфическую структуру, которые по каким-либо причинам не входят в систему законодательства, однако с течением времени могут быть законодательно оформлены. В то же время не все конституционные обычаи требуют специального законодательного признания, соответственно оставаясь и де юре, и де факто юридическим средством конституционного регулирования. В этом случае за конституционным обычаем сохраняется большая гибкость, что не свойственно «писаным» нормам права.

Конституционные обычаи, а также многочисленные правила, принципы и приемы решения различных государственно-правовых вопросов не закреплены в нормативных актах и не обеспечиваются судебной защитой, но они, тем не менее, регулируют правовое положение многих государственных органов и фактически определяют их роль и значение в механизме государства. Так, конституции многих государств не содержат положения о том, что правительство образуется лидером партии или партийной коалиции, победившей на парламентских выборах. Однако в условиях демократического политического режима этот обычай почти всегда соблюдается в парламентских странах. Обычаями регулируется порядок осуществления прерогатив конституционного монарха и полномочий президента, формирование правительства, роль премьер-министра, многие вопросы законодательной процедуры и т. д. Практическая роль обычаев настолько велика, что игнорировать их при изучении конституционного права невозможно.

Высказано мнение, что «в странах с писаной конституцией и писаным правом конституционных обычаев в принципе не должно быть». Думается, что автор этих строк не совсем прав. Во-первых, не существует таких правовых систем, которые были бы свободны от правовых обычаев. Другое дело, что их удельный вес в различных системах права не одинаков. Во-вторых, позитивное право не в со-

¹ Цит. по.: Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. С. 34.

стоянии урегулировать те многообразные конституционные ситуации, которые по своим качествам требуют иных (не позитивных) средств регуляции. В-третьих, в странах с сохраняющимися традиционными порядками отказ от применения обычных норм в принципе невозможен. Конституции таких стран непосредственно указывают на применимость существующих обычаев.

В конституционном праве обычаи подразделяют на две группы: обычаи, складывающиеся в практической деятельности конституционного механизма, на основе конституционных (законодательных) положений (так называемые конституционные соглашения или конвенционные нормы), и обычай, складывающийся вне рамок конституционного механизма и лишь санкционируемый государством (традиционный правовой обычай).

Первые, отличающиеся длительностью существования и общепризнанностью, широко распространены в странах, не имеющих писаных конституций; они представляют важнейшую часть конституционного законодательства. Именно по этой причине на основе конституционных соглашений (данное понятие сложилось в Великобритании) возник ряд институтов конституционного права (кабинет, ответственное правление, королевская prerogative и др.). Конституционными соглашениями регулируется формирование Правительства лидером партии, победившей на парламентских выборах, коллективная и индивидуальная ответственность министров, процедуры созыва палат Парламента и роспуска Палаты общин, осуществление Коронай властных полномочий только с согласия Кабинета и др. В США соглашения определяют содержание так называемой «привилегии исполнительной власти», регулируют поведение выборщиков в процессе проведения президентских выборов¹. В странах континентального права данный обычай находит применение в процессе формирования правительства, определения его конституционного состава, а также в практике регулирования отношений, складывающихся в парламентской, избирательной практике (так называемые конституционные обыкновения).

Традиционные обычаи находят применение в практике «развивающихся» стран с монархической формой правления, сохраняющих сильные позиции родоплеменной и феодальной знати (Лесото, Свазиленд, Непал – до 2007 г.). В этих странах объектом регулирования традиционного обычая является институт монархии (определение правового статуса монарха и др.), нередко и взаимоотношения между высшими органами государства. В странах Персидского залива такие обычаи – элемент нормативной основы регулирования (часть мусульманского права) института монархии (порядок престолонаследия, prerogatives монарха)². Кроме того, традиционные (точнее говоря, неотрадиционные) обычаи применяются и как нормативный регулятор в странах с квазидемократическими государственными режимами, в которых клиентарные отношения – неотъемлемый атрибут государственно-властной организации. Именно посредством такого рода обычаев выстраивается иерархия отношений между властными

¹ См.: Мишин А.А. Государственное право США. М., 1976. С. 181–182.

² См.: Чиркин В. Е. Государственная власть в развивающихся странах. М., 1990. С. 72–74.

институтами. Доступ истинных форм права в эту сферу ограничен, действие закона; конституции имеет избирательный характер.

Юридическая сила конституционных соглашений обусловлена их природой – они базируются на конституционной практике и в определенной мере типом правовой семьи. К примеру, в Великобритании в отличие от судебных прецедентов конституционное соглашение не может быть положено в основание судебного решения. Тем не менее, его общеобязательность в странах с высокой политико-правовой культурой не подвергается сомнению¹. Так, обычай, согласно которому монарх не может не подписать акт, принятый обеими палатами Парламента, императив для главы британского государства, от которого он не вправе отступить (и это несмотря на то, что статутным правом ему разрешено воспользоваться абсолютным вето). По утверждению автора фундаментального труда «Английская Конституция» У. Бэджота, Король будет вынужден подписать акт Парламента даже в том случае, если этим актом будет предусмотрена его собственная смертная казнь².

В англо-американском, как и в континентальном праве, кроме того, различают обычаи как самостоятельную часть действующей конституции (именно такие обычаи распространены в Великобритании)³ и обычаи, явно или скрыто дополняющие действующую писаную конституцию и из нее вытекающие⁴.

¹ Однако известный английский государствовед конца XIX – начала XX в. А. В. Дайси не признавал общеобязательности обычаев, полагая, что «обычаи – это сфера конституционной морали» (Дайси А. В. Основы государственного права Англии / под ред. П. Г. Виноградова. 2-е изд. М., 1907. С. 422). Такой подход, видимо, основан на оценке природы обычая, под которым А. В. Дайси понимал «обычай, соглашение, обыкновение или практику, посредством которых может регулироваться... поведение некоторых членов суверенной власти... а не посредством действующих законов; в результате суды не могут заставить исполнять все эти обычаи и обыкновения» (цит. по: Barnet H. Constitutional and Administrative Law. 4th ed. L., 2003. P. 26).

² Bagehot W. The English Constitution. Oxford, 1942. P. 32.

³ По образному выражению П. Бромхеда, такие соглашения в Великобритании представляют собой «неписанные поправки к неписаной конституции» (Бромхед П. Эволюция Британской конституции. М., 1978. С. 37).

⁴ Например, в 1960 г. Президент Франции Ш. де Голль отказался созвать парламент на внеочередную сессию по требованию половины членов Национального собрания (ст. 29 Конституции 1958 г.), сославшись на то, что в ст.ст. 29 и 30 Конституции отсутствуют слова «обязан это сделать», которые были в предшествующих конституционных законах Третьей и Четвертой республик (ст. 12 Конституции 1946 г.). Таким образом был сформулирован обычай, который стал дополнять действующий основной закон (см. об этом: Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. М., 2006. С. 46).

Для различных правовых семей его роль неодинакова – незначительную долю они имеют в континентальном праве и наибольший вес в системе общего права (так, все прерогативные полномочия британской Короны признаны согласно обычаю). Не случайно, что Форум 2000 г., обобщивший практику деятельности органов местного самоуправления стран Содружества, возглавляемого Соединенным Королевством, рекомендовал активнее привлекать к работе на местах традиционных лидеров, фактически обладающих полномочиями по управлению делами в общинах¹.

Принципиальное значение обычные нормы, как отмечалось, имеют в странах с сохраняющимися традиционными порядками. К примеру, Конституция Демократической Республики Конго признает даже «обычную власть», которая «передается в соответствии с местным обычаем, если только она не противоречит Конституции, законодательству, общественному порядку и этике...» (ст. 207).

Обычаи, несомненно, тесно связаны с иными формами права. Из этой связи проистекает их юридическая сила сферы и пределы распространения.

В теории и юридической практике остается дискуссионным вопрос о юридическом характере правового обычая. Так, распространено высказанное еще Г. Кельзенем мнение о том, что нет никакой разницы между нормами, содержащимися в обычаях, и нормами, содержащимися в законодательных актах. Иная позиция, сформулированная в конце XIX в. (в эпоху господства позитивизма) исходит из того, что юридический характер обычай приобретает лишь после того, как он «превращается в составную часть позитивного права». А это происходит при условии, что обычай «воспринимается и применяется судом», а значит, «обеспечивается принудительной силой государства». Совершенно очевидно, что эта проблема актуальна для континентального права и вовсе не существует для систем обычного и религиозного права.

Изданные Парламентом Великобритании статуты устанавливают, что королева: а) утверждает билли, принятые парламентом, т. е. обладает правом абсолютного вето; б) распускает и созывает парламент; в) назначает и смещает министров, которые ответственны перед ней. Однако на основе статутных норм сложились конституционные обычаи (соглашения), в соответствии с которыми королева должна: а) утверждать билли, т. е. не использовать право вето; б) распускать и созывать парламент лишь по совету премьер-министра; в) назначать премьер-министром лицо, пользующееся поддержкой большинства членов палаты общин, а по его совету – других членов кабинета, ко-

¹Commonwealth Local Government Forum. London Statement on Local Government Priorities for the New Millenium. L., 2000.

торые несут коллективную или индивидуальную ответственность перед палатой общин.

Таким образом, обычные нормы уступают по юридическому весу нормам статутным; сфера их применения – пространство, «не занятое» статутными нормами или не очерченное ими. В то же время обычные нормы могут складываться и вне их жесткой привязанности к статутным нормам.

Религиозные тексты. Чаще всего их относят к «нетрадиционным источникам». При этом существует распространенное мнение о том, что религиозные тексты в качестве форм конституционного права находят применение в монархиях, с еще существующими там родовыми и племенными пережитками»¹.

Надо заметить, что основой таких утверждений могут служить высказывания представителей исламского мира. Так, в преддверии принятия действующей Конституции Ирана один из крупных религиозных деятелей аятолла Шариатмадари считал принятие в Иране Основного закона «очень большой ошибкой». Другой крупный религиозный деятель Ирана аятолла Хальхали заявлял: «Никакого утверждения конституции вообще не нужно... поскольку Конституцией Ирана является Коран, а вместо референдума или конституционного собрания достаточно утверждения основного закона страны имамом Хомейни»². В то же время настроения иранского народа в преддверии так называемой Конституционной революции по поводу Основного закона и необходимости смены политического режима, формы правления и иных преобразований было принципиально иным³.

Такое утверждение является типичным заблуждением. В качестве формы права, в том числе конституционного, религиозные тексты широко применяются не только в монархиях, но и в странах с республиканской формой правления. Например, Конституция США юридически закрепляет право присягающего на пост главы государства приносить клятву на Библии (разд. IV ст. 2 Конституции США 1787 г.).

Значительно влияние религиозной составляющей в нормативной структуре израильского права.

Израиль официально не является теократическим государством, иудаизм пронизывает его государственно-правовую ткань, в значительной мере определяя морально-психологическое состояние общества: действуют религиозные нормы, касающиеся взаимоотношений между государством и религией; в сфере семейного права и других областях применяется еврейское религиозное право (Галаха), отдельные нормы которого находятся в противоречии с основополагающими демократическими ценностями⁴. Биб-

¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть. С. 111.

² Агаев С. А. Иран: рождение республики. М. : Политическая литература, 1984. С. 188.

³ См. подробнее об этом: Манучихри А. Политическая система Ирана. СПб., Петербургское Востоковедение, 2007.

⁴ Однако светское общество не мирится с вмешательством религиозных кругов в

лия и ее наиболее древняя часть – Пятикнижие – продолжают использоваться в качестве источников израильского права. Государственные суды, сталкиваясь с религиозной судебной практикой, попадают в затруднительное положение, особенно когда речь идет о выработке абстрактных подходов при рассмотрении конкретных дел. Религиозное право выполняет роль системы ссылок, а не только играет вспомогательную роль при толковании. Деятельность раввинатских судов строится на основе норм религиозного еврейского права, мусульманских норм соответствующих христианских общин. В случаях, когда светские и религиозные суды имеют конкурентную практику, истец сам выбирает тот или иной суд. Суды раввината имеют исключительную компетенцию в вопросах брака и развода, проживающих в Израиле евреев.

По утверждению М. Элона, религиозное право характеризует его тесная связь с моральными системами, обычным правом. Для еврейского права характерно наличие ряда высших критериев, которые определяли пути законотворчества на протяжении всей нашей истории. Эти высшие критерии нашли свое выражение в таких библейских стихах, как «Не творите кривды в суде; не лицепритвуй убогому, не угождай великому; по правде суди ближнего твоего» (Левит, 19, 15); «И делай справедливое и доброе в глазах Господа» (Второзаконие, 6, 18), «Закон один будет для вас и для пришельца и для уроженца земли» (Числа, 9, 14) и др. В конце XI в. глава Синедриона рабан Шимеон Бен Гамлиэль подытожил эти указания в известном изречении («Поучения предков», 1, 18): «И на трех основах стоит мир – на правосудии, на истине и мире, как сказано (у пророка Зехарьи, 8, 16): «По истине и справедливости, ради мира судите во вратах ваших».

Эти базисные ценности получают воплощение в современном конституционном законодательстве Израиля, в частности в принятом в 1998 г. Кнессетом законе с необычным для других правовых систем названием «Не оставайся равнодушным к крови ближнего своего»¹.

Еще большим удельным весом религиозной составляющей характеризуется мусульманское право. В этом случае религиозный характер форм права приобретает особое значение, если учесть то обстоятельство, что мусульманское население Земли составляет около 1,3 млрд чел., проживающих в более чем 120 странах (при этом наибольшая концентрация приходится на широкий пояс, протянувшийся от Северной и Западной Африки, через Ближний Восток и Центральную Азию до Южной и Юго-Восточной Азии, где и расположены государства, гражданами которых они являются). Неразрывное единство государства и религии предопределяет специфику всех конститу-

гражданские дела, предпринимаются попытки проведения «антиклерикальной революции» с целью упразднения привилегий ортодоксальным иудеям и принятия закона, ограничивающего права неевреев. Видимо, эти обстоятельства являются причиной того, что в стране немало правоведов, считающих, что несмотря на неоспоримый еврейский характер израильского государства, в силу наличия у евреев права репатриироваться в него и чисто еврейских ценностей, нельзя идентифицировать это государство как «еврейское и демократическое», пока существуют Галаха и раввинатские суды, так как в этом случае понятие «правовое государство» абсолютно несовместимо с концепцией галахическо-теократического государства (см.: Воробьев В. П. Конституционно-правовая система государства Израиля : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 13).

¹ Элон М. Еврейское право / под общ. ред. И. Ю. Козлихина. СПб., 2002. С. 27.

ционно-правовых (государственно-правовых) институтов мусульманских стран.

Однако утверждение о том, что «в некоторых мусульманских странах конституцию заменяет Коран, сунна и некоторые др. источники права»¹ является ошибочным. Указанные религиозные тексты не «заменяют» конституцию, но только Коран имеет более высокую правовую силу в сравнении с ними.

Ислам в качестве государственной или официальной религии провозглашен Конституциями Республики Ирак (одобрена на всеобщем референдуме 15 октября 2005 г.) (ст. 2); Йеменской Республики (одобрена на референдуме 16 мая 1991 г. с конституционными поправками 1994 г. и 1999 г. (ст. 2). Согласно ст. 2 Конституции Арабской Республики Египет 2014 г., «Ислам, принципы Исламского Шариата являются религией государства». Конституция Кувейта императивно установила: «Религия Исламского Государства и Исламский Шариат будут основными источниками законодательства». По Конституции Мальдив «Государственной религией Мальдив является ислам. Ислам составляет одну из основ всех законодательных актов Мальдив» (п. «а» ст. 10 «Государственная религия»)².

То же самое можно сказать о конституциях Объединенных Арабских Эмиратов, Катара и др. По существующим данным, более 20 государств провозгласили ислам в качестве государственной религии³. В большинстве этих государств Коран признается актом, обладающим более высокой силой, чем конституция и действующее законодательство. Так, согласно ст. 2 Конституции Ирака «мусульманское право – основной источник законодательства»; «Ислам – основной источник законодательства. Ни один закон не может быть принят, если он противоречит установленным нормам ислама; «Шариат является главным источником законодательства» (ст. 3 Конституции Йеменской Республики). Конституция еще одного исламского государства императивно предписывает: «На территории Мальдив не принимается ни один закон, противоречащий каким бы то ни было основополагающим принципам ислама» (п. «b» ст. 10). Специальный раздел Конституции Пакистана 1999 г. «Положения ислама» (Islamic Provisions) в ст. 227 провозглашает, что «все действующие законы должны соответствовать свя-

¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть. С. 111.

² Конституции государств Азии : В 3 т. Т. 2. Центральная Азия и Индостан.

³ Зайцева Е. В. Конституционно-правовое развитие мусульманских государств (на примере Исламской Республики Пакистан, Королевства Саудовской Аравии, Республики Судан) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

щенному Корану и сунне». Согласно ст. 2 Конституции Египта, принятой в 2014 г., «принципы исламского шариата – главный источник права». Таким образом, нормы, содержащиеся в Коране, сунне, других религиозных актах, признаются в качестве источника при решении различных вопросов, касающихся как устройства публичных институтов власти, так и правового положения личности. Не влияет на это то обстоятельство, что в большинстве конституций указанных стран содержатся положения о том, что «источником власти является народ. Он осуществляет правление согласно настоящей конституции» (ст. 59 Конституции Катара); «власть исходит от народа, который является ее источником» (ст. 4 Конституции Йемена); «суверенитет принадлежит народу, источнику власти» (ст. 6 Конституции Кувейта) и др.

Охранительные механизмы обеспечивают соответствие исламу положений национальной конституции. Так, Конституцией Исламской Республики Иран 1979 г. с поправками 1989 г. учрежден Охранительный совет (*Gardian Gouzil*), предназначенный, по утверждению западных конституционалистов для того, чтобы «обеспечить согласованность законодательных актов, издаваемых исламским консультативным собранием, с исламом»¹.

Конституция Пакистана 1999 г. учредила Федеральный шариатский суд, включающий не более 8 судей, назначенных Президентом страны на 3 года (ст. 203–С). По собственной инициативе или по заявлению граждан Пакистана или федерального Правительства, или правительства провинции возбуждается производство о соответствии конституционно-правового закона или его положений на предмет совместимости с предписаниями ислама, содержащихся в его источниках (Коране и сунне)².

Несомненно влияние религиозных верований на конституционное правосознание, формирование в нем представлений об основных правовых категориях (понятие порядка, закона, свободы, справедливости, равенстве, ответственности, преступления, суда, наказания, кары, возмездия и т. д.), а равно на формирование оценок, установок, интересов, мотивов, целей и эмоционального отношения людей к праву и правовым учреждениям. Усвоение индивидом заповедей религии одновременно формирует у него правовые чувства (законности, ответственности, уважения к праву и правам других людей, веру в право и др.), обеспечивающие его приобщение к социально-правовой среде, способствует распространению законопослушного поведения среди населения³. Безусловно, истинная религиозная вера – один из самых сильных факторов правомерного поведения.

¹ Constitutions of the Gountries of the word / ed. by A P Blaustein and G. H. Flanz. N. Y. 1992. P. 41.

² Там же. С. 41.

³ Как правовым, так и религиозным чувствам присущи одно и то же понимание

Такое уникальное свойство религии, как сакрализация, «освящение», имеющее корни в психологии людей, может проявляться в отношении правовых институтов¹. В частности, в современном мире объектом сакрализации могут стать права человека.

История развития человечества убедительно доказывает нерасторжимую связь устанавливаемого в обществе правопорядка с верой человека в высшую, трансцендентную реальность. В этой связи влияние религии на право находит проявление в том, что религия трансформирует в сознание отдельной личности, общности людей надрациональные ценности, усиливая тем самым их правовые чувства: чувство прав и обязанностей, связанных с беспристрастным рассмотрением дела, с последовательностью применения правил, желание равенства в общении, само чувство верности законности и соответственно отвращение к беззаконию. Подобные чувства, являющиеся обязательной основой всякого правопорядка не могут корениться в чисто утилитарной этике. Они нуждаются в поддержке, которую способна оказать лишь вера в высшую справедливость.

Правовая доктрина как источник конституционного права. В некоторых странах при наличии пробела в конституционном законодательстве используются положения из работ известных ученых в качестве нормативной основы для юридического решения возникшего спора, имеющего конституционное значение. Во многих странах, как и в Российской Федерации, правовая доктрина² источником права не признается. В то же время компетентные научные труды, толкование конституционного законодательства являются своего рода руководящими началами для должностных лиц и государственных органов, применяющих нормы конституционного права. Так, во всех Скандинавских странах применяется аутентическое толкование, т. е. законы толкуются самим законодателем и, как исключение, Верховными су-

«данности», одинаковые требования почитания», пишет американский ученый Г. Дж. Берман (Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии / пер. с англ. Д. М. Шабельникова, М. Тищенко. М., 1999).

¹ Московичи С. Машина, творящая богов. М. : Центр психологии и психотерапии, 1998. С. 332.

² Правовая доктрина – незаменимое средство правильного истолкования норм статутного права, она оказывает непосредственное влияние на законодателя. Как отмечается в компаративистской литературе, это проявляется, в частности, в том, что: а) именно доктрина создает словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель; б) именно доктрина, наряду с другими факторами, оказывает непосредственное воздействие на законодателя, который «часто лишь выражает те тенденции, которые установились в доктрине, и воспринимает подготовленные ею предложения» (Dickson B. Introduction to Law. Glasgow, 1994. P. 13).

дами в отношении вопросов, касающихся правосудия. Однако *de facto* в толковании законов нет особой необходимости, поскольку одновременно с законами в парламент направляются обстоятельные материалы их анализа (о целях принятия, отменяемых актах, условиях применения и пр.), которые публикуются в официальных изданиях: «Statens offentliga utredningar» (SOU) – в Швеции, и *Norges offentliga utredningar* (LOU) – в Норвегии. По утверждению одного из западных юристов (Н. Херлиц), государственные органы при применении закона фактически руководствуются подготовительными материалами. Еще более радикальным является утверждение Й. Анденеса о том, что «право толкования конституции принадлежит только выдающимся юристам (корпорациям юристов), и никому более»¹.

Таким образом, встречающиеся в зарубежной юридической литературе утверждения о том, что источниками конституционного права являются мнения и высказывания выдающихся ученых-государствоведов, не далеки от истины.

Родиной доктринальных источников считается Великобритания. Их происхождение связано с характером английской конституции, значительная часть которой не является писаной. В трудах британских ученых содержатся разного рода обобщения, анализ писанных и неписанных норм Конституции. Именно труды таких британских ученых, как Дж. Локк (1632–1704), Э. Бёрк (1729–1797), У. Блэкстон (1723–1780), И. Бентам (1748–1832), Дж. Ст. Милль (1773–1836) повлияли на развитие британской конституции. В современных условиях труды Блэкстона, Беджгота, Мэя, Лоу и некоторых других канонизированных авторов не только принимаются в качестве аргументов в спорах по государственно-правовым вопросам, но иногда воспринимаются юридической практикой в качестве действующих форм права. Так, в Соединенном Королевстве Великобритании действует принцип, сформулированный Блэкстоуном: «международное право есть часть права страны»². Это также ряд сформулированных в научных работах А. В. Дайси положений, которые и современной британской судебной практикой воспринимаются как имеющие нормативное значение. В частности, к таковым следует отнести фундаментальное положение о том, что «права и свободы частных лиц являются не следствием, а источником законов». Это также положения, касающиеся гарантий прав человека: «никто не может быть арестован, посажен в тюрьму, подвергнут физическому стеснению, если такой образ действия не имеет законного оправдания». Положенные в основу судебного решения, такие положения приобретают характер общей нормы права.

Понятно, что в современных условиях мнения ученых далеко не всегда обладают силой закона, но при отсутствии других норм судьи обращаются к принципам, сформулированным в научных трудах. Будучи однажды принятыми высшими органами судебной власти, такие принципы начинают действовать. Другими словами, для того чтобы

¹ The Constitution of Njrway: A Commtntary by Mads T. Andenes and J. Wilberg. Oslo; Bergen; Stavanger; Tromso: Universitetsforlaget, 1987.

² Commentaries on the Law of England. L., 1765. Book IV, Ch. 5. Цит. по: Борисов И. Б. Соотношение норм международного и внутригосударственного права в вопросах избирательного процесса // Журнал российского права. – 2002. – № 4. – С. 107.

мнения ученых были признаны за источник, необходима ссылка на них в судебном решении. В качестве примера можно сослаться на широко известное дело *Attome-General vs. De Keyser Royal Hotel Ltd.*, рассмотренное палатой лордов в 1920 г. Для определения королевской прерогативы судебная инстанция прямо восприняла предложенное А. В. Дайси¹.

Нетипичные формы конституционного права. Наряду с рассмотренными основными формами, конституционному праву некоторых государств известны и иные, иногда весьма специфические.

Так, процесс демократизации в странах Африки породил новый специфический вид формы конституционного права – *документы общенациональных конференций*, созываемых для разработки программы перехода от авторитарных режимов к демократии². В ряде стран такие документы санкционированы новыми конституциями. Так, в преамбуле Конституции Демократической Республики Конго 2005 г. указывается, что составной частью последней являются «принципы, провозглашенные и гарантированные Хартией национального единства и Хартией прав и свобод, принятыми суверенной конференцией 29 мая 1991 г.».

В 1970–1980-х годах в ряде африканских государств важнейшим источником конституционного права были *программные документы правящих* (обычно – единственных) *политических партий* или правительств (Национальная хартия в Алжире, Хартия малагасийской социалистической революции, Национальная хартия в Нигере и др.). Эти документы обычно принимались на референдумах и не только имели правовой характер, но и обладали высшей юридической силой. Однако в связи с начавшимся на рубеже 1980–1990-х годов процессом демократизации в большинстве государств Африки этот вид источников устраняется из их правовых систем. Они сохранились лишь в Бурунди (до военного переворота в конце 1990-х годов), где принятая на референдуме 1991 г. Хартия национального единства являлась «основным документом, который определяет права и обязанности каждого гражданина, будущее страны» (в 1992 г. принята новая Конституция)³.

¹ Avril P. Statut des norms constitutionnelles non ecrites // Les regies et principes non ecrits en droit public / Sous la direction de P. Avril et M. ferpeaux. P., 2000. P. 80–81.

² Сравнительное конституционное право: учебное пособие / отв. ред. В. Е. Чиркин. С. 26–32.

³ Сравнительное конституционное право : учебное пособие / отв. ред. В. Е. Чиркин. С. 26–32.

§ 6. Конституционные традиции и их регулятивный потенциал в сфере действия конституционного права

Правовые традиции есть нормы, принципы, конституционные (правовые) ценности, запечатленные духовным обликом человека, социальной общности, нации (народа) их сознанием, мировоззрением, всем строем психических образований; это отображенный конституционной (правовой) памятью образ права, публичных институтов власти, формы правления, государственно-территориального устройства, образ закона, включая образ конституции. Правовая традиция в этом контексте имеет непосредственно регулирующий характер. Причем это такой регулятор, который невозможно декретированно ввести или отменить. Она (правовая традиция) внепозитивна и надпозитивна, ее действие безусловно, экстерриториально и не стеснено временными параметрами. В понятие государственно-правовой традиции в указанном понимании включаются те качества, которые определяют государственно-правовое регулирование, дают ему смысловое содержание¹. Это вмешательство мифологии в образование политико-правовых убеждений, образов закона, государства; качества мировоззрения, состав ценностей, принципов, идей, положенных в основание государственного права и выражающих его смысл; навыки правового и неправового поведения, сопряженные с государственным правом; нормативность как способность понимать, чувствовать и воспроизводить в поведении нормы, ее участие в государственном праве; содержание правовой информации; состав архетипов, связанных с государственным правом².

Применительно к различным конституционным системам регулятивные возможности конституционных традиций проявляются по-разному. В одних странах и правовых системах они включены в систему нормативной регуляции и тем самым значительно усиливают потенциал норм и институтов конституционного права. В других конституционных системах сложившиеся традиции, напротив, «блокируют» действие конституционных установлений. При этом поведение властных институтов находится в зоне активного действия самых разных традиций. Так, открытость органов публичной власти, ответственность и компетентность должностных лиц, соблюдение ими прав и свобод традиционно для демократических государственно-

¹ См.: Червонюк В. И. Конституция и конституционные традиции // Образование. Наука. Научные кадры. – 2008. – № 6.

² См.: Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран. С. 28.

правовых систем. В то же время клиентелизм, восприятие должности как способа удовлетворения собственных интересов, использование публичной лжи в профессиональной деятельности характерны для государств с неразвитыми (неустоявшимися) конституционно-правовыми традициями.

Значительное место в структуре конституционного права занимают парламентские традиции, традиции, складывающиеся в сфере федеративных отношений. В частности, то обстоятельство, что в штатах США губернатор избирается путем прямых выборов основано на получившей законодательное оформление сложившейся традиции. Напротив, идея прямых выборов губернаторов в штатах Индии не получила поддержки вследствие обстоятельства ментального свойства: «наличие двух центральных фигур в системе высших органов власти, а именно губернатора и главного министра – главы Правительства, определяемых электоратом, может привести к возникновению между ними трений»¹ – таков традиционный взгляд индийских граждан на данную проблему.

В конституционном праве традиции находят широкое применение в качестве правовых оснований формирования публичных институтов власти². Так, принадлежность к определенной религии является обязательным условием для замещения в ряде стран поста главы государства. К примеру, британский монарх должен принадлежать к англиканской церкви; Король Швеции должен быть лютеранином; глава государства в мусульманских странах, независимо от формы правления, должен быть мусульманином.

Соответственно сложившимся традициям в ряде стран с парламентской формой правления формируется институт премьер-министра. Так, согласно существующей традиции в Соединенном Королевстве Великобритании осуществляется назначение премьер-министром лидера политической партии, одержавшей победу на выборах в Палату общин.

¹ Касаткина Н. М. Глава исполнительной власти субъекта федерации // Очерки конституционного права иностранных государств. М., 1999. С. 251.

² В государственно-правовых системах ушедших эпох именно традиции выступали важнейшим механизмом регулирования отношений властвования. Так, в тех немногих странах, где монарх воцарялся на свой пост посредством выборов, действующие традиции определяли круг претендентов. К примеру, в Польше король пожизненно избирался Сеймом из числа высшей государственной знати или из числа иностранных монархов.

Точно так же согласно сложившимся традициям осуществляется распределение «портфелей» при формировании состава правительства и государственной администрации. К примеру, в США традиционно применяется так называемый принцип «заслуг».

§ 7. Коллизии в конституционном праве зарубежных стран и способы их преодоления

Проблема коллизий в законодательстве исследуется в общей теории права и, в большей степени, в теории международного частного права. В конституционно-правовой теории специальные исследования данной проблемы отсутствуют, хотя фрагментарный анализ разрешения коллизий в правовых системах федеративных государств все же присутствует¹.

Современные конституционные системы зарубежных стран отличаются множественностью юридических форм, обширным конституционным законодательством. Последнее десятилетие, ознаменовавшееся, с одной стороны, усилением активности государственного регулирования, а с другой – развитием статутного законодательства под влиянием регионального конвенционального права существенно увеличили объем нормативного материала. Коллизии в законодательстве, таким образом, оказываются неизменным спутником современных правовых систем. В формально-юридическом смысле коллизия законодательства означает расхождение содержания (столкновения или противоборства) двух или более формально действующих нормативных актов, имеющих один и тот же предмет регулирования, т. е. принятых по одному и тому же вопросу. Коллизии в законодательстве являются результатом возникающих в нем противоречий – материальных и формальных, или специально юридических.

Противоречия материального порядка в конечном счете вызваны к жизни (детерминированы) обстоятельствами социального характера. Соответственно противоречия материального порядка связаны с динамизмом регулируемых отношений и консерватизмом правовой системы.

Причины формально-юридического характера возникновения коллизий в законодательстве связаны с упущениями в законотворческой деятельности. В федеративном (как и в региональном) государстве коллизии, кроме того, могут возникать из-за множественности

¹ См.: Тихомиров Ю. А. Коллизионное право : учебное и научно-практическое пособие. М., 2001; Федерализм: теория, институты, отношения (сравнительно-правовое исследование) / отв. ред. Б. Н. Топорнин. М. : Юрист, 2001. С. 154–167.

субъектов правотворчества и возникающих вследствие этого споров о компетенции и др. Для конституционного права характерными причинами¹ являются также рассогласованность органов государственной власти, нарушения правосубъектности государства и компетенции его органов. Это также противоречия в механизме разделения властей, конфликт органов государственной власти и связанные с этими споры о компетенции. Споры о компетенции могут быть вызваны в том числе несовершенством принятой в том или ином государстве формы правления, конституционной формой ее закрепления. Причинами, порождающими столкновение разных конституционных норм, являются произвольное толкование конституционных норм и других актов, выход отдельных органов за пределы своих полномочий (злоупотребление властными полномочиями), пробелы в конституционном праве и пр. Неясность конституционных формулировок и неразвитость механизмов их разрешения быстро перерастают в конституционный кризис.

Способы разрешения коллизий в конституционном законодательстве различны.

Во-первых, наличие в конституциях норм, закрепляющих иерархию нормативных правовых актов. Это достигается посредством использования различных технико-юридических приемов, прежде всего, определением юридического веса норм национальной конститу-

¹ В конституционном праве иногда достаточно своеобразно интерпретируются причины коллизий. В частности, отмечается, что «для конституционного права особенно опасны коллизии между естественным и позитивным правом» (Конституционное право России : учебник для студентов вузов / под ред. А. С. Прудникова, В. И. Авсеенко. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2006. С. 73). В этом случае понятие «коллизии» употребляется не в специально-юридическом значении. Если и существует расхождение между естественным и позитивным правом, то здесь речь не идет о коллизиях. Не ясно, что авторы понимают под естественным правом. Отсюда «что чему должно соответствовать» требует пояснений. Если речь идет о правах и свободах, содержащихся в международно-правовых документах, в том смысле как это понимают юристы, то механизмы их имплементации в национальные правовые системы обозначены в самих же конституциях, т. е. в том самом «позитивном праве», против чего выступают авторы учебника. Кроме того, существуют и специальные технико-юридические приемы для включения так называемого естественного права в состав позитивного в той его части, которая касается общепризнанных прав и свобод человека и гражданина.

Небезынтересно, что тот же учебник, неоднократно переиздаваемый в несколько обновляющемся составе, дословно цитирует то же самое положение (см., например: Б. С. Эбзеев и др. Конституционное право России : учебник для студентов вузов / под ред. Б. С. Эбзеева, Е. Н. Хазова, А. С. Прудникова. 7-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015. С. 66).

ции. Положение, содержащееся в ч. 1 ст. 5 Конституции Республики Болгария от 12 июля 1991 г. о том, что «Конституция – высший закон, и другие законы не могут ей противоречить», является типичным для абсолютного большинства стран (хотя в ряде случаев юридический вес конституции вытекает из анализа ее взаимосвязанных норм, аксиоматичных положений права, принципов конституционного устройства, доктринального толкования).

Далее, это закрепление в конституции своего рода генеральной оговорки о месте конкретной формы конституционного права в национальной правовой системе. Выстраивание структуры конституционного права чаще всего касается не всех форм права, а только конституционного законодательства. Так, согласно Конституции Франции 1958 г. иерархию законодательства образуют: Конституция, органические законы, обычные законы. Кроме того, в Конституции есть упоминание и о конституционных законах – законах, которыми вносятся изменения в Конституцию. Однако они не рассматриваются отдельно от Конституции. В соответствии со ст. 59 Конституции Бразилии 1998 г. категории законов, принимаемых парламентом, выстроены следующим образом: «поправки к Конституции; дополняющие законы; обычные (*ordinarias*) законы; делегирующие законы; временные меры; законодательные декреты; резолюции. Таким образом, Основной закон определил нисходящую иерархию нормативных актов, издаваемых федеральной законодательной властью. Соответственно высшей юридической силой после Конституции наделены поправки к Конституции, затем – дополняющие законы и далее по убывающей юридической силе – обычные, делегирующие законы и т. д. Тем самым на конституционном уровне определен механизм разрешения возможных противоречий. В то же время приведенный перечень содержит указание относительно актов, издаваемых исключительно парламентом как органом законодательной власти. В условиях президентской формы правления сильными нормотворческими полномочиями наделен глава государства. По Конституции Президент в случаях «особой важности и неотложности, а также во время парламентских каникул» вправе издавать *акты о временных мерах*, имеющие силу закона. Юридические средства разрешения возможных противоречий между актами о временных мерах и парламентскими актами предусмотрены конституционной поправкой № 32 2001 г., урегулировавшей институт временных мер. Это конституционное положение о том, что Президент о принятых временных мерах обязан немедленно сообщить Национальному конгрессу (бразильскому парламенту),

а если такие меры приняты во время парламентских каникул, то требуется в пятидневный срок созыв Национального конгресса на внеочередную сессию.

Особое значение в этой связи имеет определение в конституции юридической силы международного договора. В уже упомянутой ст. 5 Конституции Болгарии ч. 4 предусматривает, что «международные договоры, ратифицированные в конституционном порядке, опубликованные и вступившие в силу для Республики Болгария, являются частью внутреннего права страны. Они имеют преимущество перед теми нормами внутреннего законодательства, которые им противостоят».

Во-вторых, способом упреждения коллизий в конституционном законодательстве является закрепление в конституции компетенции органов государственной власти, включая определение в этой связи объема нормотворческих полномочий, предметных сфер их приложения, юридической формы принимаемых актов, их юридической силы.

Юридическая определенность содержащихся в конституции компетенционных норм принципиально важна, поскольку наибольшее количество конституционных конфликтов связано именно с нарушениями компетенции тех или иных органов. Вторжение в компетенцию чаще всего сопряжено с принятием актов, пересекающихся предметными областями. Отсюда особую значимость имеет закрепление в конституции круга вопросов, по которым орган государственной власти правомочен издавать нормативные правовые акты. Отмеченное в особенности важно при наличии в государстве двухуровневой системы власти. В качестве примера обратимся к Основному закону ФРГ. Согласно абз. 1 ст. 105, «Федерация обладает исключительной законодательной компетенцией по таможенным делам и финансовым монополиям». Абзац 2 указанной статьи устанавливает, что «Федерация обладает конкурирующей компетенцией в делах, касающихся других налогов, если поступления от этих налогов ей принадлежат целиком или частично...»; согласно абз. 2-а, «земли имеют право законодательствовать в области местных налогов на потребление и в отношении расходов, пока и поскольку они не тождественны налогам, установленным федеральным законодательством». В абз 1 ст. 109 предусматривается, что «Федерация и земли самостоятельны и независимы друг от друга в отношении своего бюджетного хозяйства».

Тем самым учредитель конституции формально-юридически определяет сферы и пределы нормотворческого усмотрения органа государственной власти. На этой основе создается качественная правовая основа для установления государственного режима, или правового режима взаимоотношений между высшими органами государства.

Поскольку само по себе наличие даже качественных норм полностью не может исключить возможных конфликтов, наличие возможности юрисдикционного способа разрешения таких конфликтов становится необходимым компонентом всякой конституционной системы. Такие споры подсудны высшим судам общей юрисдикции или конституционным судам. Так, согласно ч. 3 ст. 149 Конституции Болгарии Конституционный суд «решает споры о компетентности между Народным собранием, Президентом и Советом Министров, как и между органами местного самоуправления и центральными исполнительными органами».

В-третьих, учреждение специализированного органа конституционного контроля, призванного своей властью обеспечивать верховен-

ство конституции и законов, степень юридической силы нормативного правового акта в каждом конкретном случае. К примеру, согласно ст. 134 Конституции Италии, «Конституционному суду подсудны: споры о конституционности законов и имеющих силу закона актов государства и областей; споры о компетенции между различными властями государства, между государством и областями и между областями...». Устранение коллизии в данном случае разрешается посредством установления неконституционности одного из конкурирующих актов в императивном решении Суда. В соответствии со ст. 136 Конституции Италии, если Суд объявляет о неконституционности какого-либо положения закона или акта, имеющего силу закона, то такое положение теряет силу со дня, следующего за днем опубликования решения суда.

Согласно ч. 3 ст. 149 Конституции Болгарии Конституционный суд «решает споры о компетентности между Народным собранием, Президентом и Советом Министров, как и между органами местного самоуправления и центральными исполнительными органами».

В-четвертых, юридические средства разрешения коллизий содержатся в специальных правовых установлениях – коллизионных нормах и коллизионных актах, представляющих в своей совокупности коллизионное право страны. Специальное назначение коллизионных норм (актов) заключается в том, что они призваны обеспечивать выбор права в условиях конкуренции правовых норм (актов). Следовательно, назначение коллизионных норм состоит в том, что они определяют, какой законодательный акт (норма права) должен применяться в случае коллизии. Наличие таких актов (норм) особенно важно в условиях федеративной и региональной государственности.

Современные правовые системы выработали целый набор юридических инструментов, применение которых способно разрешить коллизионную ситуацию. Такие инструменты содержатся в нормах права, именуемых коллизионными.

Если не сводить все средства устранения коллизий к коллизионным нормам, применяемым в международном частном праве¹, то к ним следует отнести: 1) материальные нормы, определяющие полномочия, ответственность публичных органов власти и иных субъектов конституционного права; 2) получившие юридическое закрепление принципы права

¹ Механизм выбора права в коллизионных отношениях норм иностранных законодательств наиболее разработан в международном частном праве, где сконструированы так называемые коллизионные нормы, содержание которых определяется понятиями материального права, но чаще используется такое правило выбора, как «ближайшая связь» (см.: Голландская правовая культура / отв. ред. В. В. Бойцова и Л. В. Бойцова. М. : Легат, 1998. С. 60–66, 458–466).

(нормы-принципы), выступающие критериями оценки конституционно-правовой природы актов нормотворческих органов. Это нормы, которые определяют: виды органов, наделенных правотворческой компетенцией, систему и иерархию нормативных актов; закрепляющие базовые конституционно-правовые понятия и пр.; компетенционные нормы и др.

Это также нормы-приоритеты, нормы-запреты, нормы-санкции и процедурно-процессуальные установления. Все они носят характер неопровержимых презумпций, имеющих конституционное значение, и выполняют роль своего рода установок относительно выбора права в условиях конкуренции правовых установлений. Являясь обоснованием выбора права, т. е. юридическим дозволением, они в то же время содержат запрет, нарушение которого имеет неблагоприятные конституционно-правовые последствия – признание юридически ничтожной силы данного акта. Некоторые из них требуют подтверждения в актах юрисдикционных, скажем органа конституционного контроля, в актах официального толкования и др.

В отдельных зарубежных странах принимаются специальные акты, которые содержат набор коллизионных «инструментов». Такие акты в форме законов действуют в Болгарии, КНР, Польше и др. Иногда учредитель конституции в нормативной структуре конституции обособляет группу норм в специальной главе (например, раздел III Конституции Польши 1997 г. «Источники права»), которые способствуют разрешению возможных коллизий. Большинство конституций содержит одну, реже несколько норм, посвященных этой проблеме (например, ст.ст. 63 и 112 Конституции Чехии).

Для конституционного права особое значение имеют нормы-приоритеты, указывающие на приоритетную (более высокую) юридическую силу того или иного акта перед другим (другими). Это, в частности, касается норм конституции перед всеми иными актами, норм законов перед актами подзаконными и т. д. Иначе говоря, эти нормы закрепляют конституционную презумпцию безусловного приоритета обозначенного в норме акта. Наличие такого указания является критерием для подтверждения его более высокой юридической силы.

В-пятых, закрепление специфических механизмов разрешения коллизий в условиях федеративной государственности. К ним относятся: конституционное закрепление верховенства федерального права¹: согласно ст. 31 Основного закона ФРГ, «федеральное право имеет преимущество перед правом земель»; положение о том, что законы и иные нормативные акты субъектов федерации не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам исключительного ведения федерации. В соответствии с ч. 1 и 2 ст. 49 Конституции Швейцарии «Союзное право имеет приоритет перед противостоящим ему кантональным правом. Союз следит за соблюдением кантонами союзного права». В случае противоречия между актами федеральными и актами субъектов федерации действует федеральный закон; установление иерархии юридической силы федеральных законов: федеральные законы не могут противоречить федеральным конституционным законам и др.

¹ Своеобразна интерпретации верховенства федерального права в Канаде. Федеральный акт об индейцах 1985 г. предусмотрел, что провинциальные законы не применяются к индейцам в той степени, в которой отношения не урегулированы федеральным законом, т. е. приостанавливает действие законов провинций, даже если они не противоречат федеральным законам.

Приоритет федерального права ставит вопрос о соотношении форм права в сфере регулирования федеративных отношений. Принципиально важен вопрос о том, имеет ли приоритет любой источник (форма) федерального права над источником (формой) права субъекта федерации. Большинство сходится во мнении, что любая форма федерального права по юридической силе выше любой формы права субъекта федерации. Так решается поставленная проблема в отечественной юридической теории и практике.

В зарубежных странах существует иной взгляд. В решении Верховного суда 1938 г. в деле *Erie v Tompkins* признал, что в случае обнаружения пробелов в праве федеральные суды должны применять право штатов – прецедентное или статутное – федерального общего права не существует¹.

Таким образом, федеральное право не может сводиться только к актам федеральных органов, но включает и иные части. Способом разрешения возможных коллизий в федеративном государстве является федеральный контроль.

К примеру, в Индии президент имеет большие полномочия по контролю за законодательством штатов. Губернатор штата вправе определить, что законопроект должен получить одобрение президента. Президент может предложить губернатору вернуть законопроект в легислатуру на новое рассмотрение. В случае вторичного одобрения легислатурой и последующего отклонения президентом законопроект окончательно отвергается.

Ведомство федерального канцлера Германии контролирует законодательную деятельность ландтагов земель, которые информируют его о принятых законах. Оно может в течение 8 недель со дня получения информации о законе заявить обоснованное возражение против закона, если, по его мнению, он причиняет вред интересам федерации, поскольку вмешивается в компетенцию федерации.

По Конституции Австрии правительство земель правомочно в исключительных случаях (для предупреждения очевидного, невосполнимого для общества ущерба, если ландтаг не заседает) внести изменение в законы, информировав при этом федеральное правительство.

В ФРГ, одобренный Бундесратом закон, может наделить федеральное правительство правом давать конкретные указания по выполнению федеральных законов, осуществлять при этом контрольные полномочия.

Существуют и специальные механизмы разрешения коллизий. Это наличие норм, устанавливающих порядок разрешения коллизий между нормами различных уровней или разрешение коллизии «по вертикали». Согласно ст. 127 Конституции Италии, если Правительство Республики считает, что принятый областным советом закон превышает компетенцию области или противоречит национальным интересам или интересам других областей, то оно возвращает закон в областной совет в срок, установленный для визирования. Если областной совет вновь одобрит закон абсолютным большинством голосов, то Правительство Республики может в течение 15 дней по получении сообщения возбудить вопрос о законности перед Конституционным судом или поставить вопрос перед палатами о противоречиях в интересах. В случае сомнения Конституционный суд решает, к чьей компетенции относится данное дело.

¹ Есть, правда, и другие мнения. В частности, М. Филд считает, что федеральное общее право создается судами штатов и федеральными судами, если вопрос, относящийся к компетенции федерации, законодательно не урегулирован (см.: Field M. Sources of law: The Scope of the Federal Common Law // Harvard Law Rev. 1986. Vol. 99 № 5. P. 890).

Конституционное законодательство может содержать и общие механизмы устранения коллизий в законодательстве. Это, в частности, наличие во вновь принятых конституциях (конституционных актах) генеральных клаузул о приведении с нормами данной конституции (конституционным актом) действующего в стране законодательства. Так, уже Акт о соединении с Шотландией 1707 г. в ст. XXV предусматривал, что «все законы и статуты в королевстве в той мере, в какой они противоречат или являются несовместимыми с условиями настоящих статей или с условием какой-либо из них, со времени соединения и после него прекращают действовать, теряют юридическую силу и будут объявлены таковыми соответствующими парламентами названных королевств. Указанные условия о соединении будут к тому же ратифицированы и одобрены упомянутым актом парламента об отношениях с Шотландией, как это может потребоваться.

В нормативной структуре современных конституций есть специальные нормы, устанавливающие подобные механизмы. Согласно разделу XVI Переходных и заключительных постановлений действующей Конституции Италии «в течение года со дня вступления в силу Конституции пересматриваются и приводятся в соответствие с ней предшествующие конституционные нормы, не отмененные еще прямо или косвенно». Тем самым учредитель конституции возлагает на законодательный орган конституционную обязанность – обременение, связанное с изъятием из правовой системы норм (нормативных актов), не отвечающих требованию конституционности, а равно включению в правовую систему только таких норм, которые согласуются и с ее «духом» и «буквой».

Коллизии в конституционном законодательстве могут быть вызваны противоречиями между формальной и материальной конституцией, которые в свою очередь порождены тем обстоятельством, что право, предусмотренное конституцией, становится виртуальным и не согласуется с действительным, т. е. сложившимся конституционным порядком. Юридическим основанием такого рода коллизий является неоправданно жесткий порядок пересмотра конституции, не позволяющий своевременно приводить юридическую конституцию с фактическим «порядком вещей». В этом случае складывается ситуация, при которой конституция «живет» своей жизнью, независимо от конституционной реальности. Конституционные реформы, не опирающиеся на положения официальной конституции деформируют конституционное правосознание, формируют стереотипы необязательности основного закона, его декоративности. Юридические механизмы устранения такого рода несоответствий конституции «не работают» на том основании, что их причины метаюридического происхождения.

Если не интерпретировать право в сугубо позитивистском плане как совокупность издаваемых публичной властью установлений, то применительно к поставленной теме существует еще ряд проблем, связанных с возникновением конкуренций между нормами позитивного права и нормами неписаного права, в частности между законом и обычаем. Общераспространенное мнение о том, что приоритет сохраняется за законом не всегда оказывается верным, если, к примеру, обратиться к юридической практике Великобритании, где обычай

(конституционное соглашение) в ряде случаев имеет предпочтение перед статутным правом.

Специальный интерес в этой связи представляет проблема разрешения коллизий между статутным правом и прецедентным, между прецедентами, действующими по одному предмету. В отечественной литературе эта проблема, по существу, не затрагивалась. Что касается конституционной практики зарубежных государств, то механизмы разрешения такого рода коллизий все же существуют. Так, в англо-американском праве в случае коллизии прецедента и статутного права или при отсутствии необходимого прецедента судьи, формулируя решение, принимают во внимание множество различных факторов и обстоятельств, включая принципы права, существующие статуты, правовые и научные доктрины, политику государства и т. п.¹

Наконец, механизмом, устраняющим коллизию в законодательстве, является официальное толкование правовых норм. Особое значение имеет толкование законов парламентом. Согласно ч. 1 ст. 77 Конституции Греции, «аутентичное толкование осуществляется законодательной властью». Оговоримся, что такой вид толкования применяется крайне редко. В соответствии с классическим пониманием аутентического толкование исходит от автора, каковым является законодатель в отношении законов, согласно выражению «*jus est interpretari legem cuijusest condere*» («кто устанавливает закон, тот его и толкует»)².

Поскольку официальное толкование всегда затрагивает права и свободы граждан, то должны быть выработаны правила такого толкования, прежде всего те, которые определяют пределы усмотрения интерпретатора нормы. Согласно п. 3 ст. 9 Конституции Чехии 1992 г., «толкованием правовых норм нельзя обосновать ликвидацию или создание угрозы основам демократического государства», а исходя из п. 2 ст. 10 Конституции Испании входящие в нее положения об основных правах и свободах должны толковаться в соответствии со Всеобщей декларацией прав человека и международными договорами и соглашениями по этим вопросам, которые ратифицированы Испанией».

¹ См.: Клемин А. В. Европейское право и Германия: баланс национального и наднационального. Европейское Сообщество, Германия, право: национальный консерватизм, коллизии и единство. Казань : Изд-во Казанского университета, 2004. С. 46.

² Для сравнения: у Г. Кельзена аутентическое толкование — это толкование, которое производит последствия в правовой системе, может исходить от любого уполномоченного осуществлять толкование, например судов.

Важно конституционное закрепление круга органов, осуществляющих толкование. По действующему законодательству зарубежных стран таковыми могут выступать: парламент (Греция), орган президициального типа, высший судебный орган (Монголия), орган конституционного контроля (Болгария). Конституция Словакии 1992 г. (п. 1 ст. 128) определила условия толкования: «Конституционный суд дает толкование конституционных законов, если вопрос спорен».

Особые механизмы используются для разрешения коллизий, которые неизбежно возникают между формами национального права и актами регионального уровня и международного права. В частности, в большинстве стран ЕС, за исключением Голландии, Франции, Греции и Ирландии, отсутствует четкое коллизионное правило, закрепляющее приоритет европейского права перед внутренним. Механизмом восполнения данного пробела явилась деятельность Суда ЕС. Обладая компетенцией на монопольное толкование европейского права, Суд ЕС во многих своих решениях закрепил прямое действие и приоритет права ЕС перед национальным законодательством, включая конституционное.

Высшие судебные органы зарубежных государств признали зарезервированное право Суда ЕС. В частности, решением от 18 октября 1967 г., в особенности в решении по делу «Solange II» (1974 г.) «Конституционный суд выразил свои опасения в связи с отсутствием надлежащей защиты Основного закона правом Европейских Сообществ» и однозначно императивно указал на зависимость норм ЕС от внутригосударственного права: «собственный правопорядок, созданный благодаря образованию Европейского Сообщества, базируется на основных положениях национальных конституций, которыми и узаконены границы действия правопорядка ЕС. ФКС установил, что отныне Европейский суд рассматривается как законный и главный судья в смысле абз. 1 ст. 101 Основного закона. Аналогичное решение ранее было принято Конституционным судом Италии от 23 апреля 1985 г. Решением от 20 октября 1989 г. Государственный совет Франции вслед за Италией отменил свое прежнее оговорку против приоритета вторичного права ЕС перед национальными законами¹.

Что касается разрешения возможных коллизий внутри самого европейского права, то оно разрешается в том числе и по правилам, применяемым в национальных правовых системах. Применению такого рода правил благоприятствует то обстоятельство, что европейское право как разновидность всякой правовой системы или нормативного комплекса имеет вертикализированное построение, подразделяясь на так называемые первичные, вторичные и третичные нормы. Соответственно третичные и вторичные нормы не должны противоречить первичным, а в случае коллизии преимущественную силу имеют нормы первичного права.

§ 8. Эволюция форм (источников) конституционного права.

Аккультурация в праве как фактор интернализации форм конституционного права

Конституционное право, как никакая другая отрасль права, тесно связано с политической (конституционной) практикой. Конституци-

¹ См.: Клемин А. В. Европейское право и Германия: баланс национального и наднационального. Европейское Сообщество, Германия, право: национальный консерватизм, коллизии и единство. Казань : Издательство Казанского университета, 2004; Чиркин В. Е. Наднациональное право и государственный суверенитет (некоторые проблемы теории) : монография. М. : Норма : ИНФРА-М, 2015.

онное право следует в своем развитии за развивающимися политическими отношениями. Однако даже присущее нормам и институтам права свойство динамизма не позволяет им оперативно оформлять бурно развивающиеся политические процессы. Развитие политической практики далеко не всегда прогрессивно. Для конституционно-правового развития важна преемственность в развитии.

В европейской конституционной доктрине и практике (особенно в Австрии и Германии) утвердилась концепция континуитета, т. е. непрерывности государственно-правового развития. Именно этим можно объяснить то, что многие десятилетия действуют старые учреждения и законы, хорошо «вросшие» в национально-правовую почву. Их длительное существование придает устойчивость странам даже в периоды крупных изменений в государственном устройстве и политическом режиме. Право «переживает» их и отличается «социальным долголетием». Планомерно и мягко вводятся переходные периоды. Такая продуманная эволюция конституционно-правового развития обеспечивает действенность всего конституционного механизма, в котором право играет исключительно позитивную роль¹.

Форма права, как и любая иная форма, по своей природе, характеру и назначению в сравнении с содержанием и иными компонентами права тяготеет к стабильности, консерватизму и застою. Однако под воздействием постоянно изменяющегося содержания права и под влиянием окружающей его экономической, социально-политической и иной среды форма права также не остается неизменной. Она постоянно развивается, видоизменяется и совершенствуется². При этом, если в содержании права окружающая среда находит свое непосредственное отражение, то в форме она отражается в основном через его содержание опосредованно. Различия и противоречия, возникающие по мере развития экономики, общества и государства между более динамичным содержанием права и менее динамичными, консерва-

¹ О преемственности права см.: Червонюк В. И. Традиции как выражение преемственности в правовом развитии, их регулятивные особенности, взаимосвязь с инновациями в сфере действия конституционного права // Юридическая техника. – 2011. – № 5. – С. 511–526.

² В этой связи логичен вопрос о том, почему фонтанирующее содержание права не создает новых юридических форм. На протяжении длительной эволюции права его формы в общем-то оставались неизменными: закон (статут), иной нормативный правовой акт, прецедент, правовой обычай, нормативный договор, правовая доктрина и, может быть, еще две-три формы. Значит ли это, что консерватизм формы не подвластен динамичному и меняющемуся содержанию права? Правомерен и другой вопрос: если не изменяются формы права, означает ли это, что и структурные компоненты права остаются неизменными?

Очевидно, что форма права есть непреходящая ценность, придающая праву качество особой системы нормативного регулирования, которая устраняется вместе с формой права. Если бы формы права изменялись, а равно и создавались по воле законодателя, то право стало бы «неправом». Таким образом, можно предположить, что некий закон сохранения формы права все же существует.

тивными формами права, вызывают настоятельную необходимость в целях разрешения противоречий приведения в соответствие форм права с его содержанием.

Соответственно система форм конституционного права той или иной страны не есть нечто застывшее, раз и навсегда данное. Для них характерно постоянное развитие, в ходе которого изменяется структура конституционного права, соотношение различных видов форм, их реальное значение в конституционно-правовом регулировании. Это достигается путем либо совершенствования старых форм, либо создания на их основе новых.

Эволюция форм конституционного права зависит от таких факторов, как изменение формы государственно-территориального устройства, формы правления, государственного режима, а равно от складывающегося и изменяющегося соотношения государства и права.

Эволюция содержания и форм права обусловлена феноменом аккультурации, так или иначе касающейся всех без исключения правовых систем. Вследствие этого наблюдаются процессы переноса (передачи) свойств правовой системы одного типа (правовой семьи) в правовую систему другого типа. Так, система континентального права все более испытывает воздействие судебной практики. Под влиянием этого судебные прецеденты – распространенная форма права в системах общего права – утверждается в системах континентального права. Напротив, система общего права подвержена все большему развитию статутного права. Процесс вестернизации видоизменяет систему источников мусульманского права.

Случаи такого усвоения и добровольного перенесения некоторых положений из романо-германской правовой семьи в англо-американскую правовую семью можно наблюдать, в частности, на примере развития правовых систем отдельных штатов США. Правовые системы Луизианы, Невады, Техаса и ряда других штатов, бывших под властью Франции, Испании и иных метрополий, после получения ими статуса штатов США органически сочетали в себе, наряду с элементами общего права, элементы романо-германского, континентального права. Аналогичная ситуация сохраняется и по сей день.

В результате интернализации права вообще, и конституционного права в особенности, наблюдается процесс сближения содержания этой отрасли права в различных странах. Отмеченный процесс проявляется в установлении примерно равного объема конституционно-правового регулирования, унификации терминологии, схожести многих конституционно-правовых институтов (права и свободы, строение некоторых органов государства, прежде всего парламента). Конституции как основная форма конституционного права, принимаемые в последние десятилетия, имеют одну и ту же структуру, как будто составляются по одному и тому же шаблону, во всяком случае, для основных закрепляемых в них институтов. Этому способствует и то обстоятельство, что каждое современное демократическое государство имеет примерно один и тот же «набор» центральных органов государственной власти – парламент, правительство, глава государства, часто – органы конституционного контроля.

Недооценка фактора аккультурации приводит и к не совсем точным акцентам в отношении соотношения форм конституционного права применительно к отдельным зарубежным странам. Так, считается, что в современных условиях наблюдается доминирование общего (обычного или прецедентного) права в Великобритании, Австралии, некоторых других странах. Анализируя соотношение статутного и прецедентного права в странах общего права, М. Н. Марченко заключает, что «...в формально-юридическом плане, согласно теории парламентаризма, «статутное право» как продукт деятельности высших органов государственной власти – парламентов должно иметь несомненный приоритет и занимать ведущее место во всех странах, практически же оно не имеет никаких приоритетов в ряде стран. Приоритет отдается актам, принимаемым судебными органами, на базе правотворческой деятельности которых формируется общее право, и актам органов государственного управления, которые формируют массив делегированного законодательства»¹. Представляется, что вывод автора о явном примате в странах общего права прецедентного права над статутным в современных условиях несколько утрачивает актуальность. Утверждение о том, что «...как в количественном отношении (удельный вес в законодательном массиве), так и в качественном (с точки зрения иерархии различных источников права) пальма первенства в правовой системе Великобритании принадлежит обычному (прецедентному) праву»², мягко говоря, не соответствует действительности. Во-первых, несмотря на то, что вывод о приоритете прецедента «в количественном отношении» трудно докажем, тем не менее, можно говорить о бурном развитии в последнее десятилетие статутного права. На это обстоятельство влияет фактор европейского права, вынуждающего имплементировать конвенционные нормы в национальное законодательство, приводя его в соответствие с европейскими стандартами, необходимость унификации законодательства с законодательством государств – членов Европейского сообщества и другие факторы, в том числе активная нормотворческая деятельность Правительства в порядке делегированного законодательства. Во-вторых, совсем неточно говорить о более высокой юридической силе судебных прецедентов. Оговорка, может быть, касается исключительно тех прецедентов, которые вводятся в правовую систему деятельностью высших судебных инстанций страны. Суды, несомненно, «творяют» право, но делают это «с оглядкой» на

¹ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 7.

² Марченко М. Н. Указ. соч. С. 8.

действующее законодательство, конкретизируя его чрезмерно общие установления, или же при наличии законодательного пробела, создавая новую правовую норму, «вписывающуюся» в систему действующего права. В этой связи делегированное законодательство не означает нивелирования закона и соответственно падения роли легислатуры, поскольку переуступка права законодательствовать – исключительная прерогатива самого парламента. Не следует забывать и об особом характере взаимоотношений между высшими органами государства в условиях парламентарного (ответственного правления) строя. Кроме того, английское прецедентное право находится в специфической «связке» с парламентом. Ведь длительное время, вплоть до 2005 г., палата лордов (с 2005 г. действующий в составе Тайного совета судебный комитет) выступала высшей судебной инстанцией страны. Понятно, что контроль за правотворческой деятельностью судов в этом случае крайне высок.

По этим соображениям выводы известного компаративиста Р. Давида о том, что закон (статут) по традиции не играет в английском праве ведущей роли, «ограничиваясь лишь внесением изменений или дополнений в прецедентное право»¹, несколько устарели и не отвечают реалиям как Соединенного Королевства, так и конституционной практике иных стран семьи общего права.

В то же время (и это другая сторона развития) некоторые различия в конституционно-правовом регулировании остаются, являясь отражением особенностей каждого государства, его истории, культуры, национального своеобразия, равно как и сохранения специфических форм правления, государственного режима, территориальной организации страны.

Эволюция форм конституционного права определяется конкуренцией различных общесоциальных ценностей. Выбор формы предопределен, прежде всего, нормативными ценностями. Это хорошо просматривается, если обратиться к мусульманской правовой семье, главной идеологеммой которой является безусловное признание примата ислама в системе регулятивных средств. Конституционные системы тех исламских государств, которые в силу разных причин были привержены идеалам конституционализма, испытывали явное противоречие. Так, в ст. 2 Конституции Ирака закреплено положение об исламе как «основном источнике законодательства». Но в ч. 1 и 2 ст. 13 императив о том, что Конституция является основным высшим за-

¹ Давид Р. Указ. соч. С. 306.

коном Ирака; положения другого правового акта, противоречащие Конституции, рассматриваются как недействительные». Согласно ст. 14, «иракцы равны перед законом без какой-либо дискриминации по признакам пола, этнической или национальной принадлежности, происхождению, цвету кожи, религии, верования, принадлежности к сектам...». Отмеченное обстоятельство порождает двойственность в истолковании норм Конституции и их применении властными институтами государства.

Глава 4. КОНСТИТУЦИИ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

§ 1. Понятие конституции и ее сущность

§ 1.1. Генезис конституции

История конституций, как и конституционализма, связана с античным периодом истории. Считается, что именно у древних греков зародилось понятие конституции. По другой версии понятие конституции в ее современном звучании возникает в эпоху буржуазно-демократических революций одновременно с крушением абсолютистских режимов. Высказано даже суждение о том, что первая конституция появилась примерно 3000 лет тому назад у народа Израиля. Очевидно, что феномен конституции, идентифицируемый с основным законом государства, присущ новым историческим временам и связан с революциями XVII–XVIII вв. в Европе и Северной Америке. Но ее предпосылки действительно можно обнаружить в «вечной» природе государственного властвования, а истоки – в давней идее государственного строя или порядка как устойчивой основы разных форм и средств организации и осуществления власти (Аристотель).

Термин «конституция» (от лат. *constitutio* – установление, утверждение) происходит из государственной практики Древнего Рима. По Еллинеку, термин «*constitutio*» более позднего происхождения, появился только в Древнем Риме, тогда как деление на «основные» и «обычные» – законы, гораздо более раннего происхождения. Надо иметь в виду, что конституция – продукт появления «писаного права».

Как известно, письменные акты в Риме появляются в эпоху борьбы плебеев с патрициями. Именно в письменных актах плебеи стремились закрепить свои права, которые они отвоёвывали у патрициев, называя эти акты конституциями.

В сложные периоды римской истории в период республики правом издавать акты, которые изменяли государственный порядок, наделялось специально назначаемое должностное лицо – «диктатор-конституциодатель» (лат. *dictator respublicae constitutndae*). Конституциями именовались некоторые акты императоров, посвященные разным вопросам, включая организацию властвования. Анализируя проблему, Еллинек отмечал, что в имперском Риме (в период превращения диктатуры в постоянную власть цезарей) конституция приобрела значение простого имперского указа, а затем и вовсе выходит из употребления. Но и после распада империи термин «конституция» находит применение, в частности, это акты императора ромеев (Византийской империи) Юстиниана, издаваемые в VI в. с целью кодификации римского права. Впоследствии этот термин утрачивает значение и связь с государственным властвованием. Примечательно, что в период Средневековья он используется в каноническом праве.

Ренессанс термина «конституция» наблюдался в XVII–XVIII вв. Для характеристики государственного строя его употребил Монтескье. Глава с названием «О конституции Англии» содержится в его фундаментальном труде «О духе законов». Речь у него идет о фактической конституции – реальном порядке организации и осуществления государственного властвования. Руссо также отождествляет общественный договор с основным законом.

В то же время надо иметь в виду, что не только в каноническом праве, как считал Елликен, но и в той сфере действия права, которую можно было бы отнести к публичному праву, уже в период Средних веков, получивших название «эпохи хартий» (XI–XIV вв.), встречаются конституционные акты, сходные по своему значению с конституциями. Это, в частности, хартии о феодальных вольностях: Великая хартия вольностей – Magna Carta Libertatum 1215 г. (Англия); Золотая булла 1222 г. (Венгрия), Испанская Привилегия Унии (1287), Великий мартовский ордонанс 1357 г. (Франция) и др. Елликен обособленно обратил внимание на появившиеся в этот период Верховные договоры – договоры между королем и королевством (*reg u regnum*) на вечную память (*perpetuam rei memoriam*). Необходимость в формализованных твердых основах государственного устройства вызвало к жизни появление этих договорных актов. Такие акты скреплялись королями и князьями под именем различных *грамот, рядных записей, булл, хартий, уний, ордонансов* и т. д. Договоры могли быть *двухсторонними* (между монархом и населением) и *дарованными* (односторонний договор), и там и там заключалась юридическая сделка между участниками публичного договора¹.

И хотя такие акты как бы возвышались над законами, однако они еще не выделяются в особый ряд в структуре права. Только в XVI веке возникает понятие *Основного закона* (*lex fundamentalis*), им связан сам король, который не может по личному усмотрению его изменить. У Т. Гоббса «основной закон – закон, отмена которого разрушила бы государство и вызвала бы полную анархию». Таким образом, мы встречаемся с понятием конституции в материальном смысле.

Развивающаяся конституционная практика североамериканских штатов XVII–XIX вв. обусловила появление множества конституционных актов, принимаемых в период с 11 ноября 1620 г. (шт. Нью-Плимут) по 1776 г. (шт. Нью-Гемпшир, Северная Каролина, Пенсильвания, Виргиния и др.). Все эти документы и есть прототипы принятых в последующем европейских конституций первого поколения. Некоторые отечественные государственоведы (Д. Л. Златопольский) склонны считать первой писаной конституцией Великобритании конституционный акт «Орудие управления» (1653–1660). Потребовалось длительное время, чтобы термин «конституция» получил свое истинное утверждение. Это, по Еллинеку, произошло только с торжеством третьего сословия (буржуазии), лейтмотив которого – идея человеческой личности, свободной от сословной корпоративности, имеющей в жизненной борьбе за материальные блага равные внешние формальные законные возможности.

Войдя в конце XVIII в. в политическую практику и юридическую лексику североамериканских штатов в значении нормативного акта особого свойства, термин «конституция» затем «мигрирует» на европейский континент (первоначально Франция и Польша), став со временем принадлежностью государственной и правовой практики во всем мире.

В современных условиях конституция признается основной формой (источником) конституционного права, законом, который определяет наиболее характерные черты, особенности, свойства и другие важнейшие характеристики государства и права, закрепляет государственно-правовой уклад страны. Конституция в этом смысле – это акт верховной власти (приведенная в систему совокупность норм), закрепляющий главные устои государственной и общественной жизни в интересах большинства граждан и являющийся стержнем (нормативным «каркасом») всей правовой системы данной страны. Она обладает безусловным верховенством и высшей юридической силой в на-

¹ См.: Елликен Г. Общее учение о государстве / вст. ст. И. Ю. Козлихина. СПб., 2004. С. 49.

циональной системе права. Сторонник взглядов основателя нормативистского направления в праве Г. Кельзена мог бы сказать, что конституция венчает «пирамиду» права, находясь на его вершине.

§ 1.2. Сущность конституции

Подобно плюрализму мнений в вопросе правопонимания современная конституционная доктрина отличается многообразием подходов к пониманию природы конституции. Это разнообразие усиливается особенностями страноведческих подходов к проблеме, обусловленных как культурологическими, так и социально-политическими факторами, принадлежностью к определенному типу правовой семьи, а равно мировоззренческими позициями исследователей. Конституции отдельных стран по своему нормативному содержанию и композиции могут изменяться, но при этом сущностное в них (конституциях) константно: это акт верховной власти (или свод фактически сложившихся принципов), устанавливающий такую модель государственного и общественного устройства, которая отвечает фундаментальным (базовым) требованиям конституционализма. Социальный контекст конституции предполагает в качестве ее основания общее (общесоциальное) согласие, единые и легитимные подходы в отношении базовых проблем развития общества и государства. Конституция в этой связи выступает генеральным актом, воплощающим в себе согласованные интересы по коренным вопросам государственного и общественного устройства, выступая в этом значении критерием конституционности правового регулирования (действия права) во всех сферах жизнедеятельности общества и государства. Гуманитарным основанием национальной конституции, придающим сакральность всем ее нормам, принципам и институтам и символизирующим сущностное современного конституционализма, является феномен прав человека, концептуально предопределяющий такую организацию публичной власти, которая обеспечивает баланс свободы и безопасности в обществе, функционирование государства в границах конституционного правопорядка, препятствуя таким образом его вырождению в деспотию.

Особые условия возникновения конституции, ее предназначение – оформлять основы государственно-правового строя, статус личности – предопределили и особую природу конституции.

Если в конституции как в едином юридическом акте нормативно (т. е. переведенном на язык права) представлено устройство общества и власти отдельно взятого государства, то можно только искренне удивиться тому, что все понимание о данном феномене можно выра-

зить одной дефиницией либо даже представить в отдельном подходе. Не случайно, что в политико-правовой и государствоведческой мысли по этому вопросу существует множество взглядов, представленных разными научными школами и направлениями¹.

На это разнообразие накладывается страноведческий взгляд на проблему, обусловленный как культурологическим фактором, так и социально-политической и экономической средой, типологическими особенностями мировых правовых систем.

Соответственно конституцию рассматривают как *особый юридический документ* (ФРГ, Австрия, Италия, Испания и др.), *совокупность основных законов* (Швеция, Израиль), имеющих конституционное значение совокупности статутов (а равно и норм, представленных в конституционных соглашениях, или обычаях, правовой доктрине), но при этом не квалифицируемых в качестве основных законов (Соединенное Королевство, Канада, Новая Зеландия). По оценкам американских ученых, британская Конституция представлена более чем 300 законами². В Ливии до свержения диктатуры М. Каддафи в 2011 г. частью

¹ Классификация и содержательная характеристика представленного в государствоведении и политико-правовой мысли разнообразия доктринальных подходов к пониманию природы конституции дана в работе Ж.И. Овсепян, которая выделяет шесть основных направлений в исследовании понятия и сущности конституции: 1) формально-юридическое (нормативистское) направление (Р. Иеринг, Г. Кельзен, Н. Коркунов, Л. Дюги и др.); 2) естественно-правовой (договорной) теории (Ж.-Ж. Руссо, А. Радищев, Т. Гоббс); 3) социологическая концепция (Ф. Лассаль); 4) классово-волевая (или марксистско-ленинская) теория; 5) институционалистское направление (М. Ориу); 6) социально-генетическое направление (см.: Овсепян Ж. И. Развитие научных представлений о понятии и сущности конституции // Правоведение. – 2001. – № 5. – С. 23–36).

В. Е. Чиркин также обращает внимание на то, что сущность конституции в понимании различных школ подобно пониманию права представлена в разных контекстах: теологический подход усматривает как выражение воли Бога, который водит рукой, составляющей текст. Историческая школа трактует основной смысл конституции как воплощение духа народа, его многовекового опыта, традиций, с позиции школы естественного права конституция – это запись неотчуждаемых прав; государственническая школа позиционирует сущность конституции с проявлением государственной воли; для Руссо – сущность в записи гипотетического общественного договора. Это, считает автор, характеризует юридическая сущность конституции. Социальная сущность современной конституции состоит в том, что она закрепляет условия сотрудничества и состязательности различных социально-политических сил общества, основы государственного руководства, осуществляемого определенными силами, одержавшими победу на всеобщих выборах, общие ценности человечества (см.: Чиркин В. Е. Конституционное право : курс для преподавателей, аспирантов и магистрантов. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 43).

² См.: Great Britain. Constitutions of the Countries of the Worl. N. Y., 1984.

Конституции Социалистической Народной Ливийской Арабской Джамахирии считалась «Зеленая книга» М. Каддафи, представляющая «третью философию», отличную от капитализма и социализма. В ряде исламских государств (в особенности государств Арабского Востока) *Корану и Сунне* придается конституционное значение¹, по юридической силе они превосходят национальные основные законы (практически во всех таких государствах национальная конституция должна соответствовать Корану и Сунне), на их основе формируется правоприменительная практика. В отдельных исламских государствах роль конституции выполняют королевские низами (например, Основной низам о власти Короля Саудовской Аравии от 1 марта 1992 г.)².

Во Франции общенациональная конституция идентифицируется с «конституционным блоком»; в этом случае Конституцию страны образуют собственно конституционный текст (Конституция 1958 г.), Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789 г., Преамбула к Конституции IV Республики, Хартия окружающей среды 2004 г., сформулированные Конституционным советом принципы.

В Российской Федерации к смысловым «оттенкам» действующей российской Конституции относят такие характеристики, как: «основной закон, обладающий особыми гарантиями стабильности»; «закон, который учреждает государство, систему его органов, порядок их формирования, их компетенцию, определяет характер взаимоотношений органов государственной власти с местным самоуправлением»; «закон, обеспечивающий политическое единство народа»; «способ формализации государственного строя России путем закрепления его фундаментальных основ, определяющий основные ценности государства и общества и порядок их государственной защиты»; «закон, устанавливающий пределы государственной власти посредством закрепления прав человека гражданина возложения коррелирующих с этими правами обязанностей на государство, а также пределы индивидуальной автономии личности, характер взаимоотношений личности государства и меру их взаимной лояльности и ответственности»; «способ закрепления выражения высших правовых норм, закон, обладающий верховенством на всей территории государства, высшей юридической силой и гарантирующий политическое единство народа и единство экономического и правового пространства государства»³. Отмечается, что Конституция может рассматриваться как юридическая форма фиксации познанных обществом объективных закономерностей социально-исторического развития, которые в силу их конституционного закрепления трансформируются в поведение граждан и становятся нормой деятельности государства, его органов и должностных лиц, общественных объединений и т. д., в результате чего она выступает юридической основой и способом обеспечения естественно-исторической эволюции общества и оформляющего его государства⁴.

¹ См.: Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование : монография / отв. ред. В. Е. Чиркин. М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. С. 16; Чиркин В. Е. Конституционное право : курс для преподавателей, аспирантов и магистрантов. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 39.

² См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 1. Средняя Азия.

³ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. М. : Эксмо, 2010.

⁴ См.: Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации /

Определения, приведенные в некоторых новейших зарубежных изданиях, как правило, делают акцент на регулировании таким документом «государства и его компонентов»¹, рассматривают конституцию как «совокупность правил, относящихся к государству» (Е. Гюиссани, Ф. Амон, М. Тропе), видят главное в том, что «конституция определяет законность власти» (Х. Барнетт). Правда, отдельные авторы (например, британский конституционалист Дж. Олдер) считают, что единого юридического определения конституции не существует и вряд ли его можно создать в качестве общего для всех государств мира² (такое утверждение самим же автором более всего отнесено к британской конституции).

Титульной характеристикой современных конституций является присущая им ценностная ориентация или, иными словами, конституция закрепляет базовые ценности. В этой связи достаточно распространено понимание конституции как акта, ограничивающего власть. «Основным и общим признаком конституционных форм является то, что можно назвать *самоограничением* государственной власти, в силу чего эта власть не является абсолютною, в чьих бы руках она ни находилась. В руках народа или монарха с народным представительством»³.

В англо-американском праве понятие конституции отображает особенности конституционных систем этих стран. Так, английский ученый С. Ф. Стронг определяет конституцию как собрание принципов, в соответствии с которыми регламентируется деятельность органов власти, права управляемых и отношения между ними⁴. Учитывая неписаный характер британской конституции, такой подход действительно обнаруживает ее (неписаной конституции) сущностные характеристики. Современный американский ученый Ч. Бирд определяет конституцию как «документ, устанавливающий пределы управления, предписывающий его полномочия и определяющий свободы лиц и граждан»⁵. Наличие в США кодифицированной конституции и ее от-

под ред. В. В. Лазарева. 4-е изд., доп. и перераб. М. : Юрайт, 2009. С. 16–21.

¹ См.: Hamon P. Troper V. Droit Constitutionnel. 30-ed. P., 2008. P. 4–5.

² См.: Чиркин В. Е. Конституционное право : курс для преподавателей, аспирантов и магистрантов. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 41.

³ Градовский А. Д. Государственное право важнейших европейских держав. СПб., 1985. С. 3.

⁴ См.: Сравнительное конституционное право : учебное пособие / отв. ред. В. Е. Чиркин. М., 2002. С. 19–20, 71.

⁵ Beard Ch. A. Avtricalh Government and Politics with the Cjllaboration pf Beard. N. Y., 1949. P. 9.

кровенно инструментальный характер достаточно точно отображает приведенное определение.

Во всем многообразии подходов выделяются те из них, в которых назначение конституции оценивается с двух противоположных позиций, которые в представлении сторонников таких концепции оказываются несовместимыми¹. Этот плюрализм взглядов охватывают юридический и социологический подходы. Первый сформулирован представителями возникшей в юриспруденции XIX в. юридической школы и имеет широкое распространение во всей современной государственведческой науке и практике; конституция с этих позиций оценивается как совокупность правоположений, устанавливающих высшие органы государства, порядок призвания их к отправлению их функций, их взаимные отношения и компетенцию, а также принципиальное положение индивида по отношению к государственной власти². Близким к этому является «собирательное» понятие конституции, представленное в работах других зарубежных авторов. «Под конституцией государства, – отмечается в одной из них, – понимают собранные в одном конституционном законе («конституционной хартии») основополагающие правовые предписания относительно организации и осуществления государственной власти, государственных задач и основных прав. Включенные в конституционный закон правовые предписания образуют конституционное право, которое отличается от прочих норм правопорядка усложненной изменяемостью, связывает публичную власть во всех формах ее проявления и обладает приоритетом по отношению к другим правовым предписаниям, особенно законам»³.

¹ См.: Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник для вузов. 17-е изд., испр. и доп. М. : Статут, 2013. С. 33.

В работе обращено внимание на различие терминов «конституция в русском языке, в котором употребляется, как правило, два значения («основной закон государства» и «строение, структура организма») и в английском, данный термин имеет множество значений: как основной закон государства; учредительный акт или действие; установленное право и обычаи; учредительные документы коммерческой или некоммерческой организации; основные принципы отдельно взятой социальной группы; акт назначения на должность; состояние, форма, структура и соединение частей целого, характеризующие объект; телосложение и др. (см.: The Cambridge International Dictionary of English; Meriam Webster's Collegiate Dictionary. Цит. по: Мишин А. А. Указ. раб. С. 21).

² См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве / вст. ст. И. Ю. Козлихина. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 123.

³ Badura P. Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986. S. 6 f. Цит. по:

Ценность юридического подхода очевидна: он позволяет в структуре действующего права обособить одну из таких его (права) уникальных форм, которая по своим юридическим свойствам действительно превосходит все иные, квалифицируясь по этому основанию как основной закон. В этом смысле конституция есть «способ закрепления и выражения высших правовых норм», есть «высшая», «абсолютная норма», которой не могут противоречить любые правовые акты, действующие в государстве» (по Кельзену – норма, приближающаяся к «трансцендентальной», т. е. ниоткуда не берущаяся, но возвышающаяся над всеми другими и являющаяся для них первоосновой); «конституция – это основной закон»; «закон, который обладает высшей юридической силой»; «закон, устанавливающий пределы государственной власти»; «основной закон, обладающий особыми гарантиями стабильности» и т. д.¹

Однако абсолютизировать только эту, пусть и действительно важнейшую характеристику конституции, очевидно, не следует. Наблюдается немало случаев, когда «основной закон» существует сам по себе, а конституционная практика развивается даже вопреки ему. От этих недостатков избавляет более широкий взгляд на природу конституции, развернуто сформулированный соотечественником Г. Еллинека Ф. Лассалем, который предложил различать *писаную конституцию* – как собранные «на одном листе бумаги, в одном акте основания учреждений и правительственной власти всей данной страны» и *реальную (действительную, фактическую) конституцию* – как фактически существующее в стране соотношение общественных сил. По мнению Ф. Лассалья, сущность конституции составляют «...фактические отношения, силы, существующие в данном обществе». Действительная конституция страны – это фактические соотношения сил, существующих в стране, писаная конституция тогда лишь прочна и имеет значение, когда является точным выражением реальных соотношений общественных сил»².

Страшун Б. А. Указ. Раб. С. 234.

¹ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. М., 1987. С. 143–144.

² Лассаль Ф. Сущность конституции. Что дальше? СПб., 1905. С. 33–34. «Действительную конституцию, – писал Лассаль, – имели все страны во все времена. Стало быть, Новейшему времени исключительно свойственны не действительные, а писанные конституции или листы бумаги: чрезвычайно важно не упускать этого из виду» (Лассаль Ф. Соч. : в 3 т. СПб., 1870. Т. 2. С. 17).

Соответственно с изменением социально-политической ситуации в стране меняется и сущность конституционного акта (при том, что по своей сущности конституция неизменна), а равно представленных в ней интересов разных слоев. Это обстоятельство

В государственоведении данный подход созвучен с классификацией конституций на юридические и фактические, реальные и фиктивные. Если не политизировать проблему и не сводить ее к пониманию всякого типа государственного устройства (что характерно для Ф. Лассалья и его последователей), то конструкция фактической конституции действительно позволяет соотнести формально-юридически зафиксированные установления и реально складывающийся правопорядок, отвечающий принципам конституционализма. Это различие принципиально важно для того, чтобы реально складывающийся конституционный правопорядок не отождествлять с проектом конституционного устройства, представляя должное как сущее. Конструкция формальной и фактической конституции тем самым исключает имитацию действительно конституционных порядков недемократическими режимами, позволяет утвердить представления о конституции как об «основном законе» или конституирующих общество и государство устоях.

В то же время в сущностном понимании «фактическая конституция не может рассматриваться в отрыве от юридической, противопоставляться ей. Сущность и явление, как известно, образуют единство. Соглашаясь с тем, что сущность конституции – «многоплановая категория», следует в то же время возразить относительно утверждения о том, что она (сущность) «имеет различные аспекты и состоит из ряда «модулей», что «она не остается неизменной, а напротив, претерпевает значительные изменения» (Б. С. Эбзеев). Очевидно, что конституции отдельных стран по своему характеру могут изменяться, но при этом сущностное в ней (конституции) константно: это акт верховной власти (или свод фактически сложившихся принципов), устанавливающий такую модель государственного и общественного устройства, которая отвечает фундаментальным (базовым) требованиям конституционализма.

Продолжающийся в контексте дискуссии о правопонимании спор о том, что должна отображать современная конституция – сущее или должное, действительное или желаемое находит продолжение и в новейших подходах к оценке природы конституции и ее связи с конституционными порядками. Закрепление в современных конституциях широкого набора прав и свобод, отвечающего международным и европейским (иным региональным) стандартам, соотносится в то же

во, в частности, подтверждается содержательным анализом Конституционной Декларации Египта, провозглашенной Советом Вооруженных Сил 30 марта 2011 г., в котором достаточно очевидно представлено превалирование интересов одной, самой большой социальной группы в отношении другой, менее многочисленной.

время с феноменом дерогации, предусматриваемым, в частности, Конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 г. В этой связи корреляция приоритетов (ценностей) постулируется как сложившаяся конституционная закономерность. С этих позиций отмечается, что любое право, в том числе конституция, действует в конкретных исторических обстоятельствах. И эти обстоятельства никогда и нигде не позволяют реализовать все конституционные права и свободы одновременно, идеально, без всяких условий и ограничений. При этом речь идет не только о чрезвычайных ситуациях, в которых права и свободы могут быть ограничены законом, речь идет и о том, что мы живем в условиях, при которых всегда ограниченные совокупные ресурсы общества и государства в движении к максимально полной реализации прав и свобод требуют выстраивать продуманную и обоснованную иерархию приоритетов, основанную на согласовании социальных интересов¹.

В новейшей литературе все явственнее проступает синтетический (интегративный) взгляд на понимание конституции, характеризующий связь основного закона страны с цивилизационными ценностями и сложившимися в обществе подходами к конституционному устройству. Как считает В. Е. Чиркин, современная юридическая конституция – это принятый государственной властью основной закон (совокупность основных законов, других актов конституционного значения), исходящий из высших ценностей данной цивилизации, имеющий элементы фактического соглашения в обществе, подлежащий особой правовой охране, закрепляющий основы правового статуса личности, экономической, социальной, политической систем и духовной жизни общества, основы взаимоотношений человека, коллектива, государства и общества, устанавливающий основы порядка создания и распределения социальных ценностей (благ) в обществе². Современный британский конституционалист Дж. Олдер выделяет *правовые* и *политические* конституции. Последние в понимании исследователя есть «результат борьбы между соревнующимися интересами» различных группировок в связи с вопросами власти и индивидов и власти, территориальных интересов и т. д. Кроме общераспространенных видов (гибкие и жесткие, писанные и неписанные и др.) автор в зависимости от того, имеет место разделение властей, или оно отсут-

¹ См.: Зорькин В. Д. Конституционный Суд России в историческом контексте. Размышления к юбилею Конституционного Суда. М., 2013. С. 46.

² Чиркин В. Е. Конституционное право : курс для преподавателей, аспирантов и магистрантов. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 43.

ствуется, обращает внимание на «многослойные (*multilayered*) и унитарные конституции»¹.

Особой значимостью отличается социогуманитарный контекст конституции. С этой точки зрения для современного понимания конституции принципиальное значение имеют два чрезвычайно важных обстоятельства методологического порядка.

Во-первых, философско-юридический подход к оценке конституции, сформировавшийся в контексте естественно-правовых учений, с позиции которого конституция оценивается как своеобразный договор общественного согласия между гражданами и публичной властью по поводу формы правления, системы публичной власти, порядка ее формирования, объема прав и свобод их гарантий, модели территориальной организации страны и других коренных вопросов устройства. Конституция в этой связи призвана выступать генеральным актом, воплощающим в себе согласованные общие интересы по коренным вопросам государственного и общественного устройства, выступая в этом значении критерием конституционности правового регулирования (действия права) во всех сферах жизнедеятельности общества и государства – социальной, экономической, политической и духовно-культурной областях. С позиции такого понимания конституция есть ни что иное как договор общественного согласия.

Во-вторых, гуманитарным основанием национальной конституции, придающим сакральность всем ее нормам, принципам и институтам и символизирующим сущностное современное конституционализма, каковым является феномен прав человека. Симптоматично поэтому, что континентальная конституционная традиция увязывает конституционализм с обеспечением свободы и безопасности граждан. По утверждению одного из соавторов Декларации прав человека и гражданина 1789 г. аббата Э. Ж. Сийеса, «всякий общественный союз и, следовательно, всякое политическое установление может иметь лишь провозглашение, распространение и обеспечение *прав человека и гражданина*». Именно на этом основании «их изложение должно предшествовать плану конституции, будучи предварительно необходимым и представляя всем политическим установлениям предмет или цель, коей все без различия должны стремиться достигнуть»². Таким образом, права человека концептуально определяют организа-

¹ См.: Alder J. Constitutional and Administrative Law. 6th ed. N. Y., 2007. P. 7.

² Сийес Э. Ж. Современная наука. Познание и доказательственное изложение прав Человека и Гражданина // ФЭМИС : ежегодник истории права и правоведения. 2005. Вып. 6. М., 2006. С. 207.

цию всей публичной власти. Конституция, как считал Сийес, «обнимает разом внутреннее образование и устройство различных публичных властей. Их необходимое соответствие и их взаимную независимость. Наконец, политические предосторожности, коими мудро стоит их окружить с тем, чтоб [пребывая] всегда полезными, они никогда не могли б сделаться опасными»¹.

«Именно Декларация прав человека в обществе, без сомнения, есть изложение некоторых принципов всеобщих, приложимых ко всем политическим ассоциациям и ко всем формам правления», – утверждал О. Г. Мирабо². Отсюда и приобретенное в современных условиях характер конституционной аксиомы положение Декларации прав человека и гражданина 1789 г. о том, что «общество, где не обеспечена гарантия прав и нет разделения властей, не имеет конституции»³.

Конституция как нормативный акт, обладающий высшей юридической силой, значима не сама по себе, а как эффективный способ ограничения государственной власти правами человека, и должна устанавливать такую организацию власти, которая предоставляет надлежащие гарантии индивидуальной свободы, препятствует вырождению государства в деспотию⁴. Конституция отражает определенное соотношение политических сил на момент ее разработки и принятия. Соотношение политических сил обуславливает и выражение в конституции классовых, групповых и иных интересов. Конституция в демократическом прав государстве есть результат известного политического согласия, достигнутого в гражданском обществе, своеобразный «общественный договор». Она является общественным компромиссом и правовым консенсусом, в котором в основном согласованы экономические, политические и иные интересы, представлен-

¹ Сийес Э. Ж. Указ. соч. С. 213.

Но дальнейшее развитие доктрины конституционализма, констатирует цитируемый автор, совпало с господством позитивизма в общественных науках и юриспруденции в том числе. Соответственно конституционная доктрина развивалась далее в позитивистской «среде», что напрямую сказалось и в вопросе понимания конституции, ее структуре.

² Mirabeau O. J. Discjurs 1773. P. 92 (Речь 17 августа 1789 года). Цит. по: Омельченко О. А. Становление и эволюция теории конституционализма в западной политико-правовой мысли (основные исторические этапы) // ФЭМИС : Ежегодник истории права и правоведения. 2005. Вып. 6. М., 2006. С. 23.

³ Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2013. С. 181

⁴ См.: Варламова Н. В. Конституционализм: вариативность понятия // Сравнительное конституционное обозрение. – 2011. – № 5. – С. 48–57.

ные различными политическими силами¹. Интересы той или иной политической силы отражены в конституции в той мере, в какой их удалось отстоять и согласовать с другими политическими силами... в наибольшей мере учитываются интересы тех политических сил, чье влияние оказывается преобладающим².

Соединение отмеченных подходов позволяет оценивать природу конституции в контексте современного правопонимания, вкладывая в это понятие социогуманитарный смысл.

И социальный, и гуманитарный контекст конституции предполагают в качестве ее основания общее (общесоциальное) согласие, общий подход в отношении базовых проблем развития общества и государства.

В таком понимании конституция может быть представлена как акт верховной (учредительной) власти (либо как совокупность сформировавшихся в конституционной практике принципов), основанный на идее общего, или гражданского согласия³. Конституция в этом значении есть основной закон государства (или совокупность сформировавшихся в политической практике принципов), выражающий согласованную волю и интересы народа и в этих целях закрепляющий основополагающие устои общественного строя и государственной организации.

Всякая конституция, являясь порождением общества, его государственно-правовой системы (государственности), выступает в то же время по отношению к ним как *Основной закон*, который по своей юридической форме может быть выражен либо как фундаментальный акт, юридический документ верховной государственной власти (т. е. как юридическая конституция), либо как совокупность признанных верховной властью принципов устройства общества и государства (т. е. как материальная конституция).

Несомненно, ключевой характеристикой современных конституций, позиционируемых в качестве Основного закона, является их способность не только оформлять (учреждать) организацию верхов-

¹ См.: Витрук Н. В. Право, демократия и личность в конституционном измерении (история, доктрина и практика). Избранные труды (1991–2012 гг.). М. Норма, 2012. С. 179.

² См.: Кравец И. А. Формирование российского конституционализма. Проблемы теории и практики. М., 2001. С. 66.

³ «В современном понимании конституция является законом, который принимает народ, для того чтобы определить условия передачи и осуществления власти и отношения между управляющими и управляемыми» (Жакс Ж.–П. Конституционное право и политические институты : учебное пособие. М. : Юрист, 2002. С. 103–104).

ной государственной власти, способы, формы, механизмы ее осуществления, но и способность регламентировать то, что американские конституционалисты применительно к Конституции США называют «надлежащей правовой процедурой». В этой связи соответствие национальной конституции общемировым правовым стандартам является ее базовой характеристикой.

Как явление определенного типа государственности *конституция социально обусловлена*, т. е. детерминирована историческими, культурологическими, экономическими, политическими, психологическими, демографическими и иными факторами или социальными доминантами.

Современная организации государственной власти, пределы и способы ее осуществления предопределены феноменом прав и свобод человека и гражданина. Отсюда проистекает *гуманитарный контекст конституции*.

Социально-гуманитарная заданность конституций предопределяет их основание: таковыми могут выступать общее, или общесоциальное согласие, общие ценности, господствующие традиции (общекультурная ментальность).

Таким образом, современная конституция есть обусловленный особенностями государственно-правового развития страны (типом, формой государства и права), основывающийся на общем согласии, признаваемых общих ценностях и господствующих традициях. Основной закон или Свод фактически сложившихся в конституционной практике (государственной и общественной жизни) принципов, определяющих организацию государственной власти, способы ее осуществления, связанность этой власти правами и свободами человека и гражданина.

§ 1.3. Функции конституции, ее социальное назначение и юридические свойства

Функции раскрывают сущность, социальное назначение и служебную роль конституции, отражают специфику конституционных норм и институтов. Соответственно можно выделить учредительную, политическую, мировоззренческую, интеграционную и регулятивную.

Учредительная функция выражается в признании и юридическом оформлении важнейших институтов общества, их узаконивании и придании им государственно-правовой формы¹. Учредительная роль

¹ Ж.–П. Жаке исходит из того, что, помимо функции организации государственной

конституции проявляется в том, что она, во-первых, закрепляет сложившуюся систему общественных отношений на момент ее принятия и, во-вторых, юридически узаконивает прогрессивные тенденции политико-правового развития, создавая условия для появления новых отношений, которые в тенденции, в «зародыше» проявляются, но не могут получить общественного признания без их высшей законодательной поддержки.

Политическая, или социально-политическая функция указывает на то, что конституция есть политический документ (своего рода договор общественного согласия), оказывающий регулирующее воздействие на политический процесс и политические отношения. Политическая функция отражает роль конституции в закреплении и развитии основ государственной политики (идей, принципов, целей), взаимодействия политических институтов общества в функционировании всей политической системы. В этом смысле конституция выполняет роль генеральной политической директивы. Техничко-юридическим выражением политического потенциала конституции служит ее преамбула, основные положения и принципы. Согласно ст. 176 Конституции Турции, «Преамбула декларирует основополагающие идеи и принципы, положенные в основу Конституции, и составляет неотъемлемую часть Конституции».

Мировоззренческая (идейно-мотивационная, идеологическая) функция заключается в том, что конституция является философией государственной власти, отражая особое мировоззрение: провозглашает и защищает важнейшие ценности – права и свободы человека и гражданина, политический плюрализм, многообразие и равноправие форм собственности, ограничение власти правом и иные общепризнанные демократические ценности, совокупно представляет определенную идеологию – систему идей, воззрений на государственное и общественное устройство. Тем самым конституция зримо отражает определенное мировоззрение, делает вполне определенный идеологический нравственный выбор. Конституция выражает моральные установки, господствующие в обществе. С ее помощью происходит пе-

власти, конституция выполняет и другие функция. Она есть: а) источник легитимности власти; б) выражение политической философии; в) статут для управляющих. Причем последняя «это наиболее очевидная функция конституции, что вытекает из ее прочтения. Конституция учреждает органы публичной власти, устанавливает их компетенцию и правила, регулирующие их отношения... в соответствии с этими правилами оценивается законность действий публичных властей» (Жаке Ж.-П. Конституционное право и политические институты : учеб. пособие. М. : Юристь, 2002. С. 106).

ревод на язык права распространенных в нем культурных ценностей: национальных, религиозных, этических. Она отвечает за юридическое освящение основных ценностей, придание им статуса непреложных начал, требующих к себе особого отношения. Конституция – это своеобразная «юридическая Библия», утверждающая веру в действительный (земной) порядок. Мировоззренческий политический учения в качестве господствующего, своего рода официальной идеологии. Для государств с авторитарными режимами или квазидемократическими режимами подобный характер конституции в буквальном смысле «задан».

Регулятивная функция отвечает юридической природе конституции и характеризует ее инструментальную, или собственно служебную роль в национальной правовой системе. Как правовой акт особого свойства конституция в этой связи выполняет следующие юридические функции: а) *правонаделительную*, связанную с закреплением в основном законе конституционной правосубъектности, общего статуса личности, блока компетенционных норм; б) *охранительную*, характеризующую направленность конституционных норм на защиту основ конституционного строя, прав и свобод человека и гражданина; в) *целеполагающую, или ценностно-ориентационную*, которая заключается в закреплении основным законом стратегических целей и задач развития общества и государства. Конституция в этом смысле дает нормативный прогноз, отражает в своих нормах опережающее развитие общественных отношений. Правильно связывать в этом смысле конституцию с функцией стратегического целеполагания: она закрепляет цели развития государства и общества, является ориентиром для развития правовой системы.

Наконец, *интеграционная функция*. Современные конституции призваны противодействовать крайним формам политического радикализма, разъединяющего общество на противоборствующие силы, обеспечивать единство и неделимость государства, препятствовать его территориальному распаду.

Юридическую природу конституции отображает комплекс присущих только ей *юридических свойств*, благодаря которым она занимает подобающее ей место в структуре национального права. Это совокупность юридических характеристик, отображающих особенности принятия основного закона, его строение, механизм реализации и правовой охраны, а также определяющих место в правовой системе страны и позволяющих устанавливать и поддерживать режим конституционной законности в стране. К юридическим свойствам относятся:

верховенство конституции; ее прямое действие; признание конституции базой текущего законодательства; особая правовая охрана конституции; особый порядок ее изменения и пересмотра; первичный характер правового регулирования и наивысший объем нормативности конституционных положений; стабильность конституции.

Особым юридическим свойством конституции является ее «*надпозитивность*» («*наднормативность*»), указывающее на то, что содержание сформулированных в ней принципов шире текста нормы основного закона. Это позволяет развивать конституционные положения, прежде всего, в порядке их официального толкования.

§ 2. Конституция как верховное (высшее) право в национальной правовой системе и правовой механизм утверждения правовой государственности

В современных условиях конституция признается основной, или высшей формой (источником) права, законом, который определяет наиболее характерные черты, особенности, свойства и другие важнейшие характеристики государства и права, закрепляет государственно-правовой уклад страны. Конституция в этом смысле – это акт верховной власти (приведенная в систему совокупность норм), закрепляющий главные устои государственной и общественной жизни в интересах большинства граждан и являющийся стержнем (нормативным «каркасом») всей правовой системы данной страны. Она обладает безусловным верховенством и высшей юридической силой в национальной системе права.

Конституции традиционно отводили наиболее значимое место в структуре национального права. Идея Г. Кельзена о пирамидальном строении права, вершину которой занимает национальная конституция, прочно и глубоко укоренилась в общей теории права и в теории конституционного права. Это в принципе методологически верная идея. На ней базируется и доктрина, и практика конституционализма, действует механизм конституционности.

Вместе с тем, такой подход еще не позволяет выявить действительного положения конституции и развивающего ее конституционного законодательства (права) в структуре права. В последние годы все чаще и настойчивее стали говорить об особенном, не свойственном для традиционной отрасли права, положении конституционного права в правовой системе страны. По данной версии конституцион-

ное право более нельзя относить к числу отраслей права, поскольку оно занимает надотраслевое положение¹.

Такое положение конституционного права обусловлено, прежде всего, его предметом – гражданскими правами и свободами и связанным с этим наличием в его состава конституции – закона, наделенного особыми свойствами. Отмечается, что конституция, хотя и называется Основным законом, по своей сути является правовым актом совсем иного рода, чем вся семья законов. Конституция возвышается над всеми остальными законами, конституция и закон относятся к различным слоям права². С учетом этого предлагается выделить два слоя права: первый слой – это конституция, или *высшее право*, право *par exctllitite*; второй слой – это остальной правовой массив («законность которого является релятивной, она только презюмируется»), который можно отнести к (мерила) законности всех остальных актов означает, что конституция является как бы идеальным, совершенным правом³.

Если отказаться от крайних оценок в данном вопросе⁴, то сам подход не представляется фантазией исследователя. Действительно, современная структура права в значительной мере связана конституционным законодательством, конституцией прежде всего, которая пред-

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Конституционное право России: Общая и Особенная части : учебник для магистрантов. 2-е изд., пересм., перераб. и доп. М. : ИРЭ, 2017. С. 167.

² Синкявичюс В. Могут ли быть пробелы в конституции? // Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения : материалы международной научной конференции / под ред. С. А. Авакьяна. М., 2008. С. 244–247.

³ Там же. С. 245.

⁴ Представляется ошибочным утверждение данного автора о том, что между конституцией и законом «такая же разница, как между законом и подзаконным актом». Придерживаясь данной точки зрения, делает вывод автор, «приходится отказаться от некоторых обычных и как бы неопровержимых постулатов, а именно понятия, что закон является первичным правовым актом; что закон является правовым актом высшей юридической силы; что закон является неоспоримым актом воли народа» (Синкявичюс В. Могут ли быть пробелы в конституции? С. 244). Но тогда придется отказаться и от такого «неопровержимого постулата», как верховенство закона. А это вынудит отказаться и от других «неопровержимых постулатов» демократии, что вряд ли возможно.

Придание исключительно конституции трансцендентального характера чревато серьезными последствиями. С этим обстоятельством связано и наделение гипертрофированными свойствами конституционного суда как органа, обладающего исключительной прерогативой распознавать «действительные смыслы» реально существующего конституционного текста, придания конституции «живучести», действительности и прочих качеств идеально действующего права.

ставляет ее (структурной организации права) наиболее содержательную и в то же время и наиболее совершенную часть; свойство конституции быть основой для развития всего законодательства достаточно колоритно подтверждает эту особенность основного закона. Данной особенностью конституции отвечает и феномен конституционности – правовой императив, обращенный ко всем законодательным актам, входящим в национальную структуру права¹.

Отмеченный относительно оценки юридической сути конституции подход подтверждается правовой позицией национального конституционного законодателя. В частности, Основной закон Польши от 2 апреля 1997 г. устанавливает, что «Конституция есть верховное право Республики Польша» (ст. 8.1)²; по Конституции Королевства Камбоджа от 21 сентября 1993 г. «Конституция является Верховным законом Королевства Камбоджа» (ст. 10)³; статья Q (1) Конституции Венгрии от 25 апреля 2011 г. предусматривает, что «Конституция – основа венгерской правовой системы».

Таким образом, конституция и основанное на ней конституционное законодательство, в целом конституционное право занимают особый, высший ряд в структуре права, подчиняют (структурируют) все его нормативные комплексы целям права и целям самой конституции. Однако такой вывод относительно «месторасположения» и роли («правовой миссии») национальной конституции, чтобы не приобрести характер своего рода рекомендательной нормы или опровержимой презумпции, должен в реальной правовой действительности получить подтверждение в наличии эффективного механизма утверждения конституции в качестве верховного права. Очевидно, что только в этом случае правомерно вести речь о возможности утверждения режима конституционной законности и соответствующего ему режима конституционности.

Господство права и верховенство Конституции. Почти аксиоматично звучит утверждение о том, что «Конституция является выражением принципов верховенства (господства) права и правового государства»⁴. Верховенство конституции указывает на господствующую

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып 2. Введение в конституционное право. Ч. II. М. : 2009. С. 34.

² См.: Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие для бакалавров / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2012. С. 339.

³ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 180.

⁴ Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика : монография. М. : Норма, 2017. С. 12.

щее (верховенствующее) положение ее норм во всей национальной системе права, характеризует ее высшую юридическую силу, прямое действие и применимость без каких-либо изъятий на всей территории государства. Верховенство конституции означает также, что принимаемые парламентом законы и иные правовые акты не должны ей противоречить. В случае такого противоречия эти акты считаются неконституционными, т. е. недействительными. Верховенство конституции обеспечивается единством государственной власти и государственной целостностью страны.

Конституция национального государства является актом высшей юридической силы в системе нормативных правовых актов. Принимаемая учредительным органом, носителем народного суверенитета, конституция находится на вершине пирамиды источников права. В правовой системе национального государства иерархия источников права предопределена иерархией органов и институтов, которые их принимали. Такая неотъемлемая характеристика конституции, как верховенство, имеет в своей основе учредительный и всеобщий характер конституции. Содержание конституции не предопределяется требованиями ее соответствия каким-либо нормативным правовым актам или иным источникам права национального государства. Конституция – важнейший регулятор основных общественных отношений¹. Конституционные нормы имеют первичный, учредительный характер и создаются на основе консенсуса, достигаемого учредительной властью в процессе разработки конституции. Верховенство конституции в современном национальном государстве признается ключевым компонентом понятия конституционного государства, основанного на принципе верховенства права.

Будучи высшим выражением народного суверенитета, верховенство конституции является всеобщим, охватывающим всех физических и юридических лиц на территории национального государства. Верховенство конституции также предполагает, что основные конституционные ценности, принципы и нормы определяют направление развития правового регулирования и растворяются в законах и подзаконных актах. В соответствии с доктриной «самосоздания» правовой системы (Н. Луман) конституция устанавливает в ней иерархию и устраняет противоречия, затрудняющие действие правовых актов. Верховенство конституции не только имеет формальный аспект, который

¹ См.: Танчев Е. Верховенство конституции в контексте конституционного плюрализма // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4. – С. 104–113.

состоит в установлении иерархии в системе источников права, но также предопределяет содержание законов и иных нормативных правовых актов меньшей юридической силы. Соответствие законодательства конституции – прямое следствие конституционного верховенства.

Как и верховенство права, верховенство конституции исключает произвол власти, прерогативу или даже широкие дискреционные полномочия правительства, а равно исключает какую бы то ни было возможность освобождения должностных лиц или кого бы то ни было от обязанности подчиняться праву, конституции, которому подчиняются другие граждане, и от ответственности перед обычными судами¹.

Таким образом, «Конституция образует фундамент всей правовой системы. Она призвана создавать такой порядок, при котором не расходились бы закон и право. В этом смысле понятия верховенство Конституции и верховенство права (включая приоритет прав человека и верховенство правового закона) можно рассматривать как тождественные»².

Чтобы утвердиться в социальном пространстве в качестве верховного права конституция сама должна «пребывать» в благоприятном окружении. Режим конституционной законности как раз и призван создать эти «комфортные» правовые условия.

§ 3. Ценность конституции

В общесоциологическом смысле понятие ценности характеризует те явления объективной действительности, которые способны удовлетворять определенные потребности социального субъекта, необходимые, полезные для его существования и развития. Понятие ценности права, следовательно, призвано раскрывать его положительную роль для общества, отдельной личности. Отсюда *ценность конституции – это ее способность служить целью и средством для удовлетворения социально справедливых, прогрессивных потребностей и интересов граждан, общества в целом*³. В самом общем виде можно сказать, что конституция как верховное право признает (утверждает) и защищает (обеспечивает) абсолютные ценности – свободу, справедливость, общую пользу (общий интерес), правовую стабильность

¹ См.: Дайси А. В. Основы государственного права Англии: введение в изучение английской конституции. М., 1907. С. 212–213, 230; English Puble Law / Ed. by D. Feldman. Oxford, 2004. P. 34.

² Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика : монография. М. : Норма, 2017. С. 54.

³ См.: Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник. М. : ИНФРА-М, 2009. С. 234.

(правовой порядок). Правильно сказано, что ценность конституции состоит в ее содержании, в том, что она закрепляет и гарантирует общеправовые ценности, ценности, имеющие фундаментальное значение для общества, государства, народов России, для каждой личности, т. е. конституционные ценности¹. Конституционные ценности – это разнообразные объекты реальной действительности, признанные в качестве основных ценностей и нашедшие свое закрепление и гарантирование в использовании, реализации, охране и защите конституции как основном (высшем) законе гражданского общества и государства. При этом в иерархии ценностей конституционные занимают, безусловно, высший ряд, подчиняя «собственным» все иные ценности. В теории и практике конституционализма именно это обстоятельство положено в основу всего конституционного здания. К примеру, Преамбула Конституции Федеративной Республики Бразилия указывает на то, что целью Конституции является создание «демократического государства», «предназначенного обеспечить реализацию индивидуальных и социальных прав, свободы безопасности, благосостояния, развития, равенства и справедливости как верховных ценностей общества...»². Именно конституционные ценности являются основанием действия механизма конституционности. Новейшие конституции отражают эту особенность. Так, согласно Конституции Венгрии от 25 апреля 2011 г. Президент Республики может принять решение отказаться от любого из действий, сформулированных в разделе «f» параграфа 4, если это будет противоречить ценностям, закрепленным в Конституции (ст. 9). С обеспечением конституционных ценностей, безусловно, связан и феномен конституционной ответственности публичных властей и публичных должностных лиц.

С указанных позиций, как и право, современные конституции характеризуются следующим.

Во-первых, *общесоциальной ценностью*, поскольку она обобщено в нормативной форме выражает достигнутое в обществе согласие по коренным вопросам устройства общества и государства. Конституция призвана не только служить силой, устанавливающей и поддерживающей правопорядок, но и силой, утверждающей начала справедливости во взаимоотношениях между различными группами и слоями

¹ См.: Витрук Н. В. Право, демократия и личность в конституционном измерении (история, доктрина и практика). Избранные труды (1991–2012 гг.). М. : Норма, 2012. С. 168–169.

² Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие для бакалавров / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2012. С. 425.

населения. Конституция через свои обязывающие предписания, адресованные властным структурам государства, солидаризует общество, интегрирует его в единый социальный организм. Обладая качеством общегосударственного регулятора, конституция является эффективным инструментом достижения социального мира и согласия, снятия напряженности в обществе. Ценность конституции в том, что она цивилизует государственную власть: при помощи всего нормативного комплекса ее норм и институтов могут быть сняты («обузданы») отрицательные стороны власти, упрочены народовластие, экономическая свобода, свобода личности, и отсюда могут эффективно действовать экономические и духовные факторы, а общество получает возможность нормально развиваться.

Во-вторых, *гуманистической (личностной) ценностью*, проявляющейся не только в том, что конституция легализует доступ личности к благам, но также и в том, что она выступает действенным средством ее социальной защищенности, обозначает не свободу вообще, а определяет границы, меру этой свободы. Как воплощение формальной свободы форма свободы в реальных действиях и поступках людей, в их взаимоотношениях друг с другом право противостоит несвободе, произволу, бесконтрольности отдельных индивидов и групп людей.

В-третьих, *способностью выступать мощным фактором прогресса, источником обновления общества в соответствии с историческим ходом общественного развития*. При активном использовании потенциала конституции формируются институты гражданского общества: рыночная экономика; политический плюрализм; демократическая избирательная система; свободная четвертая власть (СМИ); правовое государство. Особенность конституционных ценностей в том, что они одновременно являются идеалом и целью общественно-го и государственно-правового развития¹.

§ 4. Содержание, форма и структура конституции.

Эволюция формы и содержания

Содержание конституции определяется предметом регулирования. Исходя из природы (сущности) конституционного права можно выделить два класса объектов конституционного регулирования: 1) публичную (в особенности верховную) власть; 2) права и свободы человека и гражданина. В свою очередь каждый из отмеченных объек-

¹ См.: Витрук Н. В. Указ. раб. С. 172 ; Его же. Содержание конституционно-правовой политики в современной России // Российское правосудие. – 2008. – № 12. – С. 4–10.

тов вовлекает в сферу действия конституционного права множество других, производных от них объектов конституционного опосредствования. При этом пределы и содержание конституционного регулирования подвижны, исторически изменчивы, зависимы от пространственного и временного факторов, особенностей конституционного развития страны. Именно эти обстоятельства обусловили начиная со второй половины XX в. закрепление в национальных конституциях широкого комплекса социальных прав, принципов организации и деятельности государства и механизмов его самоограничения, обеспечения конституционности и прав человека (институты конституционного контроля, омбудсмена), регулирование финансовой системы и принципов внешне-политической деятельности государства, статуса политических партий и др. Сферы и объем конституционного регулирования непосредственно связаны с фактором *конституционализации*.

Являясь частью действующего права, конституция выражается вовне, т. е. имеет определенную юридическую форму, которая в силу тех или иных обстоятельств имеет различные проявления. *Форма конституции* – это способ организации (композиции) составляющего ее нормативного материала. Она складывается исторически, в силу чего имеет разнообразные проявления. Соответственно и конституции по форме их выражения могут быть: писаными и неписаными, кодифицированными и некодифицированными, лаконичными и объемными по содержанию. *Неписаными* являются конституции, состоящие из необозримого числа источников, среди которых имеются как писанные (акты парламента, судебные прецеденты), так и устные (конституционные обычаи или соглашения). Неписанные – это одновременно и некодифицированные конституции.

Большинство современных конституций являются *писаными*, систематическими, или кодифицированными, т. е. едиными нормативными правовыми актами высшей юридической силы. Считается, что такие конституции – удобный инструмент обеспечения единства правовой системы страны и государственного механизма, укрепления международного статуса государства и повышения легитимности политической элиты. При условии, что это достигнуто иными средствами, необходимость в писаной конституции отпадает.

Несистематизированная (неформатная), или неконсолидированная конституция с качествами основного закона представляет собой совокупность нормативных правовых актов, за каждым из которых признается высшая юридическая сила. Каждый акт обычно определяется как конституционный или основной закон. Соответственно под

основным законом страны обычно понимают некоторый набор законодательных актов, среди которых выделяется главный. В качестве иллюстрации обычно обращаются к конституционной практике Соединенного Королевства, где под конституцией понимается совокупность различных документов, регулирующих вопросы конституционного характера: Великая хартия вольностей 1215 г., Билль о правах 1689 г. и др., а также судебные прецеденты, неписаные обычаи, конституционные соглашения, доктрины. Конституцией Канады признается свод актов, британских законов, судебных решений – всего более 20 (хотя массовое правосознание основным законом считает принятый в 1982 г. британским парламентом Акт о Канаде, содержащий Конституционный акт, который квалифицируется как «новая конституция»). Основным закон Новой Зеландии включает множество новозеландских и британских законов, точно не определенных судебных решений и обычаев (Конституционный акт 1986 г., Договор Вайтанги 1840 г., Акт о судопроизводстве 1908 г., Избирательный акт 1993 г., Билль о правах 1990 г. и др.). Конституция Швеции – это четыре основных закона: Форма правления 1974 г., Акт о престолонаследии 1810 г., Акт о свободе печати 1949 г., Основной закон о свободе высказываний 1991 г., Собственно Конституцией считается «Форма правления». Конституцией Сан-Марино считается принятый 8 октября 1600 г. Законодательный статут Республики Сан-Марино (*Leges Statutae Republicae Sancti Marini*) и принятая 8 июля 1974 г. Декларация прав граждан и основных принципов государственного устройства Сан-Марино. Конституцию Государства Израиль представляет свод Основных законов: о Кнессете, о Правительстве, о столице Иерусалим, о Президенте и др. (всего 11).

Структура конституции – это ее строение, определенная последовательность в расположении норм и институтов конституции. Логическая связь конституционных *институтов и норм* обусловлена теоретической концепцией, положенной в основу конституции, и правилами законодательной техники.

Обычно конституции включают *преамбулу* – вводную часть конституции, нередко имеющую нормативное значение. Собственно преамбула указывает на то, что современные конституции выполняют мировоззренческую и политическую функции. Согласно Конституции Турции (ст. 176), «Преамбула декларирует основополагающие идеи и принципы, положенные в основу Конституции, и составляет неотъемлемую часть Конституции». Можно согласиться с тем, что это и есть конституционно закрепленная концептуальная модель преамбулы.

Композиция материала в *основной части конституции* в принципе стандартизирована. В основе обобщения конституционных норм в единые комплексы (главы, разделы) лежит сходство предмета конституционного регулирования. Соответственно основная часть конституции включает нормы: о правах и свободах; устройстве государства и общества; системе, статусе, порядке формирования, компетенции органов государственной власти и иных институтах публичной власти. Последовательность расположения материала имеет свою логику: вначале размещаются главы (разделы) о правах и свободах (Конституции ФРГ, Италии, Бразилии). Однако возможны и иные версии (к примеру, вначале представлен нормативный материал об устройстве государственной власти). Так, композиция нормативного материала Конституции Венгрии выглядит следующим образом: Раздел II. Госсобрание; Раздел III. Президент Республики; Раздел IV. Конституционный суд; Раздел V. Уполномоченный Госсобрания; Раздел VI. Государственная счетная палата и Национальный банк; Раздел VII. Правительство; Раздел VIII. Верховный суд и полиция; Раздел IX. Органы местного самоуправления; Раздел X. Судебная власть; Раздел XI Прокуратура. И только раздел XII «Основные права и обязанности граждан» посвящен оформлению института прав и свобод. Свою логику имеет материал об органах государственной власти. Критерий структурирования – принцип разделения властей. Чаще всего последовательность этой нормативной части конституции такова: главы (разделы) о парламенте, главе государства, правительстве, судебной власти, органах местного самоуправления. Правда, есть и иной порядок: вначале размещаются нормы о главе государства (Франция – раздел II «Президент Франции», Япония – гл. I «Император»).

Заключительные положения – часть конституции, которая содержит нормы, устанавливающие порядок вступления конституции в силу, сроки создания вновь учрежденных органов государственной власти и приведения в соответствие с конституцией текущего законодательства.

Переходные положения содержат указания на механизм (сроки, порядок формы) вступления в силу отдельных конституционных норм, которые не могут быть введены в действие сразу, а также устанавливают изъятия для отдельных территорий и органов государственной власти. Переходные положения, как правило, имеют временный характер и служат адаптации общественно-политической и государственной жизни к требованиям по содержанию вновь принятого основного закона. По общему правилу переходные положения сформулированы в виде одного из разделов конституции, который завершает ее структурно и имеет заголовок именно переходныхложе-

ний. Переходные положения предназначены обеспечить правопреемство в организации и деятельности тех государственных институтов, которые с изменениями в их статусе сохранены в принятой конституции. Иногда в этой структурной части конституции определяются сроки и условия введения в действие отдельных положений основного текста конституции. Кроме того, может содержаться оговорка о продолжении действия на определенный срок отдельных норм ранее действовавшей («старой») конституции или норм законов, которые фактически не отвечают новой конституции.

Особенностью большинства конституций, принятых в англоязычных странах (а также странах, воспринявших вестминстерскую модель правления), является наличие в них дополнений, или шедул (англ. schedule). В конституциях таких стран они именуются приложениями. В частности, указанный компонент конституций государств Индостана содержит: текст присяги главы государства и других должностных лиц, перечень актов, отменяемых в связи с принятием конституции, толкование терминов, употребляемых в ней, и др. В ряду таких конституций особо выделяется Основной закон Индии, имеющий в своей структуре 13 пространных приложений: о наименовании штатов и союзных территорий, о распределении мест в Совете штатов, перечень полномочий, отнесенных к компетенции Союза, штатов, конкурирующей компетенции Союза и Штатов, перечень официальных языков и др. Такой прием структурирования нормативного текста конституции характерен для всех стран вышеупомянутого региона (Бангладеш, Шри-Ланка, Пакистан и др).

§ 5. Виды конституций

Обилие конституционного материала требует его систематики. Выделение все существующих конституций по каким-то однородным признакам позволяет структурировать некое их множество в тот или иной классификационный ряд. Отнесение конституций к той или иной классификационной группе возможно в зависимости от способа, времени их принятия и характера действия, объема конституционного регулирования, характера изменения и других критериев. Так, по времени принятия принято выделять конституции первого, второго и третьего поколений. К *«первому поколению»* относятся «старые» конституции, принятые в конце XVIII – начале XIX в. За редким исключением (США, Норвегия, Швеция, Аргентина), такие акты остались памятниками права. Конституции, принятые в период между двумя мировыми войнами, относятся ко *«второму поколению»*, а те из них, которые принимались с начала 50-х годов XX в. – к конститу-

циям «*третьего поколения*». Новейшие конституции как по времени принятия, так и по своему содержанию можно относить к конституциям «*четвертого поколения*».

По времени действия конституции подразделяются на *постоянные* (срок действия которых неограничен) и *временные*, принятые на определенный срок. Обычно временные конституции принимаются в условиях военных переворотов. В современных условиях это связано также с необходимостью в исторически обозримый период времени произвести радикальные общественно-политические и социально-экономические преобразования. Именно под влиянием данного фактора принята Переходная Конституция Непала от 15 января 2007 г. Фактором принятия временных конституций в новейшее время являются существующие территориальные споры внутри одного государства (на этнической, религиозной, экономической и иной основе). Так, Временная Переходная Конституция Республики Судан была принята с расчетом разрешить конфликт между Южным и Северным Суданом. В 2011 г. Южный Судан, ранее находившийся в составе Республики Судан, принял свою Конституцию, которая провозгласила создание нового государства. Южный Судан, таким образом, выйдя из состава Республики Судан, территориально обособился. Соответственно отпали основания для территориальных споров.

По своему содержанию выделяют конституции инструментальные и социальные. *Инструментальными* являются конституции, содержание которых ориентировано преимущественно на установление статуса ключевых звеньев государственного механизма. Статус граждан имеет второстепенное значение, вопросы социального развития остаются за пределами конституционного регулирования. Понятие «инструментальные конституции» близко к понятию «старые конституции». Примерами *социальных конституций* являются основные законы Испании, Италии, Португалии, многих стран Латинской Америки.

По субъекту принятия выделяют конституции, принятые парламентом, учредительным собранием, избирателями путем референдума (*народные конституции*).

В теории конституционного права полномочия по разработке, принятию и изменению конституции связываются с наличием *учредительной власти* (первоначальной или институциональной) у *особого круга субъектов*, реализующих их в порядке *специальных процедур*.

По способам разработки и принятия конституции классифицируются на *октроированные* – разработанные, к примеру, оккупационной властью, и принятые народом либо непосредственно, либо через представителей, в том числе особым, сформированным для этой цели

органом, например учредительным собранием. В федеративных государствах возможны особые формы участия субъектов федерации в принятии или одобрении конституции.

Характер действия конституции дает основание для выделения *юридических (формальных) и фактических (материальных)* конституций. Конституция, рассматриваемая как юридический документ, именуется *формальной*, в смысле реально утверждающихся конституционных порядков – *материальной*. Чаще всего понятие конституции используют в формально-юридическом значении. Юридическая конституция может не совпадать с фактической, которая может отражать реальный порядок осуществления государственной власти, соответствующий или не соответствующий должному порядку, устанавливаемому юридической (формальной) конституцией. Близким к этому является деление конституций на реальные (примером такой является Конституция Франции 1958 г., отобразившая реально изменившиеся в стране политические реалии) и *фиктивные* (к примеру, демократическая по своему содержанию Веймарская Конституция 1919 г., продолжавшая де юре существовать при фашистском режиме). Такое обособление указывает на зависимость соответствия заложенных в основном законе норм и институтов реальной социальной и политической практике.

В зависимости от порядка изменения все конституции подразделяются на *гибкие*, порядок изменения которых является аналогичным обычным законам и *жесткие*, порядок изменения которых существенно усложнен в сравнении с обычными законами. Основанием для классификации конституции может служить политический режим, форма правления, государственно-территориальное устройство и др.

Применительно к федеративной структуре государства обособляются *федеральные конституции* и *конституции субъектов федерации* (штатов, кантонов).

Очевидно, что классификация конституций возможна в зависимости от существующего в стране политического (государственного) режима. Соответственно данному критерию можно выделить демократические и недемократические конституции. В литературе предлагается дифференциация конституций в зависимости от формы правления на монархические и республиканские, что в общем-то не дает особого прироста знаний.

§ 6. Феномен фактического и юридического (формального) изменения конституции (сравнительно-правовой анализ)

Обращая внимание на нестабильность законодательства¹, необходимо оговориться, что конституция, в силу особых ее свойств, не характерных ни для какого иного вида законов, в каком-то смысле «забронирована» от случайностей, обладает специальными механизмами правовой охраны, гарантирующих ей известную стабильность и в этом значении – формально-юридическую неизменность².

Вместе с тем, то обстоятельство, что действующая Конституция Российской Федерации вплоть до недавнего времени текстуально не претерпевала изменений путем внесения в нее поправок отнюдь не означает, что все это время неизменным оставалось ее нормативное содержание³.

Отмеченное указывает на целесообразность как теоретически, так и в практических целях проводить различие между двумя реально обозначившимися явлениями конституционной действительности, получивших в современных условиях различные формы проявления. Это: 1) *формально-юридическое изменение конституции*, или ее частичный пересмотр, осуществляемый в соответствии с установленным самой национальной конституцией порядке. Это текстуальное преобразование действующей конституции, которое меняет (существенно или незначительно) «букву» и «дух» (смысл) основного закона; 2) *фактическое изменение конституции* (часто не совсем точно обозначаемое «преобразованием конституции»), т. е. нетекстуальное изменение объема ее нормативного содержания, не предусмотренную основным законом коррекцию конституционных смыслов. При этом «буква» конституции остается неизменной при изменяющемся ее «духе» (правовом смысле).

В отличие от частичного пересмотра «фактическое» изменение конституции означает эволюционирование ее содержания под влиянием целого ряда обстоятельств как метаюридического, так и собст-

¹ По сведениям Председателя Верховного Суда Российской Федерации В. М. Лебедева, обнародованных на VIII Всероссийском съезде судей 12 декабря 2012 г., в Уголовный кодекс после введения его в действие внесено более 3 тыс. изменений, а в Уголовно-процессуальный кодекс – более 727 (см.: Российский судья. – 2013. – № 1. – С. 12).

² Достаточно сказать, что даже в специальных работах последнего времени терминологическое обозначение данного феномена не находит отражения (см., например: Чиркин В. Е. Конституционная терминология : монография М. : Норма : ИНФРА-М., 2013.

³ Подобная ситуация характерна и для конституционных систем зарубежных стран. Подробнее см.: Червонюк В. И., Гасанов К. К., Хазов Е. Н. Конституционное право зарубежных стран. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015.

венно юридического свойства. Сохраняющаяся формально-юридически (текстуально) неизменность конституции (ее нормативного объема) при изменяющемся фактически ее содержании в государственном введении было предложено обозначать термином «преобразование конституции». Представляется, что с учетом самого разного отношения к проблеме, в том числе крайне отрицательного, корректнее обозначать данное явление правовой действительности понятием «фактическое изменение конституции».

В современной конституционно-правовой теории отношение к проблеме выражено, как правильно отмечено в специальной литературе (Е. С. Аничкин), в обозначаемой ее терминологии: «содержательное развитие Конституции» (В. Г. Голумян), «ползучее реформирование» (С. А. Авакьян), «трансформация» (И. Г. Шабалинский), «размягчение» государства»; кроме того, употребляются термины «развитие конституции», «обновление конституции» и др. О фактическом изменении (преобразовании) конституции ведут речь многие авторы в контексте рассуждений о дихотомии «материальная» и «формальная» (юридическая) конституции.

Понятно, что в теории и на практике мнения по вопросу о существовании нетекстуального изменения действующей конституции (речь идет о Конституции Российской Федерации) обозначились как диаметрально противоположные. Если одна группа фактическое изменение («преобразование») действующей Конституции считает оптимальным способом ее развития¹, то в представлении ее оппонентов –

¹ См.: Невинский В. В. Основы конституционного строя. Обеспечение достоинства личности. Конституционные принципы публичной власти. Избранные научные труды. М. : Формула права, 2012. С. 207–208; Аничкин Е. С. «Преобразование» Конституции Российской Федерации и конституций (уставов) субъектов Российской Федерации : монография / под ред. В. В. Невинского. Барнаул : Изд-во Алтайского университета, 2008. С. 41 ; Его же. «Преобразование» Конституции Российской Федерации и развитие конституционного законодательства в XX – начале XXI в. : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Тюмень, 2010 и др.

Теоретическое объяснение перманентного преобразования Конституции Российской Федерации В. М. Шахрай, в частности, аргументирует следующим образом. Преобразование Конституции, отмечает автор, возможно посредством принятия и совершенствования нормативных правовых актов, а также внутрифедеральных договоров. «Таким образом, сохраняется значительный потенциал для дальнейшего творческого развития системы конституционного права при сохранении стабильности Основного закона (Шахрай В. М. О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М. : Наука, 2013. С. 192–293).

По мнению цитируемого автора, Конституция допускает определенную амбивалентность в решении вопросов практического характера. В этой амбивалентности сохранятся большие возможности для политического творчества, для постоянного со-

«это непродуктивная идея... следует решительно возразить против содержательного реформирования Конституции Российской Федерации без изменения текста самой Конституции Российской Федерации, руководствуясь при этом конъюнктурными, сиюминутными соображениями»¹. Официозная и, может быть, более взвешенная позиция представлена в работах В. Д. Зорькина, по мнению которого «стабильность Конституции – важнейшее условие предсказуемости и устойчивости экономической, социальной и политической жизни. Снятие противоречий должно осуществляться, прежде всего, через ее интерпретацию и толкование»². По утверждению В. Д. Зорькина, чтобы действительно быть вектором развития общества и государства, Конституция должна реагировать на запросы жизни, а для этого необходима ее гибкая и деликатная интерпретация, обеспечивающая единство ее буквы и духа. Интерпретация, обеспечивающая одновременно стабильность и динамизм общества. Презюмируется, что «лучшей конституции в видимой перспективе не может быть. Надо дорожить существующей Конституцией и развивать правовой вектор этого документа»³.

Следовательно, оставляя конституцию неизменной текстуально, «стабильной», одновременно указывается и на способ придания ей (Конституции Российской Федерации) динамизма, усовершенствования – это «гибкая и деликатная интерпретация». По сути, здесь также имеется в виду возможность, пусть и «деликатного, но все же фактического «преобразования» Конституции.

вершенствования институтов государства и общественных отношений (там же. С. 304). И далее: «... В нормах Основного закона нет прямых запретов для политического творчества. Как показывает опыт многих зарубежных государств, для достижения этих целей достаточно консенсуса политических сил, установления соответствующих правовых обычаев, а также принятия ряда федеральных конституционных и федеральных законов... Опыт показывает, что в 99,9 % случаев окажется достаточным принять федеральный конституционный закон, либо обратиться к Конституционному Суду Российской Федерации за официальным толкованием норм Конституции» (там же. С. 411, 412).

Остается только догадываться в вопросе о том, как соотнести «политическое творчество» с конституционной законностью.

¹ Витрук Н. В. Право, демократия и личность в конституционном измерении: (история, доктрина и практика). Избранные труды (1991–2012 гг.). М. Норма, 2012. С. 293.

² Конституция Российской Федерации: доктрина и практика : материалы научно-практической конференции, посвященной 15-летию Конституции Российской Федерации и 60-летию Всеобщей декларации прав человека. / отв. ред. В. Д. Зорькин. М. : Норма, 2009. С. 12, 33.

³ Зорькин В. Д. Конституция в XXI веке. 2-е изд., доп. М. : Норма, 2008. С. 35.

Очевидно, если оставаться на реалистических позициях, то фактическое изменение или «преобразование» конституции действительно представляет процесс, имеющий некоторые объективные основания. *Связано это с действием реально существующего в конституционной практике противоречия*: с одной стороны, динамизм конституционного процесса, с неизбежностью предопределяющий необходимость внесения изменений в Основной закон страны, с другой – объективно существующее требование обеспечения устойчивого развития страны, с такой же необходимостью предопределяющее консерватизм конституционных норм и принципов.

Понятно, что существующее противоречие должно получить разрешение цивилизованными, или конституционными средствами и механизмами.

Представляется, что фактическое изменение конституции, подчиняющееся общим закономерностям действия права и основанное на логике конституционного развития, принципах конституционного строя, в допустимых пределах может способствовать разрешению такого противоречия.

Формы фактического изменения конституции. Разнообразные формы проявления фактического изменения конституции можно вывести, основываясь на анализе доктрины и современной конституционной практики. Как известно, Г. Еллинек различал несколько форм «преобразования» конституций, не сводя этот процесс, как считают авторы специальных исследований, только к «интерпретации их парламентом, администрацией и судебной практикой»¹.

Как показывает анализ, фактическое изменение («преобразование») конституции может быть связано с рядом обстоятельств.

Прежде всего, с *толкованием Основного закона органом конституционного контроля*. Такая практика существует в зарубежных странах, притом не только в США, где Конституция «представляет собой то, что о ней думают судьи», но и в государствах континентальной Европы. Так, в распоряжении Конституционного суда ФРГ есть такое средство, как «сообразное толкование», т. е. Суд оставляет норму в силе, но дает ей собственное толкование. При этом толкование конституции должно иметь определенные границы². В данном случае речь идет «именно о деликатной интерпретации Конституции» (В. Д. Зорькин).

¹ Еллинек Г. Изменения и преобразования конституций / под ред. В. Устинова. Спб., 1907. С. 10–34.

² См.: Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. М.: Норма,

Даже в США, где свобода усмотрения Верховного суда, казалось бы, не связана ничем, кроме правовых убеждений самих судей, в последнее время развернулась острая полемика по вопросу о том, могут ли судьи при толковании Конституции США правомерно основываться на ценностях, прямо не вытекающих из ее текста или истории. При этом обозначились два подхода: а) сторонники теории следования сугубо «первоначальным намерениям» [original intent] (их именуют «оригиналистами») авторов Конституции исходят из того, что выход за рамки этих «первоначальных намерений» неправомерен; этой же позиции придерживаются представители «строгого интерпретивизма» [strict interpretivists]; б) противоположной позиции придерживаются представители «нон-интерпретивизма» [non-interpretivists] или направления «основных прав» [fundamental rightists], исходящие (со ссылкой на IX поправку к Конституции США) из того, что судьи могут «находить» в общих положениях Конституции «основные права», к которым государство должно относиться с уважением, а также использовать современные понятия справедливости и права при определении данных основных ценностей¹. Наличие таких расхождений предопределяет чрезмерно корректное отношение высшего судебного органа страны к формулированию правоположений, имеющих конституционное значение.

Еще одна форма фактического изменения конституции также связана с деятельностью органа конституционного контроля: это *формулирование им принципов, правовых позиций, имеющих общее (конституционное) значение*. Подобная практика существует во многих зарубежных странах. Так, источниками действующей французской Конституции 1958 г., кроме конституционного текста 1958 г., наряду с Декларацией прав и свобод человека и гражданина, преамбулой к Конституции 1946 г., Хартией охраны окружающей среды 2004 г., являются конституционные принципы, в том числе сформулированные Конституционным советом – квазисудебным органом конституционного контроля (статья первая Конституции Франции в редакции Конституционных законов от 4 августа 1995 г. № 880 и от 28 марта 2003 г. № 276)².

Следующая форма фактического преобразования – это *изменение конституции посредством принимаемых законов*, причем не только конституционных, но и так называемых базовых законов. Так, Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ (в уточн. ред.) предметно конкретизировал положения ч. 1 ст. 77 Конституции Российской Федерации, а Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (в уточн. ред.) внес конструктивные уточнения в конституционно принятую ранее модель местного самоуправления, закрепленную ст. 12 и главой 8 Конституции Российской Федерации. Органы местного самоуправления тем самым частично явочным нор-

2005. С. 102.

¹ См.: Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М. 2007. С. 536–538.

² См.: Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие для бакалавров / отв. ред. Б. А. Страшун. М. Юрайт, 2013. С. 162.

мативным порядком были встроены в систему всей публичной власти, действующей в Российской Федерации. Новый нормативный порядок, таким образом, создал принципиально новую модель взаимоотношений между муниципальной и региональной властью. Существовавшие прежде, не имевшие правового характера отношения (складывавшиеся в данной сфере и регулировавшиеся по обыкновению), получили прочное юридическое основание¹. Таким образом, посредством федеральных (конституционных и иных) законов конституция наполняется конкретным юридическим содержанием; нормы, содержащиеся в основном законе, не утрачивая конституционного характера, объединяясь с нормами конституционных и иных законов, создают полноценные нормативные комплексы – институты и даже подотрасли конституционного права. Одновременно следует иметь в виду, что конституционные системы целого ряда современных зарубежных стран располагают механизмами, сдерживающими процессы «преобразования» конституции законодательной деятельностью национальных легислатур. Так, с принятием Конституции Франции 1958 г. в конституционную практику введена такая юридическая форма, как органический (статутный) закон, предназначенный для урегулирования статуса конституционных органов по прямому предписанию Конституции. Тем самым поставлен заслон против возможного «ползучего расползания» нормативного содержания Конституции путем принятия обычных законов².

Для рассматриваемой проблемы, несомненно, важен учет *условий (факторов) фактического изменения национальной конституции*. Факторы, влияющие на изменение национальной конституции, могут быть отнесены к *юридическим и неюридическим*³, иметь различную силу, т. е. быть *существенными и несущественными*, иметь различную направленность, дифференцируясь на *позитивные и негативные*. Негативные факторы, как правило, деформируют существующие конституционные нормы, отличаются многообразием и почти всегда предполагают принятие целенаправленных мер для их устранения

¹ См.: Червонюк В. И. Феномен фактического и юридического (формального) изменения Конституции (сравнительно-правовой анализ) // 20-летие Конституции Российской Федерации. Становление, проблемы и тенденции развития : сборник статей. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2014.

² См. об этом: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах. Часть II. Законодательные производства : учебное пособие. М., 2012. С. 84–87.

³ Так, С. М. Шахрай динамизм российской Конституции, равно как и ее реализуемость, также связывает с личностью Президента Российской Федерации (см.: Шахрай В. М. О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М. : Наука, 2013).

(ослабления действия), вследствие чего конституционный акт приобретает необходимый динамизм и возможность в соответствии с его целями находить воплощение в конституционной практике.

Значит, современная конституционная практика располагает множеством форм и факторов «преобразования», или фактического изменения действующей конституции страны. Именно в этой связи конституция приобретает динамизм, должный и сущий конституционный порядок оказываются более или менее совместимыми.

В то же время существует реальная опасность девальвация конституционных стандартов. В этой связи научного решения требуют следующие вопросы: насколько осуществляемые «преобразования» устраняют конструктивные погрешности конституции, способствуя реализации установленных ею целей, принципов и ценностей развития общества и государства; каковы допустимые пределы осуществляемых «преобразований», за которыми возможно обесценивание первоначального смысла конституционной нормы; каковы допустимые пределы судебного правотворчества федерального органа конституционного контроля страны; до каких пределов может происходить преобразование юридической конституции, каковы закономерности этого процесса, существуют ли почти математически выверенные, может быть, проверяемые опытным путем (экспериментально) формулы (законы) фактического и юридического действия конституции.

По всей видимости, нахождение ответов на эти и другие, связанные с ними вопросы является предметом специального научного анализа и соответствующих конституционно-правовых экспериментов.

Таким образом, если фактическое изменение, или «преобразование» конституции стало действительностью, то нужен поиск механизмов и конституционных средств сдерживания и придания ему цивилизованного характера.

Обращая внимание на сложившиеся в конституционной практике современной России формы фактического изменения действующей Конституции, следует в то же время иметь в виду, что оптимальный способ усовершенствования конституционного текста – это своевременное внесение в Основной закон поправок¹.

Фактор своевременности принятия закона, внесения в него изменений либо приостановления в целом или отдельных предписаний напрямую влияет на качество закона. Право, юридические явления и процессы обусловлены фактором времени. Время необратимо, оно течет из прошлого через настоящее в будущее. С течением времени право, правовой порядок каждой страны постоянно подвергается изменениям. С этой характеристикой права связана проблема обратного действия закона, «переживания» закона и др. Момент времени связан с закреплением в гипотезах правовых норм событий, с наступлением кото-

¹ См.: Червонюк В. И. Теория государства и права. М. : ИНФРА-М., 2009. С. 547.

рых возникают юридические факты. Такой элемент времени, как длительность имеет принципиально важное юридическое значение как для действия материальных норм, так и процессуального – юридические процедуры ограничены временными рамками, связаны юридическими сроками, так называемыми относительными событиями, всегда имеющими значение юридического факта. Следовательно, фактор времени в праве имеет существенное значение, что не может не учитывать и конституционный законодатель.

Фактически сложившиеся к тому предпосылки позволяют конституционному законодателю избежать на этом пути возможных ошибок. Как представляется, такой механизм преобразования Конституции более всего отвечает потребностям формирующейся конституционной культуры населения и политических элит. К тому же это соответствует конституционной практике развитых государств Запада со сходными правовыми семьями. Очевидно, можно согласиться с тем, что «политическим элитам крайне важно научиться использовать существующие креативные возможности действующей Конституции РФ для закрепления результатов актуального политического творчества, не занимаясь, редактированием» а по существу – ревизией Основного закона¹. Однако утверждение о том, что «во всем мире успешные государства и ответственные элиты, заинтересованные в государственной целостности, стараются избегать конституционных ревизий, поскольку даже небольшое, формальное вмешательство может привести к «десакрализации» Основного закона и открыть ящик «Пандоры» политической нестабильности»², думается, сильно преувеличено и не вполне созвучно с конституционным «ландшафтом» современных государств и сложившейся в них конституционной культурой.

К слову сказать, если взять самые стабильные государства Европы, к примеру ФРГ и Францию, то, скажем, в Основной закон ФРГ в среднем с момента вступления его в силу (с 1950 г.) принимается одна поправка в год. Во Франции начиная с 1995 г. методично принимаемые поправки, существенно преобразовали конституционный текст 1958 г.: по сути, изменена конфигурация высших органов государства; произошла коррекция формы государственного правления; возрос объем компетенции парламента, значительно усилены его контрольные полномочия в отношении правительства, ослаблена роль последнего в законодательном процессе³.

¹ Шахрай В. М. О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М. : Наука, 2013. С. 412.

² Там же. С. 413.

³ См.: Конституционное право зарубежных стран : учебно-методический комплекс 2-е изд., обновл. и доп. / под общ. ред.. В. И. Червонюка. М. : ООО «Миттель Пресс», 2011. С. 284–285, 293–294; Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып.. Вып. 3. Государственное (конституционное) устройство. Ч. 1. Организация верховной власти в современных государствах М. : Московский универ-

В частности, Конституционными законами от 4 августа 1995 г., 2 октября 2000 г., 28 марта 2003 г., 23 июля 2008 г. и др. значительно усилены позиции парламента в системе власти. Прежде всего, это касается усиления контрольных полномочий Парламента в отношении правительства; конституционным законом от 23 июля 2008 г. № 724 Конституция дополнена ст. 47-2, в соответствии с которой учрежденный «Счетный суд помогает Парламенту в контроле за деятельностью Правительства». Этим же Законом в Конституцию включена ст. 51-1, наделившая палаты правом в своих регламентах признавать особые права групп оппозиции и групп меньшинства (и те, и другие наделены правами парламентских групп).

Согласно введенной в Конституцию ст. 51-2, каждая палата наделена правом создавать комиссии по расследованию для сбора информации. Правила их организации и функционирования определены законом, условия создания – регламентами («если оно является неотложным»).

Одновременно значительно расширены законодательные полномочия Парламента. Конституционными законами от 22 февраля 1996 г. № 138, от 28 марта 2003 г., № 276, от 1 марта 2005 г. № 205, от 23 июля 2008 г. № 724 прежняя редакция ст. 34 Конституции (закрепившая абсолютно ограниченный объем законодательной компетенции парламента путем так называемого «закрытого» перечня объектов законодательного регулирования) подвергнута существенной коррекции, значительно расширено ее содержание и соответственно законодательные права легислатуры; несколько ослаблено давление Правительства в законодательном процессе.

Конституционным законом от 23 июля 2008 г. № 724 поправками 24.1, 25.2 и др. значительно усилен представительный характер парламента; тем самым внедренный в конституционную систему V Республики Франции «рационализированный парламентаризм» не исчез, но он полностью соотнесен с конструкцией современного демократического правового государства.

Этот конституционный опыт, несомненно, может быть полезен и нашей стране, формирование конституционной культуры для которой является жизненно важным.

§ 7. Способы и порядок принятия, полного и частичного пересмотра конституции и ее отмены (конституционный процесс). Гибкие и жесткие конституции

Способы принятия конституции – это известные конституционной практике акты учредительной (верховой) власти, посредством которых разрабатывается и вводится в действие новая конституция страны.

Государствоведческая практика выработала ряд способов принятия и изменения конституции, которые могут быть сведены к нескольким основным видам. Соответственно мировой практике известны три основных способа принятия конституции: принятие конституции парламентом; принятие конституции путем референдума; принятие конституции специально учрежденным органом – учредительным собранием.

Наиболее распространенный способ – принятие конституции представительными учреждениями – учредительным собранием и

парламентом. *Учредительное собрание* – это конституционный орган, главной или единственной задачей которого является разработка и принятие конституции. Именно так была принята первая конституция в 1787 г. в США. Таким способом принимались многие современные европейские конституции, а также конституции Италии 1947 г., Индии 1950 г., Боливии 1967 г., Бангладеш 1972 г. При этом учредительное собрание может носить различное название – Великое Народное Собрание (Болгария), Конституционное Собрание (Россия), Национальное Собрание и т. д. В некоторых случаях учредительное собрание лишь разрабатывает и одобряет проект конституции, а окончательное решение о его принятии передается избирательному корпусу. Так, Конституция Четвертой Республики Франция 1946 г. была разработана Учредительным собранием, а затем одобрена всенародным голосованием (референдум).

Достаточно распространено принятие конституций парламентами. Таким способом были, в частности, приняты конституции Пакистана 1973 г., Таиланда 1974 г., Греции 1975 г., Украины 1996 г. и др. В новейшей политической практике принятие конституций представительными учреждениями широко распространено. Осуществление учредительной власти предоставляется как учредительным собраниям, которые специально для этого избираются, так и парламентам, образованным на основании положений предшествующих конституций. Как правило, вся процедура принятия новой конституции – от разработки проекта до его окончательного утверждения – осуществляется самим представительным учреждением и создаваемыми им вспомогательными органами.

Путем референдума также принимаются многие конституции. Такой конституционный механизм принятия или изменения основного закона насчитывает почти два столетия: в 1799 г. посредством «народного голосования» (по французской терминологии – плебисцита) была утверждена Конституция VIII года, оформившая переворот 18 брюмера. В послевоенный период избирательным корпусом были одобрены Конституция Франции периода Четвертой Республики 1946 г., Конституция Дании 1953 г., Конституция Сенегала 1963 г., Конституция Гамбии 1970 г., Конституция Камеруна 1972 г. В 1987 г. в ходе референдума была одобрена новая Конституция Филиппин. Это также конституции: Испании 1978 г., Португалии 1976 г., Румынии 1991 г., Швейцарии 1999 г., Непала 2007 г., Кыргызстана 2010 г., Египта 2013 г. и др. Конституции, принятые в порядке референдума, часто именуют народными. При этом референ-

думу часто предшествует деятельность учредительного органа, который разрабатывает текст конституции и представляет его на референдум.

Прежде всего, государственной-правовой практике XVII–XIX вв. известен такой способ принятия конституции, как октроирование – пожалование, или дарование властью монарха конституции. Данный способ принятия конституции характерен в основном для государств с абсолютистским режимом. Октроированными считаются конституции Германии 1871 г., Японии 1889 г., Хартия 1814 г. Людовика XVIII, Конституция Марокко 1911 г., Конституция Японии 1989 г., Конституция Абиссинии 1937 г., Конституция Монако 1962 г. и др., разработанные и дарованные метрополиями своим колониям. Октроированной являлась и первая российская Конституция – «Основные Государственные законы» от 23 апреля 1906 г., принятые по прямому установлению Николая II. Вместе с тем, в практике конституционализма такой способ не является популярным. Предпочтение отдается иным конституционным механизмам, отражающим действительное предназначение конституции.

Следующим конституционным механизмом является принятие конституции односторонним актом исполнительной власти – октроирование. Проект конституции составляется правительственным аппаратом без какого бы то ни было участия общественности. Разработанный таким способом проект утверждается и промульгируется главой государства. Впервые октроирование было применено во Франции в 1814 г. С тех пор этот способ принятия конституций считался чисто монархическим (Конституции Бельгии 1831 г., Ирана 1906–1907 гг., Монако 1911 г., Иордании 1952 г., Кувейта 1963 г.). Однако новейшая история знает случаи (Конституция Пакистана 1962 г.), когда октроирование осуществлялось президентом – главой государства при республиканской форме правления. В период распада британской колониальной империи октроирование широко применялось Британской Коронай. Молодые освободившиеся государства получили свои первые конституции в виде «приказа в совете» – нормативного акта монарха. Понятно, что в этом случае изменение формы правления, равно как и консервация существующего режима, не составляет особых трудностей. Очевидно, что в сравнении с иными способами октроирование конституций является чисто авторитарным актом, не совместимым с демократией. Глава государства не столько дарует (по прямому смыслу самого термина «октроирование»), сколько навязывает народу конституцию. Таким образом, среди существующих способов

принятия конституции октроирование (от франц. *octroyer* – жаловать, даровать) является наименее демократическим.

Причины и способы полного и частичного пересмотра конституции. Даже самые «жесткие» по характеру изменения конституции с течением времени подлежат частичной ревизии. Необходимость пересмотра действующей конституции, как правило, обусловлена следующими юридическими обстоятельствами.

Во-первых, так называемыми первоначальными пробелами, т. е. отсутствием в конституции на момент ее принятия положений, которые должны были найти в ней отражение. Так, большинство современных конституций (так называемого «третьего поколения») содержат более или менее пространные положения о политических партиях (целях создания, условиях и др.), о выборах, избирательных системах, о парламентских производствах и др.

Во-вторых, необходимостью совместить юридическую и фактическую конституции. Конституция действует в определенной среде – жизненном пространстве, которое не остается константным. Жизнь идет вперед, в государственно-правовом развитии появляется новое, которое требует конституционного оформления. Следовательно, конституция есть порождение конкретного времени и конкретного расклада политических сил. Эволюционирование политической системы объективно предрасполагает к уточнению, изменению ранее установленных конституционных установлений. В конституционной доктрине новое соотношение политических сил в обществе считается главной причиной пересмотра конституции. Это специфично в том числе и для действующей российской Конституции. Конституционный пересмотр, таким образом, позволяет своевременно устранять так называемые последующие пробелы, которые неизбежно сопровождают действие конституции.

В-третьих, пересмотр конституции обусловлен феноменом конституционализации – распространением норм конституции на многие ранее недоступные для нее сферы общественной жизни. Конституционализация – общая тенденция, присущая всем без исключения странам. В современных условиях объектом конституционного регулирования становятся институты гражданского общества, политические партии, права четвертого поколения, ответственное поведение публичных властей, отношение к объектам общенационального достояния, конституционное правосудие и др.

Указанных обстоятельств может быть названо больше или меньше, однако следует иметь в виду, что сами по себе они не иницири-

ют действие механизма пересмотра. Пересмотр конституции подчинен, прежде всего, политической целесообразности. В условиях демократического развития такая целесообразность не противоречит действительным юридическим причинам полной или частичной ревизии основного закона. В иных условиях на первый план выступают не действительные причины пересмотра, а интересы политического класса, пребывающего у власти. Правда, от нерациональных действий властей конституцию предохраняет механизм ее пересмотра (хотя, как свидетельствует конституционная история многих стран, жесткость конституции не является непреодолимой преградой для ее частичной и даже полной ревизии неправовым способом). Вместе с тем, неправовое «ползучее» преобразование (фактическое изменение) конституции – явление достаточно распространенное¹.

Не только полный пересмотр, но и внесение в конституцию поправок осуществляется по особой усложненной процедуре, нередко окончательные результаты пересмотра определяются путем референдума или специальным учредительным органом. в Федеративных государствах конституционные поправки, как правило, должны быть одобрены квалифицированным числом субъектов федерации.

В некоторых странах (ФРГ, Греция) применяется чисто парламентская процедура изменения конституции. Основной закон ФРГ может быть изменен только законом, который должен быть принят большинством в две трети голосов Бундестага и Бундесрата (ст. 79). Достаточно сложным (с применением правила двойного вотума) изменяется Конституция Италии. «Свои» особенности придания жесткости основному закону применяются в Конституции Франции. Согласно положениям ст. 91 Конституции Казахстана изменения и дополнения могут быть внесены республиканским референдумом, проводимым по решению Президента республики, принятому им по собственной инициативе, а также предложению Парламента или Правительства. Проект изменений и дополнений в Конституцию не выносится на республиканский референдум, если Президент решит передать его на рассмотрение Парламента. Решение Парламента принимается в этом случае в порядке, установленном Конституцией. По Конституции, если Президент отклоняет предложение Парламента о вынесении на республиканский референдум изменений и дополнений в Конституцию, то Парламент вправе большинством не менее четырех пятых от общего числа депутатов каждой из Палат принять закон о внесении этих изменений и дополнений в Конституцию. В таком случае Президент подписывает этот закон или выносит его на республиканский референдум, который считается состоявшимся, если в голосовании приняло участие более половины граждан Республики, имеющих право участвовать в референдуме. Изменения и дополнения в Конституцию, вынесенные на референдум, считаются принятыми, если за них проголосовало более половины граждан, принявших участие в голосовании, не менее чем в двух третях областей, городов республиканского значения и столицы.

Порядок частичного пересмотра конституции. В зависимости от такого порядка все конституции подразделяются на *гибкие* и *жесткие*. Что касается «гибких» конституций, то они изменяются и допол-

¹ См. об этом: [Червонюк В. И. Фактическое и юридическое изменение Конституции // Вестник Московского университета МВД России. – 2012. – № 7. – С. 120–127.](#)

няются в том же порядке, что и обычные парламентские законы. Никаких особых процедур для этого случая не предусмотрено. При этом не исключается принятие закона о поправках квалифицированным большинством членов парламента. Так называемые «жесткие» конституции изменяются и дополняются в особом порядке, более сложном, чем тот, который принят для обычной законодательной процедуры¹.

Отмена действия конституции или отдельных ее положений. Как правило, в текстах национальных конституций относительно полной их отмены конституционный законодатель сохраняет молчание. Предполагается, что при наступлении определенных обстоятельств принятие новой конституции становится неизбежным. В то же время необходимость исключить случаи неоправданного приостановления конституции иногда находит прямое конституционное оформление. Так, Политическая Конституция Мексиканских Соединенных Штатов 31 января 1917 г. содержит специальный раздел девятый «О нерушимости Конституции». Статья 136 этого раздела предусматривает: «Настоящая Конституция не теряет своей силы, даже если ее действие нарушено восстанием. Если в результате внутренних волнений образуется правительство в противоречии с принципами, установленными настоящей Конституцией, то действие Конституции восстанавливается с момента, когда народ вновь обретет свободу, а лица, входившие в правительство, образованное в результате восстания, либо сотрудничавшие с ним, предстанут перед судом в соответствии с положениями настоящей Конституции и изданных на ее основе законов».

В отличие от полной отмены в ряде конституций имеются нормы, устанавливающие пределы возможного изменения конституции; некоторые принципиальные, наиболее важные положения основного закона не подлежат изменению вовсе, иные изменяются в усложнен-

¹ Мировой опыт конституционализма показывает равную опасность двух его крайних тенденций: конституционной гибкости (возможности сравнительно легкого изменения конституции) и конституционной жесткости, возникающей при введении конституций, практически не поддающихся изменениям, но переставших соответствовать изменившейся социальной реальности с течением времени или навязанных обществу властью (например, в результате заимствования) и не соответствующих социальной реальности. Первая ведет к конституционной нестабильности, вторая – блокирует необходимые социальные и политические изменения. В обоих случаях результатом становится сокращение конституционной легитимности и конституционная нестабильность. В первом случае власть легко преодолевает конституционные ограничения, во втором – стремится к поиску неправовых решений для выхода из тех противоречий, в которых она оказалась.

ном порядке. Техничко-юридическим способом этому служат запреты отмены (пересмотра) некоторых положений, получающие прямое выражение в так называемых *неизменяемых нормах конституции*. Так, согласно Основному закону ФРГ 1949 г. (ст. 79.3), «изменения настоящего Основного закона, затрагивающее разделение Федерации на земли, принципы сотрудничества земель в законодательстве или принципы, установленные ст. 1 и 20, не допускаются»; в соответствии со ст. 4 Конституции Турции (Турецкой Республики) 1982 г., «положение статьи 1 Конституции, устанавливающей форму государства как Республику, положения ст. 2 о характеристиках Республики и положения ст. 3 не могут быть исправлены, и при этом не могут вноситься предложения об их изменении». Данный принцип сформулирован в Конституциях Итальянской Республики 27 декабря 1947 г. (ст. 139) и Французской Республики 3 июня 1958 г. (ст. 89), не допускающих конституционный пересмотр «республиканской формы правления». Конституции отдельных стран устанавливают особый порядок пересмотра некоторых положений. В частности, Конституция Индии 1949 г. в качестве основной процедуры пересмотра предусматривает парламентский способ изменения Основного закона (ст. 368). Однако в тех случаях, когда поправка затрагивает исполнительную власть Союза, судебную власть Союза, высшие суды штатов, отношения между Союзом и штатами, правовое положение штатов и саму ст. 368, поправка должна быть ратифицирована легислатурами не менее половины штатов.

В конституционной практике встречаются случаи использования процедуры приостановления конституции. Так, согласно ч. 8 ст. 68 Конституции Белиза (центральноамериканского государства) выражение «изменение Конституции или ее отдельных положений» включает, наряду с отменой ее положений, как с последующим возобновлением их действия, так и без такового или заменой положений на новые, внесение поправок, так и «приостановление действия положений Конституции на любой срок или прекращение действия такого приостановления» (п. «с» ч. 8 ст. 68)¹.

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 125.

§ 8. Техничко-юрндрчска конструкция основных законов.

Дефекты конституции и конституционная культура

Если с языковой точки зрения законодательство правомерно считать законодательной литературой, или литературой *sui generis*, то закон (законодательный текст) есть ни что иное, как особого рода литературное произведение (А. А. Ушаков). Такой вывод позволяет распространить категории литературы и языка на всякий нормативный правовой акт¹, включая конституционные тексты. При этом, конечно, законодательный язык (стиль) есть особый слой литературного языка, совокупность языковых средств, употребляемых, главным образом, для выражения законодательных мыслей. Являясь разновидностью официально-делового стиля, законодательный язык характеризуется официальностью, нормативностью; ему присущ особый грамматический строй и использование общеупотребительных стилистически нейтральных слов, лишенных экспрессивности и эмоциональной окраски при обозначении предмета.

Законодательный язык – это язык повествовательной прозы. Именно такая языковая форма в наибольшей мере отвечает законодательному стилю. Язык повествовательной прозы отличается точностью, логичностью, последовательностью, что соответствует стилистическим особенностям языка законов. Специфичность законодательной речи проявляется также в отсутствии в ней метафор, сравнений, инверсий². Конституционные тексты отличаются тем, что в них нередко используются стиль изложения, не типичный для текущего законодательства. Причем это характерно не только для преамбул, вводных статей основных законов, но и для изложения ее основной части. Так, Конституция Королевства Камбоджа от 21 сентября 1993 г. следующим образом конструирует ст. 7: «Король Камбоджи царствует, но не правит» (ст. 10)³.

Конституции характеризуются различными технико-юридическими конструкциями. Конституция США, как известно, состоит из статей, которые подразделяются на разделы; кроме того, композиционно в Конституцию включены все принятые 27 поправок, которые, однако, не включаются в текст.

Конституция Индонезии представлена преамбулой и статьями, включающими пронумерованные части. Поправки, внесенные в Конституцию, обозначаются арабскими цифрами и литерами «А», «В»,

¹ См.: Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник. М. : ИНФРА-М., 2006.

² Там же.

³ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 180.

«С», «D» и т. д. Конституция Финляндии 2000 г., Конституция Венгрии, действовавшая до 2012 г., состояли только из параграфов.

Переходная Конституция Непала от 15 января 2007 г. включает пространную преамбулу, 25 частей и статьи (всего 167), рубрицированных на пронумерованные части и пункты. В тексте после размещения статей встречаются «разъяснения»¹. Кроме того, часть 24 «Определения» содержит легальное определения некоторых терминов, используемых в конституционном тексте («законопроект», «гражданин», «вознаграждение и др.»)².

Основной закон ФРГ структурно включает разделы, которые состоят из статей, включающих, как правило, несколько пронумерованных арабскими цифрами абзацев; последние, могут включать одно или несколько пронумерованных предложений.

Большинство конституций композиционно представлены частями, разделами, главами, которые подразделяются на статьи, а те – на части (Конституции Италии, Испании, Польши, Японии и др.), редко части подразделены на пункты, а иногда и подпункты). Главы (включены в разделы, а те включены в части) Конституции Федеративной Республики Бразилия от 5 октября 1988 г. подразделяются на статьи, которые включают множество пунктов, обозначаемых римскими цифрами (в некоторых статьях их количество более 30); пункты, кроме того, в ряде случаев разделены на параграфы (один параграф в статье обозначается как «*параграф единственный*»); некоторые статьи могут не включать отмеченные составляющие (например, ст.ст. 20, 22, 24, 30–32) или состоят только из параграфов (ст. 23, 29 и др.), или содержат параграфы, которые разделены на несколько пунктов, обозначаемых римской нумерацией.

Дефекты конституции и конституционная культура. Задаваясь вопросом о том, когда конституционная норма корректна, исследователи обращают внимание на то, что данный вопрос имеет идеологические и технические аспекты³. По мнению некоторых авторов, конституция может содержать невыполнимые обещания и соответственно является утопической⁴. Утопические конституции – нагромождением обещаний, неисполнимых прав, что влечет огромную нагрузку на создаваемые на основе данной конституции органы власти и опас-

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 563, 574, 582.

² Там же. С. 601.

³ См.: Sagues N. P. Cultura constitucional y desconstitucionalizacion // Anuario de derecho constitucional Latinoamericano. Montevideo, 2010. A. 16. P. 97–108.

⁴ См.: Там же.

но для системы в целом. Декларируя невозможное, конституция является носителем конституционного обмана. Следовательно, корректная конституция должна быть трезвой, реалистичной и в принципе реализуемой.

Иной пример некорректной конституции, когда конституционный законодатель берет на себя решение задач обычного законодателя, создавая в результате слишком детальное конституционное регулирование, включая нормы, относящиеся по своей природе к текущему законодательству. Отмечается такой дефект конституции, как «молчание» по наиболее значимым социально-политическим вопросам. По мнению ученого, лакуны по таким аспектам потенциально опасны¹. При этом корректная конституция в современном мире должна быть совместима с нормами международного права, особенно с положениями международных актов о правах человека. Наконец, она не должна входить в противоречие с базовым уровнем национальной правовой культуры, уважать такие правовые ценности, как достоинство личности и его политические, экономические и социальные проявления, соблюдение в управлении государством принципов демократии, открытость деятельности госорганов и их ответственность, доступ к публичной информации, подлинное разделение властей, периодические и альтернативные выборы, судебный конституционный контроль и др.²

§ 9 . Толкование конституции. Познавание конституционных смыслов, конституционная герменевтика

Главная цель толкования – преодоление неопределенности в единообразном понимании смысла конституционной нормы или принципа, порождающей обострение напряженности в общественных отношениях, конфронтацию между исполнительной и законодательной властью и пр. Разъяснение смысла конституции не должно служить конъюнктурным целям или интересам какой-либо политической силы. Оно не может вести к ослаблению защиты прав и свобод граждан, их отрицанию или умалению. Толкование конституции может приобрести опасный характер, если будет подчинено цели скрытого пересмотра конституции, отказа от ее демократического содержания.

Толкование конституции есть легальное, или предусмотренное законом, официальное разъяснение специально уполномоченным на то

¹ Sagues N. P. Cultura constitucional y desconstitucionalizacion // Anuario de derecho constitucional Latinoamericano. Montevideo, 2010. A. 16. P. 100.

² Там же. С. 101.

органом (чаще всего общенациональным органом конституционного контроля) смысла и содержания норм основного закона. Целью толкования является юридически точное указание, как понимать норму конституции, допускается ли ее расширительное толкование и в каком объеме. Такое толкование необходимо всякий раз, когда во взаимоотношениях между органами государственной власти возникают сомнения в правильности понимания содержания нормативного объема того или иного конституционного положения, а равно в случае неоднозначного понимания тех или иных положений конституции.

Потребность в разъяснении положений конституции обуславливается возникновением на практике неодинакового понимания конституционной нормы из-за ее недостаточной определенности и полноты, внутренней противоречивости, неточности используемой в ней терминологии и т. п., что может привести и порой приводит к неадекватности реализации этой нормы в процессе правотворчества, судебного и иного правоприменения.

Существуют и собственно технико-юридические причины. Верно замечено: текст с изложением норм конституционного права значительно отличается от текста норм других отраслей права своей краткостью, высокой плотностью юридического содержания при минимуме слов, являющихся лингвистической основой нормы. Такие понятия, как «правовое государство», «достоинство личности», «экономическая свобода» отсылают к глубоким концепциям и поэтому больше похожи на символы, которые используются в стенографии. Сам по себе лапидарный слог конституции (от *lapidaries* – высеченный на камне) – это только краткая отсылка к большому массиву юридических знаний, и поэтому конституционное право – это своего рода стенография. В юридическом обиходе важны юридические формулы (знаки нередко называют клаузулами; от латинского слова *klausula* – заключение). В риторике этим словом называют заключительную часть устного (или письменного) текста, обладающую особенно значительным смыслом. Отсюда знаки, символы, клаузулы в конституционном праве – это способ обратить внимание на то, что за лингвистическим носителем кроется обширный юридический смысл, который иногда называют «духом законов»¹.

Толкование конституции и состоит в устранении неопределенности в понимании ее положений, установлении и разъяснении их под-

¹ См.: Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) : монография. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 7.

линного смысла, содержания и целей¹. А при «жесткости» конституции, усложненности процедуры внесения в нее поправок толкование может раскрыть такие «скрытые» аспекты ее содержания, которые позволяют «приспособить» ее к изменяющимся условиям жизни общества без изменения конституционного текста². Согласно внутренней логике конституции, более конкретные (специальные) положения должны выражать ее смысл и толковаться в соответствии с абстрактными нормами, провозглашающими цели, ценности и принципы. Однако конституционные нормы-принципы абстрактны, и органам власти, ответственным за правоприменение, довольно сложно исполнять их непосредственно³. По мнению А. Нашиц, «смысл терминов, институтов и т. д. можно сделать доступным для понимания, не прибегая к прямому определению, а таким образом излагая правовые предписания (как правило, именно к этому приему и обращается законодатель), чтобы из самих формулировок можно было уяснить характерные черты данного правового института»⁴.

Толкование конституции является обязательным для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений. Считается, что акты официального нормативного толкования равны по своей юридической силе конституции, так как ее толкование является, по сути, составной частью интерпретируемой конституционной нормы и в принципе разделяет ее судьбу. По данной версии конституция пред-

¹ Конституция как высший нормативный правовой акт выступает вовне в виде текста, выражающего определенное содержание конституционных целей и задач, определений (дефиниций), принципов, норм (правил поведения), презумпций, фикций, преюдиций, символов, моделей. От позитивно-юридического содержания следует отличать ее правовой смысл. Такое различие обусловлено, прежде всего, высокой степенью абстракции, обобщенности установлений конституции. Проблемы понимания, интерпретации, толкования конституции охватываются понятием конституционной герменевтики – теории и практики искусства познания правового смысла конституционных установлений в контексте современного историко-культурного и социально-правового развития (Витрук Н. В. Право, демократия и личность в конституционном измерении (история, доктрина и практика). Избранные труды (1991–2012 гг.). М.: Норма, 2012. С. 236–237).

² При этом мы разделяем обеспокоенность тех авторов, которые не исключают в подобных случаях подмены функции законодателя и соответственно путем упрощенных процедур внедрения в правовую систему страны норм законодательного уровня.

³ См.: Танчев Е. Верховенство конституции в контексте конституционного плюрализма // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4. – С. 104–113.

⁴ Нашиц А. Правотворчество: теория и законодательная техника. М., 1974. С. 194.

ставляет собой акт в единстве с его официальным истолкованием. Таким образом, посредством толкования преодолевается обнаружившаяся неопределенность в понимании основных (базовых) положений.

Толкование – древнейший правовой институт. Толкование конституции исторически впервые получило широкое применение в США. Здесь во многом благодаря этому смогли обеспечить живучесть конституционного текста на протяжении более чем двух столетий. Толкование конституции становится менее необходимым в странах с относительно простой системой внесения поправок в конституцию (Австрия и др.).

Способы толкования конституции. Конституционной практике известны различные способы: филологический (грамматический), исторический, телеологический, систематический и др. В частности, широко применяется метод прямого толкования конституции (plain meaning method), который можно определить как метод буквального, очевидного толкования закона. В ряде случаев орган конституционной юстиции обязан прибегнуть именно к подобному толкованию. Речь может идти о ситуациях, когда использование юридического, лингвистического, семантического и других видов анализа позволяет выяснить действительное значение закона. Конституционный Суд Российской Федерации в большинстве своих решений применял именно этот метод толкования Основного закона. В частности, из соотношения общей и специальной норм Конституционный Суд Российской Федерации решил дело по запросу Совета Федерации о толковании ч. 4 ст. 105 и ст. 106 Конституции Российской Федерации. Аналогичный метод был использован при толковании отдельных положений ст. 107 Конституции Российской Федерации.

От официального толкования конституции следует отличать ее *доктринальное толкование* – комментарии к конституции. Такое толкование не имеет обязательной юридической силы, хотя несомненно его влияние на официальное толкование, применение конституционных норм.

Разновидностью официального толкования является легальное толкование. Современные конституции функцию легального толкования закрепляют чаще всего исключительно за общенациональными органами конституционного контроля – конституционными судами или квазисудебными органами. Об этом свидетельствуют специальные положения национальных конституций. Согласно абз. 1 ст. 93, Конституции ФРГ, Федеральный конституционный суд выносит ре-

шение о толковании Основного закона в связи со спорами об объеме прав и обязанностей верховного федерального органа или других субъектов, которые основным законом или в регламенте верховного федерального органа наделены собственными правами¹. Действующая на территории китайской провинции Тайвань Конституция Китайской Республики от 25 декабря 1946 г. предусматривает, что толкование Конституции осуществляется Палатой юстиции (ст. 173) – высшим государственным судебным органом (ст. 77)². В КНР, согласно Конституции 1982 г., «толкование Конституции, контроль за ее исполнением возлагается на Постоянный комитет ВСНП КНР (ст. 67.1)³. В Казахстане «официальное толкование норм Конституции дает» Конституционный совет (ст. 72.1 (1))⁴. По Конституции небольшого («карликового») государства в Юго-Восточной Азии Государства Бруней Даруссалам от 29 сентября 1959 г. по усмотрению «Его Величества Султана» учреждается Суд по вопросам толкования Конституции, который представлен тремя членами: Председателем, которым может стать лицо, занимающее или занимавшее высокие судебские должности в любом государстве или имевшее хотя бы 20-летнюю юридическую практику в любом государстве; одним членом, имевшим хотя бы 10-летнюю юридическую практику в любом государстве; одним членом, который может происходить из любого государства, исповедующее ислам, и занимал должность в системе исламского права или является экспертом в мусульманском праве (ст. 86)⁵.

В ряде стран толкование конституции может быть зарезервировано за высшим общенациональным судом общей юрисдикции – Верховным судом (США); однако эта прерогатива Верховного суда может быть прямо закреплена в национальной конституции, например в ст. 81 Конституции Японии.

Говоря о значении толкования конституционных установлений, не следует, однако, сводить проблему исключительно к технико-юридическим аспектам⁶. Проблема толкования как конституционных, так и иных правовых установлений должна становится частью герме-

¹ См.: Избранные конституции зарубежных стран : учеб. пособие для бакалавров / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2012. С. 256.

² Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 731, 717.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ См. : Таева Н. Е. Толкование конституционно-правовых норм в Российской Федерации. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

невтики – принципиально новой научной дисциплины, соотнесение которой с юридической техникой видится совершенно иным, чем это характерно для господствующих взглядов в правоведении. В этой же связи следует считать некорректным признание юридической герменевтики частью юридической техники.

Герменевтика (от греч. *hermeneutic* – разъясняющий, истолковывающий) представляет собой методологию социально-гуманитарного познания, позиционирующая предмет исследования как текст, выдвигающая задачу его осмысления посредством объективированной и субъективированной интерпретации и понимания, которое имеет диалогический характер и осуществляется в рамках системы логических процедур, называемой герменевтическим кругом.

Согласно ставшей классической оценке (Ф. Шлейермахер), герменевтика выполняет двойную задачу: это, с одной стороны, «объективное» (грамматическое) истолкование документа, с другой – психологическое «вживание» в текст, предполагающее интуитивное схватывание его смысла¹. Герменевтика с точки зрения еще одного компетентного мнения, есть особая философия понимания (Х. Д. Гадамер)².

В современной литературе отмечается, что герменевтика – это теория и метод исследования общества, человека, культуры, выдвигающий в качестве основного способа познания понимание, интерпретацию смыслового содержания различных социально-гуманитарных феноменов. Основные значения термина «герменевтика», утвердившиеся в современном социально-гуманитарном дискурсе, можно свести к следующим: искусство выявления смыслов и значений знаков, теория и общие правила толкования текстов, философское учение об онтологии понимания и эпистемологии интерпретации. Принято выделять специальную – юридическую, теологическую, историческую и т. д. герменевтику, разрабатывающую правила интерпретации принадлежащих к той или иной сфере знания текстов, и универсальную герменевтику, систематизирующую методологию интерпретации и понимания любых текстов безотносительно к их дисциплинарной принадлежности.

Подчеркивается, что в герменевтике смысл рассматривается как порождающая основа социальных, культурных и антропологических явлений, процессов. Представление об обществе, культуре и человеке как «смыслодержателях объектов дает основание обозначить эти объекты как тексты. Герменевтика определяет предмет своего исследования как текст. Текст понимается широко – им могут быть любые артефакты, общество, культура, деятельность человека. Таким образом, в герменевтике осуществляется текстуализация социально-культурной реальности, сама эта реальность предстает как текст.

Обращено внимание на две основные процедуры герменевтического анализа – понимание и интерпретация. При этом считается, что в герменевтике сложились две точки зрения относительно сущности интерпретационного процесса. Согласно первой, интерпретация есть реконструкция авторских смыслов, их обнаружение в исследуемом объекте; согласно второй – интерпретация есть конструирование собственного смысла в результате развертывания имманентной логики текста, который рассматривается как относительно самостоятельная по отношению к его творцу данность. Интерпретация может быть объективированной – грамматической, направленной на выявление смыслов с позиций той или иной традиции, и субъективированной – психологической, ориентированной на постижение мыслительного процесса автора текста.

В герменевтике интерпретация выступает как средство достижения понимания, которое представляет собой усвоение смысла текста. При этом выделяют два вида по-

¹ Цит. по: Должиков А. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – № 3. – С. 127.

² Гадамер Х. Г. Истина и метод: основы философской герменевтики. М.: Прогресс. С. 234; см. также: Дильтей В. Введение в науки о духе. Опыт полагания основ изучения общества и истории. Собр. соч. М., 2000. Т. 1.

нимания: интуитивное и дискурсивное: первый соответствует полному непосредственному схватыванию смысла посредством дивинации – догадки; второй предполагает достижение понимания текста как целого в результате последовательного смыслового анализа его частей, сопоставления частных и общих значений.

Утверждается, что специфической особенностью герменевтического метода является его диалоговый характер. Понимание предполагает диалог автора и интерпретатора. Отсюда интерпретация неотделима от процедуры эмпатии, суть которой заключается в том, что исследователь ставит себя на место автора – создателя исследуемого объекта, вживается в объект исследования и таким образом пытается понять смыслы, заключенные в нем. Понимание текста достигается в результате проникновения в духовный мир автора и повторения акта его творчества. С позиций герменевтики это возможно лишь при условии континентальности – соразмерности духовных потенциалов автора и интерпретатора.

Один из принципов герменевтики – принцип «лучшего понимания» – базируется на идее, согласно которой современный исследователь должен понимать текст и мир его автора лучше, чем сам автор понимал себя и свое собственное творение, поскольку многие моменты, которые были для автора бессознательными, для исследователя должны стать сознательными. Принцип «понять автора лучше, чем он сам понимал себя» ориентирует интерпретатора на видение невидимого, не лежащего на поверхности, превращение бессознательных импульсов творческого процесса в достояние знания.

Подчеркивается, что интерпретация и понимание текстов обеспечиваются особыми методологическими средствами, главным из которых является герменевтический круг, представляющий собой особую, соединяющую индукцию и дедукцию, анализ и синтез систему логических процедур. Суть движения по кругу заключается в постоянном разрешении смыслового противоречия между частью и целым, между частным и общим, между второстепенным и главным, между текстом и контекстом, между предпониманием и пониманием. Понимание имеет круговую структуру: целое понимается через части, а часть через целое: текст поминается через контекст, а контекст через текст, субъект познает себя через других, но других понимает через себя, постигая традицию, интерпретатор сам находится внутри нее.

Вместе с тем, по мнению исследователей, наличие широкой исследовательской свободы дает основание ставить под сомнение статус герменевтики как научной методологии. Главное обвинение, которое выдвигается оппонентами герменевтики – это отсутствие строгости, точности, единообразия интерпретации, интерпретационный произвол, допускающий неограниченную свободу толкований. В этой связи можно согласиться с тем, что необходимость обоснования герменевтики как метода делает актуальным определение критериев ее научности и истинности. В рамках герменевтической парадигмы в качестве таких критериев выдвигаются: критерий всеобщности, утверждающий идею смысловой общности людей, обеспечивающей та взаимопонимание; и критерий компаративности, позиционирующий сравнение как путь преодоления конфликта интерпретации¹.

Очевидно, что при всем многообразии подходов к оценке роли герменевтики следует обратить внимание на очевидные преимущества методов герменевтики в толковании конституционных текстов. Такой вывод основывается на особенностях нормативной структуры конституционного права, которая принципиально отлична от структуры иных правовых общностей. Не углубляясь в существо проблемы, заметим, что для конституционного права, характеризующегося значительным удельным весом исходных норм, принципов права, правовых аксиом, презумптивных и иных предельного уровня право-

¹ См.: Яркова Е. Н. История и философия науки : учебное пособие. Тюмень: Изд-во Тюменского государственного университета, 2012. С. 110–112.

положений, методологические возможности герменевтики имеют действительно большое значение.

Отмеченная особенность конституционно-правовых установлений в конституционной практике порождает еще одну сложность, связанную с определением пределов конституционного установления, а вместе с этим внесение правовой определенности в понимание границ дозволенного (правомерного) и недопустимого поведения, связанного со злоупотреблением управомоченных лиц и организаций¹. В контексте постмодернистских взглядов на проблему герменевтики необходима оценка проблемы так называемого объективного и субъективного истолкования конституционных норм. Если в первом случае традиционный подход жестко связывает пределы толкования исключительно с позиции «буквы», то во втором случае, как это следует из концепций постмодернистского толка, решающая роль в определении границ правовой нормы всецело зависит от дискреции истолкователя этой нормы².

Считается, что в юриспруденции истолкование конституционного (иного правового) текста с использованием методологических возможностей герменевтики в этом духе наиболее репрезентативно в работах представителей правового реализма. Соответственно суть реалистической концепции толкования концептуально может быть выражена следующим образом: 1) «вне толкования норма не существует»; 2) «выбор нормы – акт волеизъявления правоприменителя, его свободной воли»³.

Согласно данной концепции (М. Тропер) объектом толкования является не сама норма, а текст, изучаемый с целью определения содержащейся в нем нормы. При этом текст может нести множество смысловых структур, а следовательно, и множество правовых норм, и среди них правоприменительный орган должен выбрать ту, которую он применяет. До осуществления этого выбора применяемой нормы не существует, существует лишь текст. В некотором смысле именно толкование вводит в текст определенную норму. По выражению одного из представителей рассматриваемой концепции (проф. Аскарелли), вне толкования норма не существует, это обыкновенный текст, который

¹ Червонюк В. И. Злоупотребление правом в сфере действия частного и публичного права // Вестник Московского университета МВД России. – 2017. – № 3. – С. 166–170.

² См.: Червонюк В. И. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 439–446.

³ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) : монография. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 176.

посредством толкования становится способной к применению нормой. Производимый выбор является результатом волеизъявления, проявлением свободной воли правоприменительного органа. Строго говоря, отмечает М. Тропер, именно он устанавливает применяемую норму, притом, что не имеет особого значения то обстоятельство, что эта деятельность приводит его к принятию не той нормы, которую «на самом деле» имел в виду автор текста. Поскольку толкование не подлежит никакому контролю и признано аутентичным, только та норма, которую оно производит, действительна и действительна. Следовательно, верховенство конституции над актами, принятыми в ее исполнение, следует рассматривать как юридическую фикцию: органы, издающие эти акты, подчинены тем нормам, которые они сами и определяют. Данную проблему (согласование нормативной иерархии с существованием сохраняющих свою силу, хотя и не противоречащих конституции актов) можно разрешить более простым способом: не существует нормативной иерархии и не существует противоречащих конституции актов.

По М. Троперу, содержание конституции составляют только нормы, созданные путем толкования правоприменительными органами, и эти последние подчинены исключительно своей воле. В частности, они истолковывают предписания, определяющие их собственные полномочия, другими словами, они сами эти полномочия и определяют¹.

§ 10. Правовая охрана конституции: понятие, юридические формы, механизмы

Правовая охрана конституции – это способы обеспечения действия конституции и утверждения режима конституционной законности охранительно-принудительными средствами. При этом способы правовой охраны различны: особая защита специализированными конституционными учреждениями и механизмами; конституционный надзор и контроль за ее соблюдением. В принципе правовая охрана конституции так или иначе обеспечивается всеми институтами государства, равно как и иными субъектами конституционного права. В частности, обращается внимание на так называемые непосредственные способы защиты конституции – посредством действий, деятельности народа в целом, отдельных граждан. Так, согласно абз. 4 ст. 20 Основного закона ФРГ 1949 г., если иные средства не могут быть ис-

¹ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства Конституции // Сравнительное конституционное обозрение. М., 2005. С. 171–181.

пользованы, все немцы имеют право на сопротивление любому, кто предпринимает попытку устранить конституционный строй.

Конституционный контроль представляет собой деятельность специализированных органов государства по обеспечению конституционности. Соответственно различают две наиболее распространенные модели специализированных органов конституционного контроля: во-первых, американская модель, в соответствии с которой конституционный контроль возлагается на суды общей юрисдикции (как правило, высшие судебные инстанции); во-вторых, европейская, предполагающая, что такой контроль осуществляется специализированными конституционными учреждениями – конституционными судами или квазисудебными конституционными органами (например, Конституционным советом во Франции). В государствах исламского типа конституционно учреждаются органы, которые осуществляют контроль за соответствием как конституции, так и законодательства принципам ислама. К примеру, в Иране эта функция возложена на Совет экспертов.

Конституционным механизмом защиты конституции является институт ответственности публичных властей и публичных должностных лиц, нормы относительно которого также закреплены в ряде современных конституций. Формами такой ответственности выступают импичмент, осуществление конституционного правосудия в отношении высших должностных лиц и др. Конституционная ответственность распространяется и в отношении политических объединений граждан, в частности в отношении политических партий, если их деятельность направлена на подрыв конституционного строя.

Справедливо замечено, что охрана конституции состоит в установлении в законодательстве мер выявления конституционных нарушений, надзора и контроля за состоянием реализации конституционных установлений, мер пресечения, защиты и ответственности за совершенные конституционного правонарушения. Защита представляет собою активную деятельность органов публичной власти и их должностных лиц по пресечению конституционных деликтов, восстановлению нарушенного конституционно-правового состояния, возмещению нанесенного ущерба и возложению на виновных мер наказания. В защите конституционных установлений участвуют все органы публичной власти в пределах своей компетенции. Особая роль принадлежит судам, осуществляющим правосудие в различных видах судо-

производства при разрешении конституционных, гражданских, арбитражных, дисциплинарных, административных и уголовных дел¹.

Среди механизмов правовой охраны конституции особое значение имеют конституционный надзор и контроль². Конституционный (неспециализированный) надзор существует в форме деятельности института омбудсмана, прокурорского надзора (в тех странах, где существует институт прокуратуры или приравненная к ней служба атторнеев). В отличие от конституционного контроля конституционный надзор предполагает установление факта неконституционного поведения, в то время как решение об отмене неконституционных действий и решений принимает иной орган.

Современные зарубежные конституционалисты различают конституционный специализированный контроль и конституционный надзор, хотя и оговаривают, что существуют подходы, отождествляющие данные понятия. Так, конституционный контроль В. Н. Шаповал отделяет от конституционного надзора по юридической силе решений: в первом случае они обязательны и влекут утрату юридической силы проверяемого документа целиком или в части при противоречии конституции, во втором случае решения носят рекомендательный характер и обращены только к органу, принявшему соответствующий акт. При подходе, отождествляющем контроль и надзор, речь идет об обязывающем и консультативном конституционном контроле. Третий подход определяет конституционный надзор как вид конституционного контроля органов государства относительно актов, не вступивших в силу³.

¹ Витрук Н. В. Право, демократия и личность в конституционном измерении: (история, доктрина и практика). Избранные труды (1991–2012 гг.). М. : Норма, 2012. С. 234.

² В специальной литературе отмечается, что конституционные контроль и надзор имеют общую цель, а именно: обеспечение соответствия «текущего» законодательства конституции, верховенства конституционных норм и утверждение конституционной законности. Вместе с тем, полномочия и методы деятельности контролирующих и надзирающих органов различны. Деятельность структур, выполняющих функции надзора, носит, как правило, предварительный характер, т. е. эти органы не имеют возможности окончательно решать вопрос о неконституционности правового акта или действия, не могут принимать императивные меры к устранению конституционного нарушения. Орган конституционного контроля непосредственно выносит необходимое решение и применяет меры к устранению совершенного нарушения (см.: Несмеянова С. Э. Теоретико-правовое исследование конституционального судебного контроля в Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 30).

³ См.: Шаповал В. Сущностные характеристики конституционного контроля // Конституционное правосудие. – 2005. – № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

Конституционный (неспециализированный) надзор существует в форме деятельности института омбудсмана, прокурорского надзора (в тех странах, где существует институт прокуратуры или приравненная к ней служба атторнеев. В отличие от конституционного контроля конституционный надзор предполагает установление факта неконституционного поведения, в то время как решение об отмене неконституционных действий и решений принимает иной орган.

Таким образом, правовая охрана конституции состоит в том, чтобы обеспечить незыблемость конституционного строя, поддержание режима конституционной законности, гарантированности и реализуемости прав и свобод личности.

§ 11. Институт конституционного контроля: понятие, формы осуществления

§ 11.1. Конституционный контроль как правовой механизм охраны конституций

В ходе развивающейся конституционной практики стала очевидной необходимость учреждения специальных органов, которые, используя особый (охранительно-принудительный) конституционно-правовой инструментарий, целенаправленно оказывали бы влияние на состояние режима конституционной законности¹. При этом создание специализированных институтов защиты основного закона конституции первого поколения и, за редким исключением (Австрия), второго поколения не предусматривали. На этой почве остаются многие страны общего права и те из них (Люксембург, Нидерланды, Финляндия, Швеция), официальная доктрина которых исходит из верховенства парламента в системе конституционного устройства (консультативные конституционные формы конституционного контроля все же есть). Так, Конституция Нидерландов гласит: «Конституционность актов парламента и договоров не подлежит контролю со стороны судов» (ст. 120). Учреждение специализированных органов правовой охраны конституции связано, прежде всего, с конституционной практикой государств континентальной Европы (функцию конституционного контроля задолго до этого «изобретения» в отдельных странах осуществляли высшие суды общей юрисдикции, например с 1803 г. Верховный суд США).

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Конституционный судебный процесс : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 26–38.

В самом общем виде конституционный контроль как форма правовой охраны конституции означает деятельность специально учрежденных органов или иных институтов по обеспечению конституционности. Функции конституционного контроля (надзора) выполняют в странах общего права суды общей юрисдикции, а в странах романо-германской правовой системы (континентальной) – специальные органы типа конституционных судов (хотя названия могут быть и другие), которые либо являются частью судебной системы, либо не относятся ни к одной из ветвей власти и представляют собой квазисудебные органы.

Необходимость конституционного контроля обусловлена наличием конституции, потребностью действия конституционно закрепленных норм и принципов для установления и поддержания баланса полномочий высших органов власти. Главная задача конституционного контроля – обеспечение верховенства и стабильности конституции, сохранение конституционного разделения властей и гарантирование защиты конституционных (основных) прав и свобод человека и гражданина.

В новейших условиях роль конституционного контроля, в особенности осуществляемого в форме конституционного правосудия, неизмеримо возрастает. В современных условиях, как отмечает Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькин, конституционное правосудие не только охраняет Конституцию, обеспечивает ее стабильность, но и оказывает непосредственное влияние на динамичную реализацию Конституции, на приспособление ее к запросам времени и конкретно-историческим условиям развития страны. Справедливо обращая внимание на то обстоятельство, что Конституция, будучи нормативной основой для осуществления конституционного правосудия, в своем действии сама испытывает существенное влияние со стороны органов конституционного правосудия, В. Д. Зорькин указывает на те аспекты такого воздействия, которые в определенной мере связаны с правотворчеством *sui generis*. Это, в частности: а) толкование конституционного текста в целях конкретизации прав человека и основных свобод в целях приспособления к изменившимся конкретно-историческим условиям (например, свобода слова и право на информацию в условиях Интернета, в том числе для восполнения возможных пробелов законодательства; б) толкование международных договоров, действовавших на момент принятия конституции, но фактически утративших свое значение или изменивших свое первоначальное содержание в последующем; в) выявление

конституционных принципов и положений, непосредственно не предусмотренных в конституционном тексте, но имплицитно присущих конституции, поскольку они укладываются в общие аксиологические предпосылки и следуют в русле семантических границ текста писаной конституции; г) проверка конституционности проекта поправок в конституцию¹.

При этом механизмы возникновения, позже – принятия первых конституций исключали создание специализированных институтов их защиты. На этой почве остаются многие страны общего права и те из них (Люксембург, Нидерланды, Финляндия, Швеция), официальная доктрина которых исходит из верховенства парламента в системе конституционного устройства (консультативные конституционные формы конституционного контроля все же есть). Так, Конституция Нидерландов гласит: «Конституционность актов парламента и договоров не подлежит контролю со стороны судов» (ст. 120).

Таким образом, специально учреждаемым национальным государством (а в современных условиях и наднациональными структурами) конституционным механизмом, призванным обеспечить конституционную законность (правовую охрану конституции), является институт конституционного контроля.

Конституционный контроль, осуществляемый в силу закона, именуется обязательным, проводимый же по инициативе какого-либо органа квалифицируется как факультативный. Конституционный контроль может быть *формальным*, когда проверке подвергается соответствие (конституционность) фактического порядка принятия закона, ставшего объектом конституционного контроля, установленным (должным) процедурам его рассмотрения и принятия, и *материальным*, когда проверке подвергается конституционность самого содержания закона (иного правового акта) или отдельных его положений. В зависимости от времени придания акту юридической силы (признания его вступившим в силу) возможен *предварительный конституционный контроль*, осуществляемый до вступления в силу закона, принятого парламентом, но еще не санкционированного главой государства (применяется, к примеру, во Франции), и *последующий*, или *репрессивный*, связанный с проверкой конституционности уже вступившего в силу закона. Последний является наиболее распространенным в практике. Различают также конституционный контроль *кон-*

¹ Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика : монография. М. : Норма, 2017. С. 128.

кретный, связанный с определением конституционности закона, применяемого при разрешении конкретного дела (как правило, данный контроль осуществляют общие суды в связи с рассмотрением дела, по которому надлежит применять оспариваемый нормативный акт), и *абстрактный*, осуществляемый вне связи с рассмотрением конкретного дела.

§ 11.2. Становление и развитие конституционного контроля

Конституционный контроль, являясь следствием утверждения в механизме государственности начал разделения властей и верховенства права, исторически связан с учреждением системы конституционализма и имплицитно присущими ему принципами разделения властей, формирования правового государства, принадлежности власти народу, признанием и гарантированием гражданских прав и свобод.

Вместе с тем, отдельные проявления учреждений конституционного контроля формируются уже на ранних стадиях развития государственности¹. Так, утверждается, что элементы конституционного контроля можно обнаружить в правовой системе Германии еще в XII в., Франции – в XIII в., Португалии – в XVII в., в 1610 г. в деле Томаса Бонхэма против Врачебной палаты, рассмотренном судьей Э. Коуком². Отмечается, что в решении по данному делу талантливый юрист блестяще обосновал ничтожность парламентского закона, наделяющего орган сословно-цехового самоуправления (Врачебную палату) правом налагать на врача штраф, половина суммы которого поступала председателю Палаты; тем самым закон делает Палату заинтересованной в исходе дела, что противоречит принципу общего права «*debet esse iudex in propria causa*» («никто не может быть судьей в своем деле»). При этом Э. Коук, аргументируя свое решение, заявил: «Наши книги показывают, что во многих судебных делах «Общее Право» превалирует над Актами Парламента и иногда заставляет признать их недействительными: так как в случае, когда Акт Парламента противоречит выраженным в Общем праве субъективному праву и разуму, или несовместим с ними или его невозможно исполнить, Общее право превалирует над ним и такой Акт должен быть признан недействительным».

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Конституционный судебный процесс : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 44–58.

² См.: Ведерников Н. Т., Петренко Д. С. Конституционное правосудие (исторические, теоретические и организационные основы). М. : Изд-во РГТЭУ, 2017. С. 58–59.

Э. Ж. де Сийес, видный идеолог Великой французской революции, аббат¹ в 1795 г. высказал мысль о необходимости создания «специальной власти», которая могла отменять законодательные акты, противоречащие конституции². При этом Сийес считал, что судебная власть не должна охранять конституцию и предлагал наделить соответствующими полномочиями специальный орган «политического и представительного характера который он называл «конституционное жюри» (*jurie constitutionnaire*)³ (справедливо замечено, что в современном понимании это означает, что Э. Ж. де Сийес был сторонником *политического конституционного контроля*). Его идея была реализована в Конституции I Империи (Конституции «Восьмого Года») 1799 г., принятой в период правления Наполеона, которая содержала отдельную главу об Охранительном сенате («*le senat conservateur*»)⁴. Согласно ст. 24 Конституции этот орган должен был «бдеть над правами и интересами французской нации». Ему было предписано утверждение или отмена актов, противоречащих Конституции и обжалованных перед ним другими органами власти, причем соответствующие представления допускались лишь в отношении неопубликованных актов. Тем самым предусматривался предварительный (по современной терминологии) контроль. Обращается внимание и на то обстоятельство, что своеобразный опыт конституционного правосудия был получен в мексиканском штате Юкатан. Здесь выдающимся мексиканским государствоведом М. К. Рехоном была подготовлена и вступила в силу в 1840 г. Конституция, предусматривавшая учреждение процедуры «ампаро» – института специализированного судебного контроля, охраны конституционного правопорядка и режима законности, осуществляемой органами судебной власти в рамках самостоятельного производства в отношении любого нормативного акта, противоречащего Основному закону.

Отмечается, что первоначально в Австрии Федеральный суд в 1867 г. получил полномочия разрешать споры о защите индивидуаль-

¹ Сьейс (Сийес) Эммануэль Жозеф (1748–1836) участвовал в подготовке французских революционных конституционных актов: Декларации прав человека, проекта Конституции 1791 г. и 1793 г. С 1793 г. – депутат Конвента, член Совета пятисот и Директории, один из трех консулов термидорианского периода, член имперского Сената в 1800–1815 гг.

² См.: Шаповал В. Н. Сущностные характеристики конституционного контроля // Конституционное Правосудие. Вестник конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. – 2005. – № 1. – С. 48.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 47.

ных политических прав; в то же время Государственный суд выносил решения по конституционным жалобам. Усматривают отдельные проявления конституционного контроля в федеральной Конституции Швейцарии 1848 г., при этом уточняется, что более широкие полномочия Федеральный суд этой страны приобрел с изменением Конституции в 1874 г.

И хотя к концу XIX в. некоторые формы квазиконституционного контроля можно встретить в законодательстве и других стран Европы¹, тем не менее, собственно первым специализированным органом конституционного контроля явился созданный в 1920 г. в Австрии конституционный суд, статус которого был закреплен в Конституции страны (по другой версии, первый в Европе конституционный суд был учрежден в Чехии). Австрийский конституционный суд возглавил основоположник нормативистской теории права, блистательный юрист Г. Кельзен. В последующем эта модель конституционного правосудия мигрировала в другие европейские страны и на другие континенты.

По мнению венгерского конституционалиста А. Шайо, Кельзен выдвигает три аргумента, которые с точки зрения конституционализма обосновывают необходимость существования конституционного суда:

1. Условие конституционного правового порядка – логическое единство, которое обеспечивается отношением к конституции как к высшему закону. 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. Г. 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 функцио-

¹ Австрийская модель конституционного контроля в преддверии Второй мировой войной вводится в Чехословакии (1920), Греции (1927), Испании (1931), Ирландии (1937), Египте (1941). Начавшаяся война прервала дальнейшее распространение и деятельность созданных структур конституционного контроля.

С демократизацией государственных режимов в странах Восточной Европы в 1980–1990-е годы связано учреждение органов конституционного контроля в этой части европейского ареала. Практически во всех этих странах (Албания, Болгария, Венгрия, государства Балтии, Польша, Румыния, Словакия, Словения, Хорватия, Чехия и др.) в начале 1990-х годов конституционно учреждались институты конституционного контроля.

нирования конституции необходим конституционный суд как государственный орган, отличный от обычного суда. По мнению Эрмакора, который отчасти является последователем Кельзена, конституционное судопроизводство представляет собой эффективную защиту конституции. «Эффективность» в данном случае складывается из выполнения 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»¹.

В понимании Шайо 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 было установить, поскольку Конституция не считалась документом, призванным сделать реальными права человека или естественное право.

Смена парадигмы в отношении конституционного контроля произошла после Второй мировой войны, когда в качестве реакции на бесчеловечность нацизма была признана необходимость включения в конституции основных прав человека.

Решением проблемы стал централизованный конституционный суд по той модели, которую обосновал Кельзен, однако с более сильной защитой индивидуальных прав. Централизованность обосновывалась простыми соображениями кадровой политики. Всегда найдется 10–20 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 Испании и в подавляющем большинстве посткоммунистических стран. Там, где судьи оставались неприимыми к нарушению конституционного порядка или где не было необходимости устранять последствия антиконституционной диктатуры, система конституционного контроля законов сформировалась как бессистемная или как неполная, причем для этого в основном не создавался особый суд.

¹ Шайо А. Самоограничение власти. Прерогативы исполнительной власти // Червонюк В. И., Калинин И. В., Назарова И. С. Антология конституционных учений. Ч. II. 3-е изд., обновл. С. 458.

На Европейском континенте традиционная концепция верховенства закона и невозможности судебного контроля наиболее сильной была по историческим причинам во Франции. Именно здесь в связи с принятием Конституции Пятой Республики (1958) утверждается модель квазисудебного органа конституционного контроля.

В современной Европе, особенно в последние десятилетия, 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 Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., механизмом соблюдения которой является Европейский Суд по правам человека.

§ 11.3. Модели (типы) конституционного контроля

Различают две наиболее распространенные модели специализированных органов конституционного контроля:

– американская модель, в соответствии с которой конституционный контроль возлагается на суды общей юрисдикции (как правило, высшие судебные инстанции). Американская модель основана на прерогативе высшего судебного органа общей юрисдикции – Верховного суда выносить решения о неконституционности законов. При этом Суд может объявить неконституционным любой закон, подлежащий применению в конкретном деле. Такая система конституционного контроля действует в США, Канаде, Японии, Австралии, Индии, Швейцарии, скандинавских странах и др.;

– европейская модель, предполагающая, что такой контроль осуществляется специализированными конституционными учреждениями – конституционными судами или квазисудебными конституционными органами (например, Конституционным советом во Франции). Европейская модель предполагает создание специализированных органов конституционного правосудия, правомочных рассматривать исключительно конституционно-правовые дела¹.

Главное преимущество американской модели усматривают в том, что «она носит более целостный характер, поскольку в решении конституционно-правовых вопросов участвует вся судебная власть, весь судебский корпус»². К числу недостатков (на примере США) причис-

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Конституционный судебный процесс : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 38.

² Жеребцова Е. Е. Становление и развитие судебного конституционного контроля в

ляют: неправомочность Верховного суда пересматривать решения судов штатов в случае изменения ими норм общего права, истолкования каким-либо образом закона штата или признания его недействительным, кроме тех, которые затрагивают вопросы федерального законодательства; неправомочность Верховного суда осуществлять административный контроль над судами штатов; инцидентный порядок решения конституционных вопросов; возбуждение процедуры конституционного производства только по инициативе частных лиц; длительность судопроизводства; обязательность решения только для сторон и сложность придания решению общеобязательной силы; опасность личностной окраски конституционной практики Верховного суда США; возможность противоречивого толкования Конституции на разных исторических этапах деятельности Верховного суда¹.

Европейская модель основана на том, что специально учрежденные конституционные суды рассматривают дела о конституционности закона вне связи с конкретным делом, рассматриваемым судом общей юрисдикции. Такая модель конституционной юстиции характерна для Российской Федерации. При этом в России органы конституционного контроля, как и в других странах – Германии, Турции, Италии и др., включены в систему судебной власти. В иных странах (Франция, Италия, Испания, Польша и др.), в судебную систему такие органы не входят.

Особенности и характерные черты, «свои» достоинства европейской (кельзеновской) модели исследователи проблемы видят в следующем:

- в европейской модели конституционное правосудие реализуется как особая деятельность специальных судебных органов в сфере конституционного контроля; в федеративных государствах подобные органы могут создаваться как на общегосударственном уровне, так и в субъектах федерации;

- судебный конституционный контроль – не одна из побочных функций, наряду с другими, как у судов общей юрисдикции в американской модели, а единственная;

- конституционные суды, учитывая их функциональное предназначение, образуются способом, отличным от формирования судов общей юрисдикции. Нередко он предполагает участие государствен-

США // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2009. – № 6.

¹ См.: Ярославцева Д. К. Правовое значение Верховного Суда США в реализации судебного конституционного контроля // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2009. – № 6.

ных органов, относящихся к различным ветвям власти. В состав конституционных судов избираются (назначаются), как правило, профессора права, государственные чиновники высокого ранга, другие высококвалифицированные юристы;

- особенности правового положения конституционных судов обуславливают процессуальный порядок их деятельности, отличный от всех иных судебных процедур, который именуется конституционным судопроизводством;

- конституции и законы европейских стран предусматривают, что решения органа конституционной юрисдикции носят общеобязательный характер, т. е. обязательны не только для сторон по делу, как это свойственно американской модели, а для всех субъектов права. Признание какого-либо правового акта, не соответствующим конституции, непосредственно влечет за собой утрату им юридической силы;

- европейскую модель отличает большее, чем в американской модели, многообразие видов осуществляемого контроля. Законодательством может допускаться возможность не только последующего, но и предварительного контроля, который осуществляется до вступления правового акта в юридическую силу. Хотя судебный конституционный контроль носит в основном постановляющий характер, допускаются и некоторые его консультативные формы;

- в условиях европейской модели допускается возможность осуществления как конкретного, так и абстрактного конституционного нормоконтроля, который не связан с каким-либо конкретным судебным делом¹.

Разновидностью данной системы является учреждение квазисудебных органов конституционного контроля. К примеру, такой орган – Конституционный совет – функционирует во Франции. Надо сказать, что отечественной практике такая модель не чужда. В 1989 г. в СССР (а затем и в РСФСР, действовавший, правда, непродолжительное время с таким названием) был учрежден Комитет конституционного надзора, отдаленно напоминавший квазисудебный орган конституционного контроля.

В принципе Россия восприняла европейскую модель, характеризующуюся созданием специального органа конституционного контроля (конституционного суда, совета) для разрешения в особой про-

¹ См.: Александрова М. А. Конституционный Суд Российской Федерации как современная модель конституционного правосудия // Российский судья. – 2010. – № 3; Харитонов Н. Н. Перспективы эволюции конституционного контроля: зарубежная и отечественная практика // Право и политика. – 2005. – № 11; 2006. – № 1. – С. 23.

цедуре конституционно–правовых вопросов и споров, хотя были и сохраняются сторонники американской модели, отличающейся тем, что конституционный контроль является функцией судов общей юрисдикции (всех в стране или только Верховного Суда), реализуемой при осуществлении ими обычного судопроизводства по конкретным уголовным, гражданским и иным делам. Европейская модель судебного конституционного контроля была избрана и большинством постсоциалистических государств¹.

Современная литература обращает внимание и на иные модели. Так, в государствах исламского типа конституционно учреждаются органы, которые осуществляют контроль за соответствием как конституции, так и законодательства принципам ислама. К примеру, в Иране эта функция возложена на Совет экспертов.

Критикуя подход, сводящий все разнообразие моделей (типов) конституционного правосудия к двум – концентрированной и диффузной, П. Перес Тремпе выделяет три «организационные системы» конституционного правосудия²: *первая модель* представлена системой специального конституционного суда или трибунала, притом, что конституционный суд осуществляет, монопольно или нет, конституционное правосудие и находится вне судебной системы как орган не только специализированный, но и специальный. Эта модель распространена в ряде государств Латинской Америки – Боливии, Чили, Колумбии, Эквадоре, Гватемале, Перу; *вторая модель* позиционируется с системой специализированного органа, «встроенного» в национальную судебную систему (Сальвадор, Коста-Рика, Никарагуа, Парагвай, Венесуэла); *третья модель* характеризует собой систему наделения полномочиями по отправлению конституционного правосудия неспециализированных судебных органов. По утверждению автора анализируемого подхода, конституционное правосудие

¹ Считается, что в конституционную систему Российской Федерации правомерно включать и конституционные (уставные) суды субъектов Федерации. Аргументируется это тем, что объединение этих органов в рамках конституционной юстиции страны обусловлено характером осуществляемых ими задач (Кряжков В. А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации (правовые основы и практика). М., 1999. С. 109).

² См.: Perez Tremps P. La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial Referencia a America Latina // Revista brasileira de direito constitucional. V. 1. N. 1. 2003. Цит. по: Сторожев А. Н. Модели конституционной юстиции // Актуальные проблемы российского права. – 2013. – № 9. С. 1108–1114; Миряшева Е. В., Павликов С. Г., Сафонов В. Е. Судебный конституционный контроль в России и зарубежных странах: история и современность // СПС «КонсультантПлюс».

смешивают функционально и институционально с обычным правосудием (Аргентина, Бразилия, Мексика, Панама, Уругвай)¹.

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционный судебный процесс : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 41.

РАЗДЕЛ II. ИНСТИТУТ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ, ФОРМЫ ПРАВЛЕНИЯ И ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

Глава 5. КОНСТИТУЦИОННЫЙ СТРОЙ СОВРЕМЕННЫХ ЗАРУБЕЖНЫХ ГОСУДАРСТВ

§ 1. Понятие конституционного строя и его основ

Не только современной конституционной лексике, но и конституционному законодательству понятие конституционного строя известно. Хотя надо признать, что конституционное законодательство зарубежных стран использует различные лингвистические конструкции для отображения тех моделей государственного и общественного строя, которые тем или иным образом отображаются в национальных конституциях. Есть сравнительно небольшая группа стран, конституции которых оперируют данным понятием и даже конкретизируют в ряде положений его конституционный смысл. Вполне определенно по данному вопросу высказывается конституционный законодатель ФРГ. Согласно абз. 3 и 4 ст. 20 Основного закона, «законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие – законом и правом. Если иные средства не могут быть использованы, все немцы имеют право на сопротивление любому, кто предпринимает попытку устранить этот строй». Как видно, данное понятие употребляется отнюдь не в формально-юридическом смысле. Точно так же в качестве сегмента социальной действительности понятие конституционного строя употребляется и в ст. 20а Основного закона ФРГ. Отмеченные положения Основного закона ФРГ настолько важны, что в современной германской конституционной доктрине они обозначают не иначе как «малая конституция».

Однако довольно большая группа стран избегает употребления концепта «конституционный строй», используя для характеристики государственного и общественного устройства иную терминологию. В традициях стран иной конституционной культуры в словоупотреблении терминология, более близкая национальной культурной традиции. При этом чаще всего характеристики государственного и общественного устройства более или менее пространно закрепляются в начальных разделах, главах национальной конституции – в общих положениях, руководящих началах, «основополагающих принципах» (ч. 1 Конституции Анголы), «направляющих принципов фундаментальной государственной политики» (глава V Конституции Таиланда,

в том числе включающая ч. 4 «Политика в сфере религии, социальной сфере, сфере здравоохранения, образования и культуры»¹ «руководящих принципах государства» (ч. 1 Конституции Республики Судан», «сновополагающих принципах государственной политики» (ст. 8 Конституции Бангладеш), «экономических основах» (глава 2 Конституции Йемена). Согласно § 1 главы 1 «Основы государственного строя» Конституции Швеции («Форма правления 1974 г.), «правление осуществляется посредством государственного строя, основанного на представительной и парламентской системе, и посредством коммунального самоуправления». В Конституции Вьетнама помещены главы «Экономическая система» (глава II), «Культура, образование, наука и техника» (глава III). Конституция Кубы включает раздел 1 «Политические, социальные и экономические основы государства». Раздел 1 с одноименным названием содержит Конституция Никарагуа². Конституции ряда исламских государств нередко помещают такие положения под рубрикой «Государство». Особо пространный образ общественного строя представлен в Конституции Египта 2014 г.; глава 2 Конституции «Основные составляющие общества» включает несколько разделов: раздел 1 «Социальные составляющие» (ст.ст. 7–26); раздел 2 «Экономические составляющие» (ст.ст. 27–46); раздел 3 «Культурные составляющие» (ст.ст. 47–50).

Довольно большая группа стран в национальных конституциях избегает сколько-нибудь юридического закрепления тех или иных характеристик общественного строя, что в особенности касается избранной модели экономического строя. В то же время юридическое признание основных экономических прав и в таких странах не исключается.

В целом следует отметить значительное своеобразие конструктивных построений национальных конституций в закреплении тех или иных элементов конституционного строя. Можно даже сказать, что в данном вопросе каких-либо стандартов не существует. Так, страны африканского континента безотносительно к тому, какую из моделей государственности они восприняли, проявляют значительный интерес к закреплению в национальных конституциях социальных обязательств государства, механизмов сплочения традиционного общества, установления и поддержания конституционных порядков. Государства Восточной Европы, понятно, ориентированы на модель

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Центральная Азия и Индостан.

² Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка.

общественного развития, укоренившуюся в странах Европейского Союза; в то же время и в этом случае не исключается привнесение национального, как это, в частности, получило закрепление в Конституции Венгрии 2011 г., имеет распространение в конституционной практике (к примеру, в Сербии). Целая группа государств – участников СНГ закрепляют в национальных конституциях некий свод основ (принципов) конституционного строя, при этом не раскрывая конституционное содержание самого строя и его особенности в различных областях жизни, прежде всего в экономике (например, раздел I «Основы конституционного строя» в Конституции Республики Беларусь; раздел I «Общие принципы» в Конституции Кыргызстана; глава I «Основы конституционного строя» в Конституции Армении; раздел I «Основные принципы» в Конституции Молдовы и т. д.).

Своей «конституционной историей» рассматриваемое понятие отличается в отечественном государствоведении и конституционной практике.

В отечественной государствоведческой лексике термин «конституционный строй» применительно к России не использовался. Прежние конституции – российские и союзные – использовали иную терминологию. Если первые конституции лишь закрепляли основные черты государственного строя, то в Конституции РСФСР 1937 г. появилась глава «Общественное устройство», а кроме того, были введены в оборот понятия «политическая основа» и «экономическая основа». В Конституции 1978 г. содержался раздел 1 «Основы общественного строя и политики РСФСР». Он включал главы «Политическая система», «Экономическая система», «Социальное развитие и культура», «Внешнеполитическая деятельность и защита Отечества».

Действующая Конституция Российской Федерации главу 1 первого раздела именует «Основы конституционного строя». При этом отдельно словосочетание «конституционный строй России» не встречается в конституционном тексте. Конституционный законодатель использует лингвистическую конструкцию «основы конституционного строя» как в названии главы 1, так и в отдельных статьях Основного закона (ч. 5 ст. 13, ч. 2 ст. 16, ч. 3 ст. 55)¹.

Таким образом, применительно к конституционному строю понятие «основы» употребляется исключительно в формально-юридическом значении – в смысле правовых основ, или нормативных положений Конституции, закрепляющих его преимущественно базовые, или фундаментальные характеристики. В этом случае, а равно в тех случаях, когда национальные конституции не употребляют понятие конституционного строя, его смысловое значение можно воспроизвести исключительно логическим путем из взаимосвязанного толкования тех положений национальной конституции, в которых закрепле-

¹ Считается, что конституционный законодатель в главе 1 Конституции чрезмерно юридизировал значение конституционного строя, представив его в Основном законе исключительно в качестве некоего множества принципов права.

ны те или иные принципы (основы) конституционного строя. При этом неважно, использует ли национальный конституционный законодатель термин «основы конституционного строя» или обозначает принципы общественного строя, используя иные лингвистические формулы. В любом случае мы встречаемся с тем, что в национальной конституции с использованием словосочетания «основы конституционного строя» либо без такового запечатлен (более или менее выразительно) правовой образ государственного и общественного строя страны.

Отмеченное указывает на то, что концепт «конституционный строй»¹, имеющий свой действительный аналог в конституционной действительности, получивший категориальный государствоведческий статус, должен приобрести соответствующую его статусу определенность.

В этой связи серьезной методологической ошибкой следует считать отождествление основ конституционного строя с собственно конституционным строем – фактически существующего строя и его составляющих, которые получают формально-юридическое закрепление. Отсюда утверждение о том, что «конституционный строй – это урегулированная положениями Конституции Российской Федерации организация государственной и общественной жизни...»² следует признать, мягко говоря, неточным (правильнее сказать – ненаучным). Такое понимание достаточно распространено среди юристов и смешивает содержание анализируемого феномена с его юридической формой (юридическая форма – это то, что отражено в Конституции, содержание – то, что имеет место в реальной конституционно-правовой жизни). При таком подходе вся сфера конституционно-правовой жизни, или действия Конституция, остается за пределами научного анализа и, таким образом, весьма своеобразно (неточно) представляет конституционно-правовую картину страны. Предлагаемое понимание конституционного строя даже в контексте аналитического подхода (позитивистской методологии) выглядит достаточно радикально. Следует, однако, обратить внимание на извинительное обстоятельство, присущее большой группе авторов отмеченной работы, поскольку задолго до обнародования ими цитируемого положения, оно уже было сформулировано известными отечественными конституционалистами (об этом, правда, сведущему читателю приходится только догадываться). Так, в понимании Е. И. Козловой и О. Е. Кутафина «каждое государство характеризуется определенными чертами, в которых выражается его специфика. Оно может быть демократическим, республикой или монархией и т. д. Совокупность таких черт позволяет говорить об определенной форме, определенном способе организации госу-

¹ О сущностном несовпадении понятия и концепта см.: Червонюк В. И. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки. М., 2017. С. 300–301.

² Конституционное право России... / под ред. Б. С. Эбзеева, Е. Н. Хазова, А. С. Прудникова. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015. С. 102. Эта же «мысль» содержится и в последующем издании работы, состав ответственных редакторов которой обновился (см.: Конституционное право России : учебник для студентов вузов, обучающихся по направлениям подготовки «Юриспруденция / под общ. ред. В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева; под ред. Е. Н. Хазова, Н. М. Чепурновой. 9-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2018. С. 123).

дарства. Этот строй, закрепленный конституцией государства, становится его конституционным строем»¹.

Подобный подход имеет под собой методологическую основу – смешение должного и сущего, представление того, что закреплено в конституции в качестве конституционно должного и реальных конституционных порядков. Однако достаточно общее (в форме общих конституционных принципов) закрепление желательной модели государственно-го и общественного строя в национальной конституции никак не превращает его в реальный конституционный строй. Это всего лишь конституционный образ того, что должно себя проявить в будущем, сложиться в реальной жизни (этот образ как раз и отображается в головах исследователей). Отмеченное справедливо даже в том случае, если конституция квалифицирует государство в качестве конституционного (демократического, правового, социального и пр.). Именно так обстоит дело с обретшими самостоятельность бывшими республиками Союза ССР (не только позиционируемых с государствами Центральной Азии), которые конституционно декретировали себя в качестве конституционных (социальных, правовых, демократических государств).

Конституционализм и конституционный строй. При оценке рассматриваемого концепта, прежде всего, необходимо обратить внимание на его генетическую связь с феноменом конституционализма. Как показывает анализ, конституционный строй появляется при определенных условиях развития общества и государства, и в этом смысле он (строй) произведен от феномена конституционализма.

Смысловое значение конституционализма раскрывается по меньшей мере в трех значениях: во-первых, как принципа или идеи такого государственного и общественного устройства, которое основывается на народовластии, признании и гарантировании прав и свобод, разделении властей. Конституционализм в этом смысле есть конституционный идеал, к которому должно стремиться общество в своем прогрессивном развитии, он противостоит абсолютизму и имеет свои временные параметры, различные для разных стран. В странах Западной Европы утверждение конституционализма обычно связывается с эпохой буржуазно-демократических революций, хотя его проявления применительно к отдельным странам можно наблюдать гораздо ранее; во-вторых, как система (типы, модели) правления, ограниченная конституцией, или общественно-политическая система, опирающаяся на конституционные методы правления; в-третьих, в значении конституционной доктрины, в основу которой положена идея конституционализма².

С позиции современного конституционного правопонимания (В. И. Крусс) понятие конституционализма органично связано с реальной конституционной практикой, соответствующей конституционным идеалам.

Имплицитно присущая конституционному строю связь с конституционализмом позволяет сделать вывод о том, что в указанном смысле конституционный строй представляет собой воплощение фундаментальных принципов конституционализма: *это разновидность государственного и общественного строя, основанного на принципах народовластия, разделения властей, признании человека, его прав и свобод высшей ценностью общества, связанности госу-*

Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. М. : Юристъ, 2003. С. 121.

² См.: Степанов И. М. Уроки и парадоксы российского конституционализма. Очерк-эссе. М., 1996.

дарства правом и подчинения приоритетам и интересам гражданского общества.

Конституционным является строй, основные устои которого отображены в демократической конституции и представлены реальной конституционной практикой. Конституционный строй в этом смысле есть совокупность конституционных отношений, устоявшаяся конституционная практика, в которой реализуется суверенитет народа, права и свободы личности, prerogatives органов государственной власти, конституционные интересы.

Это широкий формат понимания конституционного строя. Он отражает реально существующий общественный строй, хотя и отличающийся особыми характеристиками. В этом (конституционном формате или в материальном) значении составляющими конституционного строя можно признать его экономическую, политическую, социальную и духовно-культурную составляющие. Иначе говоря (становясь на позиции социологии конституционного права), в составе конституционного строя можно выделить четыре его составляющие: 1) экономический строй, или экономическую основу (систему) конституционного строя; 2) политический строй, или политическую основу; 3) социальную основу (систему); 4) духовно-культурную основу. Нетрудно заметить, что каждая из составляющих соответствует определенной сфере общественной жизни – экономике, политике, социальной или духовно-культурной. Конституционный строй, таким образом, соотносим с реальными сферами жизнедеятельности людей, в которых реализуются их права и свободы, проявляет себя во всем многообразии феноменов властвования.

Взгляд на конституционный строй с позиции национальной конституции, действующей в конкретно взятой стране, позволяет формализовать наши представления, оценив этот строй (представленный в материальном значении) в *формальном (специально-юридическом) значении* – как оформленное в основном законе устройство государства и общества или как базирующийся на национальной конституции и защищаемых ею ценностях способ организации публичной власти.

Анализ конституционного строя в его формальном понимании выводит на проблему *основ, или принципов конституционного строя* – основных идей, определяющих конституционное устройство страны и получивших признание в национальных конституциях. Набор таких принципов (основ) как формальных характеристик конституционного строя определяется типом государственного и общественного устройства. В самом общем виде можно выделить две группы таких прин-

ципов: 1) касающиеся места человека и гражданина в системе государственного и общественного устройства, его разнообразные связи и состояния в структуре гражданского общества, равно как и связанные с этим институты гражданского общества; 2) относящиеся к организации государственной власти, или к системе властвования.

Как действующая в той или иной стране конституция (высшее право) отражает сложившийся в ней конституционный (государственное и общественное устройство)? Очевидно, что содержание, «состав» конституционного строя отдельно взятого государства нельзя вывести логическим путем, не обращаясь к конституционной реальности, частью которой являются формальная и материальная конституция. Как показывает анализ проблемы, современные конституции и конституционная практика (материальная конституция) позволяют выделить два уровня конституционного регулирования конституционного строя, соответственно выделив два класса конституционных норм и принципов. Это нормативный слой, отображающий: во-первых, *конституционный образ государства*, который характеризует систему публичной власти страны, или организацию властвования. Эта составляющая конституционного строя отображает государственный строй или государственную жизнь всякого современного общества. Однако выражение отмеченной составляющей в понятии *конституционного государства* возможно со значительными оговорками; отсюда и понятие конституционного государства (весьма популярное в российском государствоведении дореволюционного периода), учитывая многообразие типологических особенностей государственности разных стран, следует воспринимать как допущение; во-вторых, как реальный *общественный строй, или гражданскую жизнь* – организацию жизнедеятельности современного социума – гражданское общество.

Отсюда в структуре конституционного строя обособляются своей специфичностью две составляющие, каждая из которых, являясь объектом конституционного регулирования, обладает существенными особенностями: 1) *организация государства*; 2) *государственно организованное общество*. Вместе с тем, конституционный строй не был бы конституционным, если бы однозначно не исходил из первичности и доминирующего положения всего, что лежит за пределами государственной организации.

Структуре конституционного строя соответствует и нормативная структура конституционного права, представленная двумя группами его принципов (преимущественно) и норм. Соответственно в контек-

сте реального содержания (материального состава) конституционного строя можно выделить две группы таких принципов (основ) и норм, относящихся: 1) к устройству общества, месту человека и гражданина в системе государственного и общественного устройства (основы гражданского общества); 2) к организации государственной (публичной) власти (основы организации публичной власти). Соответственно систематику принципов (основ) национальной конституции (равно как и главы 1 Конституции Российской Федерации) можно выразить в двух группах принципов: *первая группа* охватывает те из них, которые определяют конституционное устройство общества, или основы гражданской жизни, т. е. гражданского общества (народовластие; народный суверенитет); идеологическое многообразие и политический плюрализм; свобода экономической деятельности и многообразие форм собственности и т. д.); *вторая группа* конституционных характеристик касается устройства государства, всей системы публичной власти (государственный суверенитет, целостность, неделимость территории, государственный состав территории, пределы действия государственного суверенитета, принцип разделения властей, конституционная конструкция государства – правовое, демократическое, светское и т. д.).

Каждая из этих групп фундаментальных (базовых) конституционных принципов юридически оформляет одну из составляющих конституционного строя – устройство государства (государственной, всей системы публичной) власти и сферу гражданско-правовую жизнь обществу. Обособляя эти две группы разных по своей природе принципов, следует иметь в виду, что такое обособление в одно и то же время и принципиально, и условно. Между государственной и гражданской сферами жизни не существует «китайской стены». По этой причине принципы устройства государства напрямую затрагивают сферу гражданского общества, и наоборот.

С учетом отмеченного представляется, что конституционный контекст сферы гражданского общества (гражданско-правовая составляющая конституционного строя) – принципы и нормы (нормативные комплексы), прежде всего, относящиеся к характеристике гражданского общества, концентрированно могут быть охарактеризованы посредством анализа понятий политической, экономической, социальной и духовно-культурной основ конституционного строя. Что касается того сегмента конституционного строя, в котором реализуется конституционно заданный механизм властвования, или функционирования системы верховной публичной власти, то более всего это

может быть рассмотрено посредством обращения к анализу феномена государства и государственной власти. Отмеченное составляет предмет анализа данной и следующей глав.

§ 2. Экономическая основа конституционного строя.

Конституционная экономика

В современных условиях характер, объем, интенсивность конституционного регулирования экономического строя зависят, прежде всего, от принятой модели взаимодействия государства и экономики (которая в свою очередь предопределяется типом экономики, историческим этапом и др.). Современный этап регулирования характеризуется активным «проникновением» государства в сферу экономики. Активность государства предопределена и возложением на него социальных обязательств перед обществом. С этим в значительной мере связан феномен *конституционализации*, что применительно к сфере экономики имеет особое значение. Таким образом, состояние экономики, тип экономической системы в конечном счете обуславливают объем и характер конституционного регулирования экономических отношений.

Соответственно в современных конституциях в той или иной мере находит конституционное закрепление 1) тип экономического строя, или экономики: принципы экономического строя и принципы экономической деятельности (свобода предпринимательства, недопустимость монополизма, в некоторых – планирование принцип использования национальных богатств в общих интересах) (ст.ст. 40, 128 Конституции Испании, ст.ст. 19–21 Конституции Болгарии, ст. 20 Конституции Польши). Так, ст. 94 Конституции Швейцарии обозначена как «Принципы экономического строя»; часть II Конституции Португалии именуется «Экономическая организация общества»; а раздел VII Конституции Бразилии «Об экономическом и финансовом порядке», в котором помещены главы об общих принципах экономической деятельности, о сельскохозяйственной и земельной политике и аграрной реформе, национальной финансовой системе. Конституция Испании 1978 г. содержит главу 3, раздел 7 «Об основных принципах экономической и социальной политики». С этим связано закрепление конституционных основ экономической политики государства, его целей, его поведения в социальной сфере. Согласно ст. 14 Конституции Лихтенштейна, «высшей обязанностью государства является способствовать общественному благосостоянию». Иногда конституционно закрепляется тип (модель) экономики. Так, согласно п. 1 ст. 5 Консти-

туции Монголии, «в Монголии имеется многоукладная экономика, в развитии которой учитываются существующие в мире экономические отношения, а также специфические особенности своей страны»¹.

Исходным в регулировании экономических отношений является собственность. Если в конституциях первого поколения преимущественно подтверждался принцип незыблемости частной собственности, то конституционное регулирование собственности в современных условиях принципиально отличается: конституционно закрепляется режим владения, пользования и распоряжения отдельными объектами собственности. В основных законах упорядочены формы собственности – конституционный принцип (одна из экономических основ), в соответствии с которым государство признает и гарантирует равную защиту всех форм и видов собственности.

В отличие, к примеру, от США, где ограничений частной собственности не существует, в целом ряде стран конституционно определяются объекты, которые могут находиться только в государственной собственности. В частности, континентальный шельф, морские зоны, побережье, природные ресурсы (Конституция Испании); нефтяные месторождения и нефтяные компании (Конституции Кувейта, Ирана, Объединенных Арабских Эмиратов, Саудовской Аравии). По Конституции Йемена (ст. 8) «природные ресурсы и все производное из них, а также источники энергии на всей территории государства, в его недрах, в территориальных водах, на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне являются собственностью государства, которое использует их в общественных интересах». Согласно ст. 28 Конституции Катара, «природные богатства являются собственностью государства. Правительство обязано хранить их и использовать для получения наибольшей прибыли». Конституция наследственной монархии Кувейта также исходит из того, что «природные ресурсы и доход, который они приносят, являются собственностью Государства. Оно обеспечивает их сохранение и надлежащее использование в интересах Государственной безопасности и национальной экономики» (ст. 21).

Наряду с установлением правового режима частной и иных форм собственности, в основных законах получают отражение основы финансово-банковской и налоговой системы, нормы (конституционные декларации) об установлении и погашении государственного долга. Составная часть конституционного регулирования основ экономической системы – нормы о роли труда: установление запретов и наказания за дискриминацию, государственное урегулирование мер по сокращению безработицы и др. В основных законах Индии 1949 г., Перу 1979 г. и 1993 г., Бразилии 1988 г., Нигерии 1989 г. и в конституциях других стран говорится о необходимости защиты «от несправедливой эксплуатации».

Очевидно, что с полным основанием можно вести речь о все более утверждающей себя *конституционной экономике* – новом междисциплинарном, научно-практическом направлении, образующемся на стыке конституционного права и экономики. Справедливо отмечается, что в отечественной версии конституционная экономика позиционируется с «экономической конституцией», которая охватывает совокупность конституционных норм в экономической области и основана на идее верховенства права в сфере экономики². Экономическая

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан.

² См.: Андреева Г. Н. О месте концепции «экономической конституции» в европей-

конституция представляет собой системообразующий центр подсистемы конституционных норм, соединенных между собой логико-правовыми связями, и включает в себя принципы свободы экономической деятельности, единого экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции, признания и защиты частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности. Стержнем экономической конституции являются экономические основные права и свободы. Экономическая конституция закрепляет основы свободы экономической деятельности, устанавливает пределы государственной интервенции в процесс экономических действий и решений гражданина. Будучи сопряженной с концепцией социального государства, закрепляя экономические основы конституционного строя, экономическая конституция превращается в конституционно-правовую основу социально ориентированной рыночной экономики. Конституционная экономика позволяет понять взаимное влияние правовых и экономических факторов при принятии тех или иных государственно важных решений. Особую актуальность это приобретает в период экономического кризиса, поскольку один из предметов конституционной экономики – определение влияния экономических кризисов на государство и конституционных кризисов на экономику. Результатом такого воздействия, как правило, является изменение существующих форм правления либо типа экономических отношений, модели экономики. Отсюда важнейшие научно-практические задачи конституционной экономики – выявление конституционно-правовых предпосылок развития эффективной и социально ориентированной экономики, преодоление экономических кризисов. В этой связи конституционная экономика должна выработать базовые для экономики конституционно-правовые принципы различного рода правил, велений, императивов, запретов и рекомендаций, которые были бы не только рациональными с точки зрения внутренней логики конституционного права, но и эффективными с экономической точки зрения¹. Методы конституционной экономики есть способ познания, посредством которого познается предмет науки.

ском дискурсе // Журнал российского права. – 2007. – № 12. – С. 54–58; Ее же. Концепция «экономической конституции»: прошлое и настоящее // Концепция «экономической конституции». Современные исследования. М., 2008. С. 10–14.

¹ См.: Гаджиев Г. А. Очерки конституционной экономики : сборник статей. М. : Юстицинформ, 2010. С. 5.

§ 3. Социальная основа конституционного строя.

Социальное государство

Социальная основа конституционного строя выражена конструкцией *социального государства*. Современное государство не может не быть по своему характеру, целям и результатам деятельности социальным. Социальное государство – это фундаментальный конституционный принцип, или одна из конституционных основ, относящаяся к конституционно-правовому статусу государства, предполагающая конституционное гарантирование экономических и социальных прав и свобод человека и гражданина и соответствующие обязанности государства. Социальное – это государство, политика и деятельность которого направлены на создание реальных стандартов материального благосостояния, здравоохранения, образования, а в конечном счете на минимизацию фактического социального неравенства, создание общесоциальной системы защиты (социального комфорта) населения. В принципе назначением социального государства является воплощение в реальной жизни идей социальной справедливости и равенства.

Понятие «социальное государство» присуще всем современным развитым государствам. Это государство, которое обязано и фактически занято социальным обслуживанием населения. Оно регулирует условия общественной солидарности. Государство и муниципальные органы содержат многочисленные социальные службы – образование, коммунальное обслуживание, дошкольное воспитание, культурные учреждения.

Конституирование социального государства – это закономерность, вызванная качественными изменениями в общественном бытии, которые сопровождаются уточнением государственных функций. Как результат развития цивилизации социальное государство получает широкое распространение. Принцип социального государства закрепляют многие конституции.

Согласно национальной Конституции, «Испания конституируется в социальное и правовое государство, которое провозглашает высшими ценностями своего правопорядка свободу, справедливость, равенство и политический плюрализм» (ч. 1 ст. 1). Сходные нормы есть в Конституциях ФРГ (ст. 20), Болгарии (ч. 2 ст. 4), Словении (ст. 2), Хорватии (ст. 1) и др. На сущностные характеристики социального государства указывают Конституции Венгрии (преамбула и ст. 16), Словакии (ст.ст. 36, 39 и др.), Чехии (ст.ст. 26 – 35). На социальную природу государства прямо указывает Конституция Нидерландов: «Государственные органы должны заботиться об обеспечении средств к существованию и справедливому распределению богатства» (ч. 1 ст. 20); «Государственные органы должны заботиться об обеспечении населению достаточного жизненного уровня» (ч. 3 ст. 21 и др.). Принципы социального государства закреплены в международном праве и отражены в Европейской социальной хартии (1965). Цели социального государ-

ства получают свое дальнейшее развитие в европейской конституции – Лиссабонском Договоре, одной из частей которого является *Хартия Союза об основных правах* (2000), включающая обширный каталог социальных прав. Будучи ратифицированной в 2008 г. Российской Федерацией¹, Социальная Хартия стала составной частью российской правовой системы, т. е. действующим правом страны.

Социальная деятельность современных государств многомерна. В этой связи конституции и законодательство развитых демократических стран легализуют принципы социальной справедливости, социального партнерства, арбитражно-координирующую роль государства. Государство стремится к тому, чтобы высокие доходы в таких странах подлежали прогрессивному налогообложению, законодательно устанавливаются формы социальной поддержки малоимущих слоев населения. В государствах Западной Европы, к примеру, пособие выплачивается гражданам, если их доход ниже 60 % среднего дохода; выплаты по безработице в США составляют 500–600 долл. ежемесячно. Модернизируется пенсионное обеспечение, все более адаптированное на повышение качества жизни людей. По своей сути современное социальное государство не ограничивается установлением пособий для низкодходной части населения, стремится к тому, чтобы создавать новые высокооплачиваемые рабочие места, осуществлять меры, направленные на обеспечения достойного уровня и высоких стандартов жизни всех граждан.

§ 4. Политическая основа конституционного строя. Конституционный статус политических партий и неправительственных организаций

Власть, суверенитет, свобода личности, собственность – эти и другие основополагающие ценности затрагивают интересы больших групп людей, каждого взятого в отдельности человека. Сфера жизни, в которой формируются отношения по поводу завоевания, удержания и использования власти, суверенитета, обеспечения свободы личности, признания и защиты собственности, является политической областью бытия человека. Все, что так или иначе вовлечено в эту сферу, в науке отображается понятием политической системы, которая традиционно выступает объектом конституционного регулирования. В политологии и государствоведении понятие политической системы интерпретируется в двух значениях: *в узком* – как совокупность госу-

¹ См.: Федеральный закон от 3 июня 2009 г. № 101-ФЗ «О ратификации Европейской социальной Хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 года» // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2009. – № 23, ст. 2756.

дарственных и негосударственных организаций, участвующих в политической жизни общества. В этом смысле понятие политической системы сводится к понятию политической организации; *в широком* – политическая система представлена совокупностью всех политических явлений, так или иначе возникающих и существующих в связи с феноменами «политическая власть» и «политика». В этом значении политическая система охватывает: политическую организацию общества или политические учреждения, субъектов политики (институциональный аспект); политические нормы и принципы (регулятивный аспект); политические отношения (коммуникативный аспект); политическое сознание и политическую культуру; политический процесс и политический режим. Указанные элементы объединяются в политическую систему посредством категории политической власти. Таким образом, политическая система представляет собой единство политических институтов общества, объединенных целью завоевания, удержания и осуществления власти и связанных с нею ценностей. Через политическую систему общество, социальные группы людей, нации, классы формируют и возводят в закон свои интересы, защищают и реализуют их.

Конституционному регулированию подвергаются политические учреждения и политический процесс. Проявлением конституционализации является отнесение к предмету конституционного регулирования таких элементов политической системы, как *политические партии – сформировавшиеся на основе определенной идеологии объединения граждан, имеющие своей целью борьбу правовыми средствами за государственную власть и участие в ее осуществлении*. В развитых демократиях партии отделены от государства, выступают на стороне гражданского общества. Точнее говоря, в современных условиях они, скорее всего, выполняют функцию медиатора, посредника между государственной властью и населением, агрегируя его интересы и добиваясь их закрепления в законодательстве. Возникнув в связи со становлением и развитием парламентаризма, эволюционировав от политических клубов до институционально оформленных, связанных партийной дисциплиной субъектов властвования, политические партии заняли прочное место среди иных компонентов политической системы: они организуют и направляют проведение избирательных кампаний всех выборных органов публичной власти – от муниципальных корпораций до главы государства. По своей социально-политической сущности политические партии подразделяются на консервативные (правые), социал-демократические (левые) и центри-

стские. В ряде стран с развитой политической культурой политические партии создаются на основе объединения лиц определенного вероисповедания. Такие партии (конфессиональные) действуют в Италии, Польше, ФРГ, Японии и др. Политические методы, применяемые партиями для достижения целей завоевания власти, разделяют их на радикальные, выступающие за резкую смену политического курса; реформистские, отстаивающие эволюционные преобразования; экстремистские, содержанием политической деятельности которых являются незаконные средства. По характеру оформленности партии делятся на организационно оформленные (документальное оформление членства) и организационно не оформленные (формальное членство).

Институционализация политических партий обусловила создание на основе национальных конституций (как основы институционализации) режимов правового регулирования партий (некоторые исследователи небезосновательно считают, что жесткий государственный контроль может привести к их этатизации, или огосударствлению). Так, современные конституции: а) устанавливают свободное образование партий и политических организаций, явочный порядок их создания. Согласно ст. 4 Конституции Франции 1958 г. политические партии должны соблюдать принципы народного суверенитета и демократии и «содействуют выражению взглядов в ходе выборов». Основной закон ФРГ (ст. 21) определяет, что «партии содействуют формированию политической воли народа»; б) формулируют принципы (основы) организации и деятельности. По Конституции Испании структура и деятельность партий должны содействовать демократическим принципам (ст. 6); в) провозглашают принцип политического многообразия (Албания, Беларусь, Болгария, Македония, Румыния и др.); в) закрепляют право меньшинства на политическую оппозицию. Согласно ст. 6 Конституции Чехии «в основе политических решений лежит воля большинства, выраженная свободным голосованием. При принятии решений на основе большинства обеспечивается защита прав меньшинства» (см. также ст. 114 Конституции Португалии); г) устанавливают ограничения для пользования правом на объединения лицами из состава вооруженных сил и полиции; д) определяют роль партий в жизни общества; е) в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах (ст. 22) в конституциях могут быть установлены запреты на создание и деятельность партий, подрывающих основы конституционного строя.

Новым в законодательстве (в целом в институционализации) является правовое (в ряде стран – это конституционное) регулирование финансирования партий, в частности государственное финансирование, но только в ряде стран (например, в Анголе, Болгарии, ФРГ, Чехии, Франции, Канаде, Испании). Способы финансирования различны: в ФРГ все партии, набравшие на всеобщих выборах 2 % и более голосов избирателей, получают определенную сумму из государственного бюджета, а кроме того, им предполагаются определенные суммы за каждый голос (для партий, получивших не менее 0,5 % поданных голосов). Устанавливаются максимальные пределы пожертвований и др. Законодательно закрепляются источники финансирования. В странах Латинской Америки, а также в Италии, Болгарии, Индии, ФРГ разрешаются дарения в

пользу партий со стороны иностранных фирм и граждан. Партии обязываются вести учет всех поступающих взносов и пожертвований.

К примеру, в Польше финансирование политических партий из государственного бюджета является новеллой современного польского законодательства. Считается, что данный принцип позволяет не только обеспечить реальный контроль за деятельностью партий, но и усилить мотивацию участия партии в выборах. Конкретный размер предусмотренных законодательством дотаций и субвенций напрямую зависит от результатов избирательной кампании каждой из партий. Дотации носят единовременный характер и выдаются партии за каждый полученный мандат депутата и сенатора¹.

В Австрии ежегодно политические партии получают субсидии из государственного бюджета в размере около 30 млн евро и при проведении парламентских выборов могут расходовать средства из своего избирательного фонда в размере, не превышающем в совокупности 7 млн евро (по мнению представителей ряда политических партий, указанные размеры и предельные размеры расходования денежных средств уже не отвечают современным политическим и электоральным реалиям). Кроме того, указанные положения применяются к федеральным и европейским выборам и не применяются к региональным и муниципальным выборам (ст. 4 Федерального закона о финансировании политических партий). Согласно действующему законодательству, санкции за превышение предельного размера расходования средств из избирательного фонда (7 млн евро) варьируются в зависимости от конкретных размеров его превышения. Каждая политическая партия, имеющая в Национальном совете не менее 5 депутатских мандатов ежегодно получает 218 тыс. евро. При этом каждая парламентская партия получает 4,8 евро за каждый голос избирателя, полученный на прошедших парламентских выборах; непарламентские политические партии, получившие более 1 % голосов избирателей на прошедших парламентских выборах, получают 2,5 евро за каждый голос избирателя².

Своеобразная модель финансирования политических партий (оппозиционных) предусмотрена в странах Организации Американских государств. В частности, в Сальвадоре в соответствии со ст. 210 Конституции «государство признает политический заем в качестве механизма финансирования оппозиционных политических партий, направленный на поддержку их свободы и независимости, при этом дополняющий закон регулирует вопросы, относящиеся к данной сфере»³.

Представляет интерес практика финансового обеспечения выборов в США, где существует принципиально иная модель финансирования политических партий. Если для всех российских политических партий, представленных в Государственной Думе, основным источником финансирования являются средства федерального бюджета, то политические партии США существуют за счет частных пожертвований. Государственное финансирование в США тоже имеет место, но средства выделяются исключительно на избирательную кампанию. В 2014 г. «Законом Габриэлы Миллер» был установлен запрет на финансирование данных мероприятий из федерального бюджета. Что касается выделения средств федерального бюджета на избирательную кампанию, то оно осуществляется при условии ограничения максимальной суммы расходов, вследствие чего кандидаты зачастую отказываются от возможности использования подобных средств. Так, в 2016 г. все основные кандидаты от Демократической и Республиканской партий отказались от государственного финансирования, по крайней мере на эта-

¹ См.: Лафитский Д. В., Касаткина Н. М., Орлов А. Г. и др. Современные избирательные системы. Вып. 1. Великобритания, Канада, Мексика, Польша. М. : Норма : РЦОИТ, 2006.

² См.: Водяницкая Е. А., Гвоздев П. С., Ракитская И. А. и др. Современные избирательные системы. Вып. 6. Австрия, Ирландия, Норвегия, Чили / науч. ред. А. В. Иванченко, В. И. Лафитский. М. : РЦОИТ, 2011.

³ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 777.

пе праймериз. Основным источником финансирования Республиканской и Демократической партий выступают частные пожертвования. В отличие от России, в США финансирование политических партий регулируется избирательным законодательством. С 1867 г. в США было принято 14 законов, регулирующих различные аспекты финансирования избирательных кампаний федерального уровня. В настоящее время наиболее значимые вопросы, касающиеся партийного финансирования, регулируются «Двухпартийным законом о реформе избирательных кампаний» (Bipartisan Campaign Reform Act of 2002), именуемым также законом Маккейна–Фейнгольда, которым были внесены изменения в закон о федеральных избирательных кампаниях 1971 г. (Federal Election Campaign Act – FECA). На развитие законодательства США, связанного с финансированием избирательных кампаний в целом и политических партий в частности, существенное воздействие оказало и решение Верховного суда США 2014 г. об отмене общего лимита для жертводателей – физических лиц, признавшего подобное ограничение неконституционным¹.

Еще одним отличием законодательства США является возможность внесения анонимных пожертвований – на сумму не более 100 долл. В остальных случаях законодательство США при осуществлении пожертвования предусматривает прохождение идентификации².

По указанным выше причинам, как отмечают исследователи проблемы (Ф. Долгих), в США финансирование политических партий за счет средств государственного бюджета не приобрело того значения, которое имеет в Российской Федерации и других странах.

В Мьянме финансирование участия политических партий и независимых кандидатов в выборах депутатов Национального законодательного собрания частично регулируется Конституцией Мьянмы, в частности посредством закрепления положения о внесении политическими партиями собственных денежных средств для регистрации их участия в выборах, а также за каждого выдвинутого политической партией по соответствующему избирательному округу кандидата³.

Контроль за финансовой деятельностью имеет в ряде стран конституционные основания. Так, в соответствии со ст. 236 Конституции Таиланда Избирательная комиссия Таиланда имеет полномочие и обязанность определять меры для осуществления контроля за пожертвованием денежных средств политическим партиям, оказания финансовой поддержки государством, расходования денежных средств политическими партиями и кандидатами и государственного аудита счетов политических партий, а также регулирования выплат и получения денежных средств для использования при голосовании на выборах⁴. В соответствии со ст. 104 в Конституции Шри-Ланки Комиссия вправе в период

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран: курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Избирательное право. М., 2017. С. 294–306; Червонюк В. И., Калинин И. В. Финансовое обеспечение выборов (сравнительный анализ конституционной практики зарубежных государств) // Конституционное и государственное право. – 2018. – № 1. – С. 23–30.

² См.: Долгих Ф. Микропожертвования как источник финансирования политических партий – российские реалии и опыт США // Сравнительное конституционное обозрение. – 2017. – № 2 (117). – С. 92 – 101.

³ В Мьянме в связи с ограниченностью финансовых ресурсов отдельные политические партии, в частности Партия национальной демократической силы, при проведении 7 ноября 2010 г. парламентских выборов выдвинули своих кандидатов только по некоторым избирательным округам (см.: Лысенко В. И. Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Азиатско-Тихоокеанский регион / под общ. ред. В. Е. Чурова; Центральная избирательная комиссия Российской Федерации. Вып. 3. М., 2013).

⁴ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 929.

проведения выборов запретить использование какого-либо движимого или недвижимого имущества, принадлежащего штату или какой-либо публично-правовой корпорации: в целях продвижения или недопущения избрания какого-либо кандидата или какой-либо политической партии или независимой группы, соревнующейся на таких выборах; каким-либо кандидатом или какой-либо политической партией или независимой группой, соревнующейся на таких выборах, посредством указания, изложенного в письменной форме, Председателя Комиссии или Генерального уполномоченного по выборам или посредством инструкции Комиссии¹.

В конституционном законодательстве и конституционной практике существенное значение имеет понятие партийной системы – это законодательно зафиксированная система взаимоотношений политических партий как между собой, так и с властными структурами, институтами политической системы, гражданского общества и гражданами непосредственно. Принято различать несколько их типов: многопартийные, указывающие на то, что в общенациональных выборах участвуют три и более партий, притом, что каждая из них участвует в формировании правительства (на этой основе чаще всего формируется коалиционное правительство; двухпартийные, означающие, что в условиях многопартийности реально претендуют на власть лишь две наиболее крупные партии, что имеет место в Великобритании, США; однопартийные системы складываются в условиях недемократических режимов. При этом имитация многопартийности чаще всего имеет место, хотя в действительности формально-юридически и фактически обеспечено монопольное господство одной партии. В некоторых странах Арабского Востока законодательно запрещено создание политических партий.

В конституциях ряда стран получает оформление статус парламентских фракций (Ангола, Кабо-Верде, Португалия, Хорватия, Чехия, Швейцария, Эстония, отчасти Дания, Турция, Украина). В основные законы отдельных стран включены нормы, касающиеся процедуры формирования института премьер-министра (ст. 37 Конституции Греции, ст. 127 Конституции Сербии).

В данном случае с полным основанием можно вести речь о конституционализации политических объединений. На основе конституционных норм во многих странах приняты специальные законы о политических партиях (ФРГ, 1967 г.; Испания, 2002 г.; Тунис, 1988 г.; Болгария, 1988 г.; Латвия, 1991 г. и др.). Тем самым применительно к таким странам можно говорить об устойчивом процессе институционализации партий.

Конечно, следует иметь ввиду, что деятельность государства в данной сфере в значительной мере зависит от господствующего типа

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 901.

политического (государственного) режима. Понятно, что поведение государства в условиях демократического режима с его «открытым» обществом, развитыми институтами гражданского общества, легальной оппозицией, гарантированной и эффективно реализующейся системой прав и свобод принципиально иное в сравнении с авторитарными и, тем более, тоталитарными режимами. В последнем случае наблюдается резкое противопоставление юридической и фактической конституции. Сказанное в определенной мере справедливо и для стран с маргинальными режимами – где установились военные переходные режимы властвования, а равно в странах с полудемократическими системами.

В конституциях третьего поколения, наряду с закреплением статуса политических партий, содержатся нормы, касающиеся статусов профсоюзов, объединений предпринимателей и потребителей (Греция, Италия, Испания).

Обобщенным выражением конституционных основ политической системы является конституционная формула государства, в которой выражаются основные характеристики государства. Такое государство квалифицируется как *конституционное государство*. Однако с учетом отмеченного оно имеет место не во всех странах.

§ 5. Институционализация парламентского меньшинства и его гарантии в современных конституционных системах

Получившая практически во всех национальных конституциях современных стран, в Конституции Российской Федерации (ст. 1) *идея (принцип) демократического правового государства* предполагает, что основой такого государства, равно как и функционирования гражданского общества, является развитый публичный диалог (коммуникация) носителей различных политических взглядов. Эта конституционная максима в особенности важна для функционирования современных парламентов, организации взаимодействия в нем разнообразных политических объединений¹. Утверждение классика политической мысли Ж.-Ж. Руссо о том, что «решения большинства обязательны для меньшинства» в рассматриваемом контексте верно постольку, поскольку такие решения принимаются с учетом позиции меньшинства и основываются на общем (согласованном) интересе. Игнорирование этого обстоятельства в политической (конституционной) практике ве-

¹ См. об этом: Червонюк В. И., Курбанов Б. М. Фракционная структура современного парламента // Вестник Московского университета МВД России. – 2015. – № 4. – С. 34–40.

дет к установлению господства большинства, а это, как считали не менее авторитетные мыслители той же эпохи, – «путь к угнетению, тирании» (Дж. Милль, Б. Констан, Г. Спенсер, О. Токвиль и др.).

В современных условиях конституционной формой обеспечения конструктивного партнерства между большинством и меньшинством в парламентской деятельности современных органов законодательной власти является юридическое (конституционное) признание статуса (прав) парламентского меньшинства.

В конституционной практике современных государств обеспечение прав парламентского меньшинства следует связывать с получившим начиная с последней четверти XX в. достаточно широким признанием (юридическим закреплением) в конституционном законодательстве официального статуса политической оппозиции. При этом следует особо подчеркнуть, что *исторически парламентские средства и механизмы защиты прав меньшинства в легислатуре как раз и вырабатывались в связи с формированием института парламентской оппозиции*, что в особенности подтверждает практика функционирования английского парламента¹.

Несколько иным способом утверждалась идея защиты прав парламентского меньшинства в тех странах, где понимание демократии связывалось, главным образом, не с волей большинства, а с необходимостью учета мнения меньшинства. Эта парадигма в последующем постепенно утверждалась и во внутрипарламентской демократии. Так, демократия, основанная на утвердившейся в середине XX в. в конституционной практике Дании идее социального солидаризма, понимается как способ принятия решений, в котором формально и институционально закреплено право (возможность) меньшинства оказывать влияние на принимаемые решения. Зародившиеся во второй половине XIX в. в Дании политические партии оказали прямое институциональное воздействие на становление форм внутрипарламентской демократии. Этому способствовала институционализация партийных фракций в парламенте, наделение их закрепленными в конституции и регламентах палат парламента правами и возможностями по оказанию прямого воздействия на решения парламента². В этой связи формировавшаяся на протяжении полутора веков структура парламента, механизмы формирования его состава, способы и приемы голосования при принятии законов институционализированы настолько, что стало возможно говорить о его (парламента) истинно демократическом характере.

В новейших условиях конституции ряда стран (Франция, ФРГ, Испания, Япония и др.) предусматривают некоторые гарантии прав меньшинства. К примеру, согласно Конституции Чехии 1992 г. «при

¹ См.: Левина М. И. Парламентское право Великобритании XVII – начала XIX в. М.: Зерцало, 2000. С. 112.

² См.: Чеканский А. Н. Основные проблемы развития институтов внутрипарламентской демократии в Дании, 1849–2000 гг. : автореф. дис. ... канд. ист. наук. М., 2003.

принятии решений большинством обеспечивается защита прав меньшинства» (ст. 6)¹.

Таким образом, правомерно сделать вывод о том, что во всех современных государствах, ориентированных на формирование демократического правового государства, не только в конституционном правосознании, но и конституционных системах *презумпция защиты прав меньшинства* при принятии законодательных решений большинством признается в качестве юридической (или фактической). Очевидно, что неопровержимый характер презумпции защиты прав меньшинства оказывается возможен: во-первых, при определенных конституционных условиях (конституционной среде) и, во-вторых, учреждении эффективных конституционных механизмов и средств защиты меньшинства. Каждая из этих составляющих защиты (защищенности) прав парламентского меньшинства предполагает осуществления двух разного порядка групп мер: 1) *фундаментального, или метаяюридического характера*, связанных с конституционными реформами или радикальными преобразованиями конституционной, избирательной и партийной систем; 2) имеющих конституционное значение *мер специально-юридического (конституционно-правового) характера*.

Первая группа мер предполагает такие преобразования в конституционном организме страны, которые, обобщенно говоря, создают благоприятные условия для функционирования парламентских меньшинств в составе легислатуры. Это разнообразные, на первый взгляд, не связанные между собой меры комплексного характера, которые оказывают существенное влияние на конституционные порядки, организацию законодательной власти в особенности.

Обобщенно к этой группе можно отнести ряд мер. Это, в частности:

1) *признаваемый большинством конституционных систем современных государств принцип пропорционального представительства партий во всех парламентских структурах – фракциях, комитетах и комиссиях*. Так, согласно Конституции Федеративной Республики Бразилия от 5 октября 1988 г. при формировании бюро и каждой ко-

¹ К примеру, согласно Конституции Чехии 1992 г. «при принятии решений большинством обеспечивается защита прав меньшинства» (ст. 6). Однако приходится констатировать, что в реальной конституционной действительности действует иная фактическая презумпция: «последнее слово остается за большинством», отражающая доминирование одной политической силы во властвовании. Подобная ситуация характерна в основном для стран с неразвитыми конституционными традициями, неустойчивой конституционной системой.

миссии обеспечивается, насколько возможно, пропорциональное представительство парламентских партий или блоков, которые состоят в соответствующей палате (§ 1 ст. 58)¹. Указанной цели служит также конституционно устанавливаемая в ряде стран процедура «уравнивающих мандатов» (Нидерланды, Норвегия, Швеция и др.);

2) *квотирование и близкий к нему такой способ обеспечения политического представительства меньшинств, как законодательное установление пропорций представительства различных социальных (этнических, религиозных и др.) групп в парламенте.* Согласно ст. 39 Конституции Республики Сингапур от 3 июня 1959 г. парламент состоит: а) из избранных по избирательным округам; б) не более шести так называемых неизбираемых членов Парламента, которые могут быть предусмотрены в законе о выборах в парламент с целью обеспечения в Парламенте минимального представительства оппозиционных Правительству политических партий»². Применение процедуры квотирования мест в парламенте позволяет меньшинствам получить представительство в общенациональном органе законодательной власти, а через это и выражать интересы этих меньшинств в принимаемых законах;

3) *законодательно предусмотренное право политических партий на этапе проведения парламентских выборов создавать избирательные блоки, способствуя тем самым прохождению представителей «малых» партий в парламент;* равным образом гарантией реализации прав небольших по составу завоеванных мандатов партий, представленных в парламенте, является *возможность создавать межфракционные объединения – блоки (альянсы);*

4) *наличие конституционных норм, гарантирующих меньшинствам иметь представительства своих интересов в национальном парламенте.* Такие нормы сформулированы в основных законах по типу исключений из общих правил. Так, согласно ч. 2 ст. 50 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (в ред. законов о внесении изменений и дополнений от 7 октября 1998 г. и 21 мая 2007 г.) в Сенат парламента направляются по два представителя от территорий. При этом «пятнадцать депутатов Сената назначаются Президентом Республики с учетом необходимости обеспечения представительства в Сенате национально-культурных и иных значимых интересов общества»³;

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 241.

² Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток, 2010. С. 711.

³ Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие для бакалавров /

5) законодательно предоставляемые малочисленным партиям национальных меньшинств преимущества при проведении парламентских выборов. Это, в частности, выражается в освобождении таких партий от выполнения требований, обычно служащих обременениями для крупных партий. Так, в соответствии с Законом Республики Сербия о политических партиях от 12 мая 2009 г. № 36/09 политическую партию могут создать не менее 10 тыс. совершеннолетних дееспособных граждан, в то время как политическую партию национального меньшинства, согласно вышеупомянутому закону, могут создать 1 тыс. совершеннолетних дееспособных граждан)¹;

6) имеющая распространение в ряде зарубежных стран практика установления нормы о предельном количестве мандатов, предоставляемых победившей на парламентских выборах политической партии. Так, согласно ч. 2 ст. 70 Конституции Кыргызстана по результатам выборов политической партии может быть предоставлено не более 65 депутатских мандатов в парламенте (Жогорку Кенеше, который состоит из 120 депутатов); в соответствии с Конституцией Йемена «нет политической партии, которая получила явное большинство в парламенте»².

В отличие от перечисленных мер, охватываемых группой мер высшего порядка, призванных оказывать влияние на эффективность организации законодательной власти, гарантировать ее представительный характер, вторая группа мер специально-юридического характера предполагает наличие инструментария, применение которого оказывает непосредственно-регулирующее и управляющее влияние на осуществляемые парламентом законодательные производства. Эта группа мер охватывает разнообразные конституционно-правовые средства, использование которых относящимися к парламентским меньшинствам партийными (депутатскими) объединениями позволяет достичь реального эффекта в законодательной деятельности: приостановить обсуждение рассматриваемого законопроекта, учесть мнение меньшинства при формулировании конструкции проектируемого закона, закрепить в законе желательную структуру интересов и др.

Формирование этой группы средств в механизме законодательной деятельности охватывает длительный период времени, в течение ко-

отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2012. С. 780.

¹ Современные избирательные системы. Вып. 3. Испания, США, Финляндия, Япония / науч. ред. А. В. Иванченко, В. И. Лафитский. М. : РЦОИТ: Типография «Новости», 2009. С. 275.

² Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 1. Средняя Азия. С. 299.

торого такие средства эволюционировали, видоизменялись, расширялся их каталог и технологии применения¹.

Современное конституционное законодательство, включая парламентское право, содержит арсенал разнообразных юридических механизмов и средств, применение которых гарантирует (в разных конституционных системах в разной степени) учет мнения меньшинства при принятии парламентом решений, в том числе в законодательной деятельности. При этом конституции отдельных стран нередко содержат прямые указания относительно закрепления такого рода механизмов и средств в парламентских регламентах. В частности, Конституция Турции в императивной форме требует, чтобы «положения Регламента должны быть составлены таким образом, чтобы гарантировать участие каждой политической партийной группы во всей деятельности Собрания пропорционально числу членов» (ст. 95)².

К рассматриваемой группе мер, известных современным конституционным системам, следует отнести *закрепление в национальных основных законах конкретных механизмов и юридических средств участия парламентского меньшинства в законодательном процессе*. В частности, согласно ч. 3 § 41 Конституции Дании две трети депутатов Фолькетинга могут обратиться к председателю Фолькетинга с требованием провести третье чтение законопроекта не раньше чем через 12 недель после второго чтения. Исключение составляют финансовые законопроекты о дополнительных ассигнованиях, временных ассигнованиях, правительственных займах, о натурализации, экспроприации, косвенном налогообложении и чрезвычайном положении)³.

Кроме того, согласно ч. 1 § 42, если законопроект был принят Фолькетингом, одна треть депутатов может обратиться не позже трехнедельного срока после принятия законопроекта к председателю Фолькетинга с требованием о проведении референдума по законо-

¹ Специальный анализ представлен в работах: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах. Часть II. С. 199–203 ; Его же. Механизм и закономерности правообразования (действия позитивного права) в современной России: юридическая конструкция и правовая реальность (в шести выпусках). Вып. 6. Конституционные механизмы обеспечения прав парламентского меньшинства в законодательной деятельности // Вестник Московского университета МВД России. – 2013. – № 5. С. 17–22.

² См.: Конституции государств Европы : в 3 т. / под общ. ред. и со вступ. ст. Л. А. Окунькова. М. : НОРМА, 2001. Т. 3. С. 250.

³ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1. С. 766.

проекту¹. Это также *право 2/5 депутатов Фолькетинга потребовать отсрочки третьего чтения законопроекта на 12 будних дней* (кроме законопроектов об отчуждении собственности, предоставлении гражданства и законопроектов, признанных срочными, а также финансовых и налоговых)²; § 12 главы 2 «Формы правления» (Конституции) Швеции допускает по требованию не менее 10 депутатов отсрочки на 12 месяцев обсуждения законопроекта с того момента, когда он с заключением постоянной комиссии поступил на второе чтение в риксдаг; такое требование может быть преодолено только большинством не менее 5/6 участвующих в голосовании депутатов.

Защите прав парламентского меньшинства служат применение в парламентской практике Дании утвердившейся с середины XX в. компромиссной модели принятия решений в форме процедуры «*института докладчиков*». В действующем регламенте Фолькетинга роль докладчиков получила формально-юридическое оформление. Еще одним эффективным инструментом реализации прав парламентского меньшинства является эволюционно сформировавшийся за период с 1849 г. по 2000 г. *институт процедурных препятствий* (первое закрепление его форм восходит еще к эпохе Учредительного собрания (1848–1849), представляющий собой *процедурную возможность довести в необходимых случаях мнение меньшинства до большинства и оказать тем самым на это большинство определенное воздействие*³.

Это также *права парламентского меньшинства на заявление своей правовой позиции по обсуждаемому в парламенте законопроекту*. К примеру, согласно § 40 Регламента Палаты депутатов Чехии меньшинство комитета (менее 1/5 всего состава) может назначить своего докладчика, который вправе представить противоположную позицию не только членам комитета, но и всей Палате⁴. В соответствии с ч. 5 ст. 48 действующей Конституции Французской Республики (в ред. Конституционного закона от 23 июля 2008 г. № 724) «одна из 4 недель пленарных заседаний отводится в приоритетном порядке и в последовательности, установленной каждой из палат, контролю над деятельностью Правительства и оценке всех направлений деятельности органов публичной власти в интересах населения. Один пленар-

¹ Там же.

² Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1. С. 767.

³ См.: Чеканский А. Н. Основные проблемы развития институтов внутрипарламентской демократии в Дании, 1849–2000 гг. : автореф. дис. ... канд. ист. наук. М., 2003.

⁴ См.: Лазарева М. Н. Современный парламент Чехии. Вологда, 2012. С. 88.

ных день заседаний в месяц отводится повестке дня, принятой каждой палатой по инициативе оппозиционных фракций соответствующей палаты, а также миноритарных групп»¹. Конституционно (ст. 50-1) установлено, что перед одной или другой из палат Правительство может по собственной инициативе или по требованию парламентской группы в смысле ст. 51-1 сделать по определенному вопросу декларацию, влекущую дебаты, и может, если принимает такое решение, поставить ее предмет на голосование, не ставя вопроса о своей ответственности². Кроме того, вышеупомянутым конституционным законом в Конституцию включена ст. 51-1, согласно которой «в регламенте каждой из палат определяются права создаваемых в ней фракций. В нем признаются общие права оппозиционных фракций, а также миноритарных групп соответствующей палаты.

Действенным способом учета мнения парламентского меньшинства может стать *юридически установленный способ голосования при принятии закона*. Так, согласно ст. 55 Конституции Бельгии, «голосование законов в целом проводится всегда поименным голосованием» (в отличие от того, что «выдвижение и выборы кандидатов проводится тайным голосованием»)³.

В этой же связи представляется целесообразным в нормах парламентского права (Регламенте Государственной Думы, регламентах законодательных (представительных) органов власти субъектов Российской Федерации) закрепить *право миноритарных партийных объединений (фракций, депутатских групп) предложить голосование по законопроекту в форме поименного голосования*. Такое предложение должно иметь императивное значение и не может быть оспорено крупными фракциями.

К анализируемой группе мер следует относить и сформировавшийся в парламентской практике Японии *обычай представления депутатских законопроектов как альтернативу правительственным*, что, по мнению исследователей (Д. В. Стрельцов), способствовало тому, что на практике 90 % депутатских законопроектов являются партийными, т. е. прошедшими процедуру выработки, согласования и визирования в структурах той партии, которую представляет инициатор законопроекта.

Это также законодательное (конституционное) закрепление (а равно признание парламентской практикой) *процедурных форм и процессуальных средств законотворческой деятельности фракций и*

¹ Избранные конституции зарубежных стран. С. 179.

² Там же. С. 180.

³ Конституции государств Европы : в 3 т. Т. 1. С. 349.

партийных групп в составе парламента, относящихся к меньшинствам. К таковым современная парламентская практика относит: специальные процедуры выражения мнения в ходе подготовки законопроектов и иных актов, принимаемых парламентом, например приложение к законопроекту заключения представителя «малой» партии; установление определенного, как правило, незначительного, числа депутатов, правомочных инициировать начало различных парламентских процедур; внесение альтернативных законопроектов; возможность «малых» партий поддержать оппозиционное мнение в процессе голосования, в частности, посредством переголосования против определенного законопроекта, который перед этим не получил необходимого большинства голосов; право на отсрочку принятия законодательных решений или вынесения их на референдум¹ и др.

Парламентские меньшинства в парламенте являются отражением той структуры интересов, которые в принципе отражают политические партии, представленные в парламенте. Очевидно, что на общегосударственном уровне должны существовать имеющие конституционное значение институты защиты прав меньшинств, что также в значительной мере будет способствовать учету их (меньшинств) интересов в законодательной деятельности. Важно поэтому не только создание специально-юридических инструментов реализации прав меньшинств, но и учреждение специализированных конституционных учреждений, деятельность которых как раз и была бы направлена на инкорпорацию в законодательство интересов тех групп людей, которые представляют меньшинство в данном обществе.

В этой связи представляет интерес учрежденный Конституцией Республики Сингапур от 3 июня 1959 г. *Совет при Президенте Республики по правам меньшинств*². Конституция содержит специальную ст. 77 «Функции Совета в отношении законопроектов и вспомогательного законодательства». По Конституции особой функцией Совета является «обращение внимания на любой законопроект», если он каким-либо образом затрагивает интересы меньшинства; «копии законопроектов и исправлений должны отсылаться спикером парламента в Совет сразу же после того, как любой законопроект, к кото-

¹ Так, согласно ст. 51-1, внесенной в действующую Конституцию Французской Республики Конституционным законом от 23 июля 2008 г. № 724, «Регламент каждой палаты определяет права парламентских групп, учрежденных в ее составе. Он признает особые права групп оппозиции заинтересованной палаты, как и групп меньшинства» (см.: Избранные конституции зарубежных стран. С. 180).

² Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 723.

рому применима данная статья, прошла последнее чтение и принята парламентом, и перед тем, как ее предоставляют на одобрение президенту». Заключение («отчет») Совета на законопроект – условие, при котором он может быть «предоставлен президенту на одобрение» (ч. 5 ст. 78)¹.

§ 6. Духовно-культурная основа конституционного строя.

Светское государство. Государство и культура

Это наименее урегулированная конституцией (как и всем правом) область. Общая задача конституционного регулирования в сфере образования – закрепление права каждого на образование, на пользование достижениями культуры и обязанности государства направлять, поощрять развивать науку, образование и культуру, определение принципов свободы преподавания и творчества. Согласно ст. 9 Конституции Португалии «защита культурного наследия является одной из основных задач государства». Аналогичные по смыслу положения в конституциях других стран (Черногория, Польша, Беларусь, Армения). По Конституции Италии «Республика поощряет развитие культуры, научных и технических исследований, охраняет историческое и художественное наследие нации». Положения об идеологическом и культурном плюрализме закрепляются в конституциях многих стран (Австрия, Аргентина, Франция, ФРГ, Чехия и др.); свобода выражения мнений (слова, печати и пр.) – ст. 21 Конституций Японии, Италии, 1-я поправка к Конституции США. Конституционно закреплена свобода образования, научной, художественной и иной творческой деятельности. Например, ст. 33 Конституции Италии гласит: «Искусство и наука свободны и преподавание их свободно». Согласно ст. 9 Конституции Португалии, «защита культурного наследия является одной из основных задач государства».

¹ Думается, что описанный конституционный институт мог бы получить отражение в современной конституционной практике России. При этом, как представляется, возможны две модели учреждения такого института: 1) в форме создания Совета при Президенте Российской Федерации по делам меньшинств; 2) создания при Общественной палате постоянно действующего органа, который бы осуществлял предусмотренные Федеральным законом об Общественной палате Российской Федерации заключения на законопроекты, но при этом относящиеся исключительно к различным группам социальных меньшинств (национальных, культурных, религиозных и др.). Данный орган мог бы быть наделен теми полномочиями, которые аналогичны вышеупомянутому Совету.

Важнейшая сфера духовной жизни – религия. Ее проявлением является провозглашение, начиная уже с конституций первого поколения, *свободы религии (вероисповедания)*, а в современных конституциях – *свободы совести* в качестве естественного права. Так, уже 1-я поправка к Конституции США говорит о том, что «Конгресс не должен издавать законов, устанавливающих какую-либо религию или запрещающих ее свободное вероисповедание». В конституции Испании 1978 г. (ст. 16) закреплено положение о том, что никакое вероисповедание не имеет государственного характера. Конституционно признание религиозной свободы – общее в конституционном регулировании современных государств.

Большинство конституций содержат нормы о взаимоотношениях церкви и государства. Конституционная конструкция «светское государство» означает конституционный запрет участия церкви в осуществлении функций государства и ограничение вмешательства государства в сферы церковной жизни и религиозной жизни. Конституционно учреждается *отделение церкви от государства*. Положение ст. 7 Конституции Италии о том, что «государство и католическая церковь независимы и суверенны в принадлежащей каждому из них сфере», типично для большинства стран. Притом, что конституционно провозглашается положение о том, что «свобода совести ненарушима», не существует религиозных квалификаций для кандидатов на должности президентов и членов парламентов. По Конституции Монголии «государство не может осуществлять религиозную деятельность, а религия не вправе заниматься политической деятельностью» (п. 2 ст. 9). Конституция Никарагуа устанавливает, что «государство не имеет официальной религии». Напротив, некоторые страны предполагают конституционную приверженность к определенным религиям или даже установление государственной религии. Так, в Греции и Болгарии конституционно закрепляют господствующие и традиционные религии: по Конституции Греции господствующей провозглашена «восточно-православная церковь Христова (ст. 3), определена ее организация; ст. 13 Конституции Болгарии декларирует, что «традиционной религией в Республике Болгария является восточно-православное вероисповедание». В Соединенном Королевстве Великобритании (только в Англии и Шотландии) – англиканская и пресвитерианская церковь; в Дании и Норвегии – евангелически лютеранская церковь. Правда, вряд ли существуют основания для характеристики указанных государств теократическими или клерикальными.

В мусульманских государствах религия ислама ставится выше основного закона страны (Иран, Ливия, Афганистан, Мавритания, Мальдивские Острова, Марокко, Египет, Сирия, Пакистан и др.). Кроме того, по законодательству отдельных стран некоторые обряды, совершаемые церковью (венчание), имеют официальный характер; свидетели в судах присягают на Библии, заседание парламента начинается с молитвы, в тексте президента есть упоминание о Боге.

Конституционно оформляются взаимоотношения школы и церкви. При этом далеко не всегда речь идет о независимости школы от церкви, предусматриваются лабильные формы связи. Так, в Польше религия может быть предметом обучения в школе без нарушения свободы вероисповедания. В Турции воспитание и обучение религии должны осуществляться под контролем государства, причем религиозная культура признана «обязательным элементом» учебных планов начальной и средней школы. Преподавание в государственных шко-

лах ФРГ религии (кроме неконфессиональных) является обязательным, но в то же время действует надзор государства за религиозным обучением. В ряде Балканских государств (Македония, Сербия, Хорватия) религиозные организации вправе в соответствии с законом открывать школы, социальные и благотворительные учреждения.

Иногда конституционно регулируется организация церкви, ее взаимоотношения с религиозными общинами.

Так, согласно ч. 1 ст. 3 Конституции Греции, церковь «является автокефальной и управляется Священным Синодом, включающим в себя всех епископов по должности, и образуемым им Святым Синодом, как это указано в уставе церкви и в соответствии с положениями Патриаршей книги от 29 июня 1850 г. и акта Синода от 4 сентября 1928 г.». Согласно ст. 37 Конституции Белиза («Правосубъектность церкви») католическая церковь признается юридическим лицом. Другие церкви, культы, организации и ассоциации религиозной направленности получают признание в качестве юридического лица в соответствии с правилами их учреждения, и правительство не может отказаться их признать, если это не нарушает общественного спокойствия. Государство выдает католической церкви без какой-либо оплаты свидетельство о праве собственности на недвижимое имущество, которое находится в ее фактическом владении и используется для ее собственных целей, при условии, что оно являлось составной частью наследия католической церкви в прошлом. Не подлежит обременению имущество, зарегистрированное ею на имя третьих лиц, и имущество, предоставленное ей государством. Конституционно установлено, что недвижимое имущество религиозных организаций, предназначенное для проведения культа, воспитания и социальной помощи, освобождается от уплаты налогов и пошлин¹.

В силу своей значимости в конституциях третьего поколения получают оформление средства массовой информации и опосредующие их права. Среди важнейших – *право на информацию*; отдельные конституции закрепляют *свободу прессы* (Болгария, Бразилия, Греция, Литва, Польша и др.); конституционно закрепляются охранительно-принудительные меры, направленные против манипулирования общественным сознанием и в этой связи закрепляются основания для ограничения права на свободу печати. Это касается ограничения свободы распространения информации через СМИ (недопустимость разглашения охраняемой законом тайны, нанесения ущерба нравственности и иное). В эпоху информационного общества не подвергается сомнению значимость гарантий обществу и отдельной личности от злоупотреблений СМИ, являющихся серьезным средством воздействия на сознание, здоровье, нравственность людей. Соответственно учреждаются механизмы контроля государства за СМИ. На конституционной основе допускается конфискация в судебном порядке или с санкции прокурора газет и других печатных изданий. Особо регулируется деятельность СМИ в условиях проведения избирательных кампаний.

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 167.

Глава 6. ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И ГОСУДАРСТВО КАК КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ИНСТИТУТЫ

§ 1. Государственная власть как конституционно-правовой институт

Государство и государственная власть – явления генетически связанные друг с другом. Как понятия «церковь» и «религия», «государство» и «государственная власть» во многом родственные, однако принципиально отличающиеся друг от друга феномены. Государственная власть – это высшая власть в обществе, общеобязательность ее решений основана не только на легитимности и авторитете, но и на присущей ей возможности легитимного применения государственно-го принуждения.

Современные конституции весьма подробно регулируют все то, что так или иначе связано с государственной властью: определяют ее источник, носителя (ее носителем, сувереном, как правило, признается народ); закрепляют конституционные принципы (важнейшими являются принцип разделения властей, действие государственной власти в соответствии с правом, ответственность публичных властей перед гражданами), формы и механизмы осуществления государственной власти – через институты непосредственной демократии и представительные институты; соответственно принципу разделения властей устанавливают конституционную систему государственных органов, осуществляющих такую власть; определяют способы воспроизводства, передачи властных полномочий народом своим представителям, ответственность последних перед народом и др. Словом, организация государственной власти в государстве – основной институт любой конституции, важнейший объект конституционного регулирования.

§ 2. Государственная власть и государство

Какие бы позиции в теории относительно понимания природы государства не занимал исследователь, каких бы взглядов он ни придерживался в этом вопросе, он вынужден будет исходить из той посылки, что и в современных условиях государство занимает во всей конституционной системе особое место: государство – одновременно и субъект политического властвования, и объект конституционного регулирования. Оно призвано оказывать постоянное и непрерывное регулятивно-управленческое воздействие на общество и в то же время связано обязательствами перед этим обществом. Государство, если не оставаться исключительно на позитивистской платформе,

в значительной мере формирует право (позитивное) и в то же время подчинено ему и связано им; не вмешиваясь в очерченную конституцией страны сферу бытия человека, государство в то же время призвано активно содействовать реализации его жизненных планов, признавать, обеспечивать и охранять их права и свободы как фундаментальные и базовые ценности всего общества.

Взаимодействуя с обществом, государство остается обособленным («удаленным») от него, обладает большей или меньшей самостоятельностью, собственной природой или специфической сущностью. Формально-юридического определения государства не существует, оно формулируется доктриной. В частности, популярно и ныне сформулированное в XIX в. понятие государства, выраженное триадой – «власть, территория, население». Даже поверхностное знакомство с конституционными текстами позволит легко обнаружить каждый из этих трех элементов в конституции любой страны: народ (народный суверенитет, конституционные институты гражданства, основных прав, свобод и обязанностей), территория государства (ее единство, целостность и неприкосновенность), государственная власть, распространяющаяся на весь народ и на всю территорию, и др.

Надо признать, что современные конституции закрепляют и существенные характеристики государства. Конституционное оформление таких субстанциональных черт государства находит отражение в конституционных формулах «демократическое государство», «правовое государство», «социальное государство», «суверенное государство» и др. В своей совокупности все эти формулировки основного закона (конституционные характеристики) дают основание вести речь о конструкции конституционного государства¹.

§ 3. Суверенитет нации и народа (народовластие)

§ 3.1. Суверенитет народа (нации)

в доктрине и практике конституционализма

Среди важнейших конституционных характеристик государства, основные законы неизменно указывают на суверенитет, или государственный суверенитет. Государство в конституционном праве – властная структура, обладающая суверенными полномочиями решать вопросы организации общества в масштабах страны, определять ее отношения с внешним миром.

¹ Не случайно, что немецкие конституционалисты ст. 20 Основного закона ФРГ 1949 г., закрепляющую эти характеристики государства, именуют «малой конституцией».

Суверенитет (франц. *souverainete* – верховная власть) – верховенство и независимость власти. В науке конституционного права различаются несколько видов суверенитета: *народный* – полновластие народа, т. е. обладание народом социально-экономическими и политическими средствами для реального участия в управлении делами общества и государства; *национальный* – полновластие нации, ее политическая свобода, обладание реальной возможностью определять характер своей национальной жизни, включая, прежде всего, способность политически самоопределяться вплоть до отделения и образования самостоятельного государства. Суверенитет народа и национальный суверенитет означают, что только народ и нация является основой государственности и источником власти, не бог и не царь и т. д., а народ является хозяином своей судьбы, определяет формы государственного правления и устройства. На этих исходных положениях базируется понимание государственного суверенитета, равно как и понимание конституционализма и иных фундаментальных государствоведческих понятий.

Суверенитет народа, или народный (пренебрегая методологическими строгостями, можно сказать, национальный) суверенитет является одним из фундаментальных устоев конституционного строя для всех без исключения стран, так или иначе приверженных демократии. Это своего рода аксиома в конституционной теории и практике, которой в отечественном государствоведении в былые годы придавали некий сакральный оттенок (по идеологическим соображениям некоторые политические силы и в новейших условиях привержены этой сакральности).

Вошедшее в государствоведческую лексику XVIII в. понятие «народный суверенитет» сопровождалось и сопровождается острой критикой относительно его сущности и содержания. В истории конституционных учений отнюдь не редкостью являлись работы, в которых народный суверенитет характеризовался как декларативный принцип, не имеющий юридической силы. Так, известно крайне негативное отношение Дж. Локка и Ш.-Л.Монтескье к непосредственному участию народа в государственном управлении, включая законодательствование. В представлении Л. Дюги, «мнимая догма народного суверенитета есть пустая, ничего не объясняющая гипотеза, бесполезный постулат»¹. Отсюда и большие сомнения Л. Дюги (вслед за Прудоном, мнение которого он учитывает в своих выводах) относительно аксиоматичности положения о всеобщности избирательного права. В частности, Л. Дюги особенно акцентирует внимание на следующих утверждениях Прудона: «Всеобщее избирательное право есть род атомизма, благодаря которому законодатель, не будучи в состоянии заставить народ говорить в единстве своего существа, приглашает граждан выражать свое мнение поголовно *viritim*... Это политический атеизм в самом дурном значении слова, как будто из сложения какого бы то ни было количества голосов могла когда-нибудь возникнуть общая воля... Наиболее верное средство заставить народ лгать – это установить всеобщее избирательное право...

¹ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1998. С. 42.

Что бы ни делали и ни говорили, всеобщее избирательное право, свидетельство раздора, может произвести только раздор»¹. Сам Л. Дюги, однако, прямо не отрицает значения всеобщего избирательного права.

Ж. де Местр подвергает резкой критике идею народного суверенитета, отрицает саму возможность его существования, при этом исходя из того, что народ «в принципе лишен возможности управлять»; народный суверенитет нереален, поскольку народ не обладает властной способностью. В «Этюде о суверенитете» де Местр настаивает на том, что «суверенитет – невидимая мощь государства», «есть «абсолютная необходимость». Ясно, что при таком подходе, производного от взглядов Ж. Бодена, никакому другому суверенитету, кроме государственного, места быть не может. Идеи Ж.-Ж. Руссо о народовластии подвергнуты резкой критике Б. Расселом².

В современную эпоху в понимание феномена суверенитета народа вносится новый контекст³. Если суверенитет народа – конструктивный элемент современного государственного строя, основанного на принципах конституционализма, то требуется нахождение меры равновесия данного принципа с иными устоями современного демократического государства, прежде всего, с принципами разделения властей и признанием и гарантированием прав и свобод, концентрированно выраженным в принципе господства (правления) права.

Конституирующий государственную власть принцип разделения властей его основоположниками изначально был задуман для того, чтобы обеспечить политическую свободу в обществе⁴. Данный принцип одновременно обеспечивал и рациональное распределение власти между высшими органами государства, и наличие в его механизме системы «сдержек» и «противовесов», которые исключали бы концентрацию власти в руках одного из таких органов; тем самым гарантировалась эффективная и конкурентная деятельность государственных структур. Последнее обстоятельство настолько значимо, что именно с ним собственно и возможно реальное функционирование системы разделения властей. На языке конституционного права это

¹ Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства [отношение к конструкции «большинство» при принятии законов; сомнения о всеобщем избирательном праве как основе демократии]. Цит. по: Червонюк В. И., Калининский И. В., Назарова И. С. и др. Антология конституционных учений. 3-е изд., доп.. М., 2017. Ч. 1. С. 397.

² Рассел Б. История западной философии : в 3 кн. СПб: Азбука, 2001. С. 790.

³ Специальный анализ проблемы см.: Червонюк В. И. Суверенитет народа в эпоху постмодернизма: критическое осмысление доктрины и практики эволюционирующего конституционализма // Конституционное и муниципальное право. – 2018. – № 3. – С. 21–26.

⁴ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 4. Ч. I. Организация верховной публичной власти современного государства. М., 2014. С. 43–66 ; Его же. Форма правления и разделение властей: конституционно-правовые взаимосвязи // Социально-экономические явления и процессы. – 2010. – № 3 (19). – С. 296–301.

означает, что само по себе учреждение органов власти исключительно по признаку разделения труда в сфере властвования (законодательствование, государственное управление в узком его смысле, правосудие), вне создания отвечающей общепринятым стандартам системы «сдержек» и «противовесов», не соответствует действительной природе принципа разделения властей. Иными словами, конституционная практика в этом случае сталкивается с декретированным основным законом страны принципом-симулякром¹. В условиях демократии без действительного разделения властей и соответственно демократических государственных режимов принцип народного суверенитета превращается в юридическую фикцию. Желаемое в этом случае не становится действительным. Социальная ценность народного (общенационального – не государственного) суверенитета как раз и заключается в том, что он создает реальную конституционно-правовую основу (конституционную среду) для выражения политической свободы в обществе: граждане не только посредством своих представителей, но и непосредственно, в различных конституционно-правовых формах – институционализированных или таковыми на являющимися, добровольно и осознанно вправе осуществлять политическую деятельность, квалифицируемую в контексте действия данного принципа конституционной, или юридически правомерной. Будучи различными по своей природе, принципы разделения властей и народного суверенитета едины в том, чтобы пространство политической свободы не ограничивалось (дозировалось) усмотрением публичных властей.

При оценке рассматриваемых принципов следует учитывать фактор эволюционного развития каждого из них. Соответственно природу народного суверенитета современного государства нельзя оценивать с позиции времени периода революционных эпох, равно как и периода существования «классического» типа Советского государства: если в рассматриваемый период феномен народовластия имплицитно предполагал полноту власти представительных учреждений и таким образом исключал действие принципа разделения властей, то в новейших условиях пределы его (народного суверенитета) действия очерчены сферами функционирования иных, однопорядковых ему начал конституционализма. Вместе с тем, не без влияния принципа народного суверенитета современные конституционные системы восприняли конструкцию взаимоотношений законодательной и ис-

¹ См. об этом: Бодрийяр Ж. Симулякры и симуляции / пер. с фр. А. Качалова. М., 2015.

полнительной властей, формирования модели государственного правления, уточнения статуса главы государства. В частности, обусловленный суверенитетом народа принцип единства властей получил отражение в арбитражно-координирующих полномочиях главы государства, наделении парламента судебными полномочиями в отношении главы государства и иных высших должностных лиц (США, Франция, Япония, государства Латинской Америки и др.).

§ 3.2. Правление (суверенитет) народа и правление (господство) права

Это два фундаментальных начала конституционного устройства современного государства. Симптоматично, что либерально-демократическая доктрина традиционно начало народного суверенитета, как правило, отвергает, при этом придавая принципу верховенства права роль самостоятельного, не связанного с принципом народовластия правового начала. В действительности вопрос о существующей связи между отмеченными принципами имеет фундаментальное значение.

В своей изначальной версии народный суверенитет, или верховная власть народа, – это «управление народа, народом и в интересах народа»; народ осуществляет свое изначальное право на самоуправление и является непосредственным источником политического авторитета (of the people), причем последний выражается народом (by the people) и конституируется ради благ народа (for of the people). Исторически конструкция народного суверенитета была призвана утвердить народ в качестве доминантного субъекта в системе властвования, а кроме того, что особенно важно (и не учитывается критиками), органично отразить в его существе исконные и фундаментальные ценности социального миропорядка, отображающие глубинные потребности (интересы и ценности) как отдельной личности, так и больших групп людей. Уже само по себе это обстоятельство заключало в себе мощный мировоззренческий заряд, указывало на концентрацию значительного по своей силе регулятивного потенциала данного принципа и, вследствие этого, его естественно-правовую природу. Как точно по этому поводу заметил А. Эсмен, своим глубоким идеологическим влиянием концепция народного суверенитета обязана тому, что представляет собой «идею простую, отвечающую коре-

нящимся в глубине человеческой души инстинктам справедливости и равенства»¹.

С позиции развивающегося конституционализма всякая публичная власть связана правами человека и основами конституционного строя. Ни один из принципов конституционного устройства не свободен от действия этой максимы; связанность правом, правами и свободами очерчивает пределы и содержание принципа народного суверенитета, исключает его радикальные формы проявления, противопоставление праву политических притязаний, предпочтение стихии (охлократии) правовому порядку. Это, можно сказать, современный контекст содержания суверенитета народа. В то же время фетишизацию формально-юридического в феномене верховенства права в отношении к принципу суверенитета народа вряд ли следует признать уместной. Представленное в компетентной литературе мнение о том, что «при верховенстве права сама демократия – прежде всего процедура, а не воля властвующих людей или народа»², настолько очевидно, насколько и опровержимо. Можно было бы согласиться с высказыванием И. Стюарта о том, что «воля народа не составляет, сама по себе, критерия права или беззакония. Есть высший критерий, по которому эту волю можно оценивать; возможно, что народ и не прав»³. Однако вполне логичен вопрос относительно «высшего критерия». Вопрос о том, кто и с каких методологических позиций его определяет в каждый конкретный момент, остается открытым. Если не принимать в расчет существование некоего трансцендентного начала, выступающего таким критерием, то в цитируемом положении истины не больше, чем сомнений. Следовательно, в условиях демократии противопоставление правления права – действительно фундаментального начала современного правового государства – принципу суверенитета народа, несмотря на все более утрачиваемое им значение, не должно служить данью моде (стенанию по поводу запущенной, может быть, в какой-то степени и оправданной идеи «популярности популистов»). Очевидно, что обнаружение сущностных связей между этими консти-

¹ Эсмен А. Основные начала государственного права. Часть вторая / под ред. и с предисл. М. М. Ковалевского. М., 1898.

² Арановский К. В., Князев С. Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений : монография / под ред. Н. А. Сергеевой. М. : Проспект, 2016. С. 83.

³ Стюарт И. От «верховенства права» (Rule of Law) к «правовому государству» (Legal State): время реинкарнации? / Правовая реформа в России: восемь лет спустя : сборник статей / под ред. В. П. Мозолина, сост. П. Д. Баренбойма. М. : ЛУМ, 2013. С. 332.

туционно значимыми ценностями требует все же более глубинного анализа, а значит, и более точных, основанных на действительных законах конституционного развития современного социума закономерностях выводов.

Конечно, остающийся в анналах правосознания истеблишмента некий налет революционности относительно принципа народного суверенитета, связанная с этим предубежденность в непредсказуемости поведения народа – носителя суверенитета в каждый конкретный момент, не остаются безучастным и к формированию соответствующего отношения к данному принципу, порождает недоверие как в среде самой элиты, так и властных структур. Отсюда и сдержанное (и даже настороженное) отношение государственных институтов к гражданским инициативам как формам прямой демократии, однозначно негативная оценка протестных форм политической активности граждан даже в тех случаях, если они и не приобретают деструктивной направленности. Видимо, и по этой причине государственная власть стремится юридически урегулировать (буквально – нормировать) реализацию даже конституционно признанных форм непосредственной демократии, устанавливая такой порядок (юридический режим) реализации конституционных материальных норм, который существенно ограничивает или жестко дозирует формы проявления политической активности граждан. Колоритные тому примеры – законодательство о референдуме Российской Федерации (исключающее даже для крупных (парламентских) партий фактическую возможность инициировать проведение общероссийского референдума), об общественном контроле (легально не закрепляющее правовых средств осуществления реального, действенного гражданского контроля над властью и др. Очевидно, что в ситуации господства позитивного, или устанавливаемого права, преодоление возводимых законодательством юридических барьеров для организации и осуществления гражданами своего поведения (деятельности) в соответствии с положениями ч. 1–3 ст. 3 Конституции Российской Федерации, признающими коллективное право граждан на осуществление публичной власти, действительно проблематично. Но и это методологически значимое обстоятельство не дает оснований для превращения конституционного принципа права в юридическую фикцию, квалификацию его как некоего не вполне реального правового идеала. Как представляется, сложность с реализацией конституционно признанных принципов права является общей проблемой в механизме действия конституци-

онного права, причем специфичной не только для современной России.

Крайние позиции западных исследователей в рассматриваемом вопросе характерны и для отечественной конституционной доктрины. Так, едва ли не господствующим стал подход, при котором принцип верховенства права однозначно противопоставляется принципу суверенитета народа. В среде отечественных конституционалистов созвучна распространенной в западной государственноведческой литературе мысль о том, что «правление права не отнимет власти у законных ее носителей только оттого, что те не пользуются общим сочувствием и действуют плохо. Законную власть положено терпеть, даже когда она неудачлива, расходится с влиятельными ожиданиями публики, раздражает мнимыми и действительными ошибками, неприемлема по эстетике и по стилю»¹. При этом как-то упускается из виду то обстоятельство, что современные правовые системы формируются при решающем участии самого государства, прежде всего его законодательных органов. Представительное правление и являющаяся результатом его воплощения представительная законодательная власть существенным образом, если не сказать больше, влияет на состояние феномена правления права. Более того, здесь наблюдается устойчивая зависимость (закономерность): качество принимаемых законов предопределено представительными свойствами легислатуры². Представительная же природа законодательной власти в свою очередь предопределена сложившейся природой партийно-политической системы, соответствующим ей типом демократической избирательной системы; демократизм партийной и избирательной систем обеспечивают свободные выборы – проявление действительной политической свободы в обществе. Следовательно, господство права, воплощенного в отвечающем требованию конституционности избирательном и партийном законодательстве, становится возможным при определенных условиях – господстве демократических начал в государственном управлении или, иными словами, в ситуации реального народовла-

¹ Арановский К. В., Князев С. Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений : монография / под ред. Н. А. Сергеевой. М. : Проспект, 2016. С. 86.

² См. об этом: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие : в 2 ч. Ч. II. Законодательные производства. М., 2012. С. 134 ; Его же. Качество закона: современная концепция // Юридическая техника. Специальный выпуск. – 2014. – № 8. – С. 488–503 ; Его же. Представительная природа законодательной власти : современный контекст // Конституционное (государственное) право. – 2015. – № 2. – С. 11–19.

ствия. Следовательно, между правлением права и суверенитетом народа существуют нерасторжимые устойчивые связи, опрокинуть которые, не рискуя подорвать основы государственного здания, нельзя.

Соответственно народный суверенитет, или народовластие, означает принцип конституционного строя, характеризующий полновластие многонационального народа, признание его единственным источником власти, а также свободное осуществление им этой власти в соответствии с его суверенной волей и коренными интересами. Фундаментальное положение Всеобщей декларации прав человека гласит: «Воля народа должна быть основой власти правительства; эта воля должна находить себе выражение в периодических и нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве, путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования» (ч. 3 ст. 21). Суверенитет или полновластие народа есть обладание им политическими и социально-экономическими средствами, всесторонне и полно обеспечивающими реальное участие народа в управлении делами общества и государства; это выражение юридической и фактической принадлежности всей власти народу; народ – единственный источник власти, обладающий исключительным правом распоряжения ею. На определенных условиях и на определенное время (до новых выборов) народ передаёт полномочия (не саму власть) на распоряжение властью своим представителям.

Вопрос о том, какими гарантиями подкрепляется конституционная формула о народном суверенитете – это одновременно вопрос о реальности конституционного строя, основу которого составляет народовластие. Представляется, что конституционно декретируемое народовластие означает, прежде всего, действенный и действительный гражданский контроль над властью, что в свою очередь предполагает право требовать у публичных властей отчета о своей деятельности и обязанность этих властей отвечать перед народом. Эта обязанность должна подкрепляться реально действующей конституционной ответственностью, включая право граждан использовать механизмы отзыва выборных должностных лиц, инициировать процедуру импичмента в отношении широкого круга должностных лиц, как это имеет место в развитых зарубежных странах (США, Япония и др.). Это также транспарентность (прозрачность) организации и деятельности всех структур публичной власти, подкрепленное правом граждан быть информированными о вознаграждении таких лиц, эффективности их деятельности; возможность через прямые формы народовла-

стии влиять на принятие и осуществление общезначимых вопросов. С этим связано наличие развитых институтов прямого и опосредованного влияния на власть, эффективных конституционных средств непосредственного и опосредованного осуществления власти.

Таким образом, народовластие предполагает, что общество в целом (народ) или его часть реализует власть, т. е. осуществляет непосредственно или через своих представителей управление делами общества и государства, добиваясь таким образом удовлетворения общих и не противоречащих им частных интересов.

К конституционным формам осуществления суверенитета народа относятся предусмотренные национальной конституцией государственно-правовые формы (институты), механизмы, посредством которых народ реализует принадлежащую ему власть. Это, прежде всего, *непосредственная (прямая) демократия* – осуществление народом власти через формы непосредственного или прямого волеизъявления. Если властные структуры формируют решения по важным вопросам жизни общества и государства именно таким образом, принимая выраженное мнение населения за основу, то складывается плебисцитарная демократия – явление, с которым российская действительность «знакомая» лишь поверхностно.

Следующая форма народовластия воплощена в институте народного (общенационального) представительства.

Таким образом, феномен народного суверенитета есть воплощение двух начал – непосредственного и представительного правления. Каждое из этих начал нельзя рассматривать в отрыве друг от друга, недооценка одного из них одновременно означает умаление суверенитета народа в целом. В то же время современные конституционные системы основываются на приоритете представительной формы народовластия, основанной на принципе представительства – власти народа, осуществляемой через выборных представителей, или системой представительных, т. е. избираемых народом, органов государственной власти и местного самоуправления, а равно иных учреждений, посредством которых реализуется воля народа. Таким образом, через механизм представительства носитель власти реализует эту власть в конституционной практике. В конституционном праве народное представительство – это один из наиболее существенных элементов в конструкции конституционного или правового государства и именно с его помощью обеспечивается, во-первых, подчинение государственной власти закону, праву и, во-вторых, участие населения через своих представителей в отправлении государственных функций. Компонен-

тами представительного правления являются адекватные социальной структуре общества, социально-экономическим, историческим, духовно-культурным и иным цивилизационным характеристикам страны партийная система и отвечающая ей избирательная система¹.

Важнейшей составляющей представительного правления и показателем реальности народного суверенитета является не имеющее универсального значения в конституционном законодательстве основное (конституционное по своей природе) право граждан на народное представительство, содержанием которого охватываются такие правомочия, как правомочие иметь органы народного представительства; правомочие на обеспечение эффективной работы органов народного представительства; правомочие на периодические выборы народных представителей; правомочия избирать и быть избранными в органы народного представительства; правомочие быть представленными; правомочие влиять на деятельность и организацию системы представительных органов государственной власти и местного самоуправления, наделенных достаточными властными полномочиями и публично значимыми функциями; право на демократическую избирательную систему и достоверные результаты выборов; право на реализацию потребностей и интересов граждан в деятельности представительных учреждений; право переизбирать или отзывать народных представителей с соблюдением установленных законом правил и процедур.

§ 4. Государственный суверенитет. Структура государства.

Органы государственной власти

Суверенитет государства: понятие, пределы осуществления, характеристика. В общепринятом понимании государственный суверенитет есть верховенство государственной власти внутри страны и ее независимость во внешней сфере, т. е. полнота законодательной, исполнительной и судебной властей государства на его территории, исключая всякую иностранную власть, а также неподчинение государства властям иностранных государств в сфере международного общения, кроме случаев явно выраженного и добровольного согласия со стороны государства на ограничение своего суверенитета.

Государственный суверенитет означает, что государственная власть, основанная на суверенной воле народа, независима от кого бы то ни было во внутренних делах и в международных отношениях. Государственный суверенитет – это верховенство государственной власти на

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Избирательное право. М., 2017. С. 181–202.

территории страны, исключительное право ее народа на владение, пользование и распоряжение национальным богатством. Государственный суверенитет есть изначальное и неотъемлемое (неотчуждаемое) свойство государственной власти, которое указывает на его *верховенство* (господство) в границах территории, т. е. право властвовать на своей территории и обязанность всех субъектов подчиняться ему и независимость в общении с себе подобными (другими государствами). Отсутствие какой-либо из этих характеристик – свидетельство отсутствия суверенности государства.

Структура государства. Государственную власть осуществляет государство, которое уже в представлении античных мыслителей есть человеческий организм (Платон), а сторонников органической теории (XVII в.), – политический организм. Впоследствии Ш. Монтескье, Дж. Локк (еще ранее Аристотель), опровергнув тезис о неделимости государственной власти, выдвинули концепцию разделения властей. Из принципа разделения властей вытекает идея структурирования государства применительно к специализации его деятельности, или осуществляемым функциям: трем видам государственной деятельности (функций) соответствуют три вида органов государства. Архитектура государственной власти и органов, ее осуществляющих, была представлена «отцами-основателями» Конституции США (1787). В современных условиях данная модель конституционного устройства воспринимается как аксиома. При этом конструкция разделения властей и связанная с ней система сдержек и противовесов в последующем усилены механизмами координации властей и конституционного их партнерства.

Государственная власть реализуется через властные структуры – органы государства. *Орган государства* – это часть аппарата (механизма) государства, образуемая в установленном законом порядке для выполнения функций и задач государства. В организационно-управленческом значении орган государства есть такая структурная часть государственного аппарата, которая представлена коллективом государственных служащих, наделенных властными полномочиями и располагающая материально-техническими возможностями для осуществления определенных задач и функций государства. Разновидностью государственных органов являются те из них, которые образуются и функционируют на основе принципа разделения властей: это законодательный орган, или парламент, глава государства, правительство, олицетворяющее исполнительную власть в государстве, и суды. Есть основание именно эти органы обозначать общим понятием «*органы государственной власти*». Соответственно органы государственной власти – это формируемая на основе принципа разделе-

ния властей обособленная часть механизма государства, предназначенная для выполнения от имени государства его функций, определенным образом внутренне организованная, действующая в присущих ей организационно-правовых формах и осуществляющая посредством установленной законодательством компетенции.

Орган государства наделен государственно-властными полномочиями, образующими в своей совокупности его компетенцию. Наличие государственно-властных полномочий означает: во-первых, что орган государства вправе принимать решения, обязательные для всех; во-вторых, обязательность принимаемых им решений обеспечивается возможностью использования мер государственного принуждения. Специфическим признаком органа государственной власти является его структура, внутренняя организация, закрепляемая в конституциях, уставах и иных законодательных актах. Так, парламент состоит из одной или двух палат, комитетов и комиссий. Правительство представлено премьер-министром, его заместителями и министрами и т. д.

Более широким (во всяком случае, так это воспринимается современной государствоведческой наукой) является понятие «органы публичной власти». Последние охватывают своим содержанием все властные структуры, реализующие народовластие (принадлежащую по праву народу власть) в той или иной организационной форме. Структурно такие органы представлены органами государственной власти и органами местного самоуправления. И те, и другие обладают рядом общих (родовых) признаков: реализуют публичную власть; наделены властными полномочиями; обладают соответствующими ресурсами (материальными, финансовыми, организационными); вправе принимать обязательные для всех правовые акты; образуют конституционно определенную систему в соответствии с принципом разделения властей. С точки зрения конституционного права, очевидно, правомерно выделять две группы органов государства. Во-первых, органы, учреждаемые в соответствии с конституцией (иной конституционной нормой – конституционным соглашением) на основе принципа разделения властей: законодательные, исполнительные и судебные. Совокупность высших органов, осуществляющих эту власть (глава государства, парламент, правительство, верховный суд) персонифицируются с верховной властью страны. Это, можно сказать, первичные, основные органы. Во-вторых, производные органы – те, которые учреждаются первичными органами либо создаются для содействия в осуществлении их (первичных органов) конституционных полномочий. К таким структурам, в частности, относятся так называемые вспомогательные органы.

Правовой статус органа государства. К его элементам относятся: социальное назначение, роль, задачи и функции; принципы организации и деятельности; компетенция и государственно-властные полномочия; источники финансирования; форма правовых актов; право пользования государственными символами и т. п. Элементом статуса органа государства является его *компетенция* (от лат. *competenta* – принадлежность по праву) – определяемые конституцией предметы ведения и соответствующий им объем полномочий и пределы деятельности органа государственной власти. Компетенция органа – это круг вопросов его ведения, основных направлений деятельности (функций) и конкретных полномочий в различных сферах жизни общества. Компетенция органа государства включает: а) *полномочия государственного органа* – его права и обязанности; б) *предметы ведения* – сфера применения полномочий (виды государственной деятельности); в) *основные направления деятельности, т. е. функции такого органа*. Компетенция органа государства определена в национальной конституции и законодательстве. Конституции иногда самым общим образом касаются конституционного статуса органов государственной власти (см. ст. 28 Основного закона ФРГ). Конституция Испании устанавливает основы организации власти на трех уровнях – в автономных сообществах, провинциях и муниципиях (ст.ст. 140, 152).

Органы государства, реализуя общие цели и задачи, образуют в рамках данного государства *конституционную систему органов*, каждое звено которой наделено конкретным правовым статусом, а между отдельными органами и их видами существуют взаимосвязи и складываются взаимоотношения, определяемые конституционно-правовыми нормами (компетенционные связи). На систему государственных органов – организацию властвования – влияют многие факторы, среди которых наиболее значимы: форма правления, принципы организации власти, государственный режим, форма государственно-территориального устройства страны.

Функционирование конституционной системы органов подчинено определенным принципам, которые настолько важны, что вне зависимости от их закрепления в национальных конституциях или конституирования в конституционном правосознании, они являются фундаментальными, базовыми началами организации и деятельности всей системы государственной власти. Так, *принципы абсолютизации (монополизации) власти и разделения властей* положены в основание формирования двух диаметрально противоположенных моделей построения всей системы государственных органов в конкретном государстве. Обосновываются и другие принципы построения системы

государственных органов. Например, идея *совместного властвования*, принцип *взаимодополнения* в распределении государственных функций (субсидиарности) и др.

§ 5. Государственные символы. Государственный язык: понятие, конституционный статус

Государственный суверенитет неразрывно связан с государственными символами. Так, по Конституции Португалии государственный флаг определяется как «символ суверенитета Республики, независимости, единства и целостности». Отмеченный вывод подтверждается также использованием в конституционной лексике словосочетаний: «символы государства и национального суверенитета» (Кабо-Верде), «символы независимости и суверенитета» (Монголия). В конституциях многих стран нормы о государственной символике располагаются в разделах о суверенитете (Франция, Демократическая Республика Конго и др.).

К общепризнанным государственным символам конституции современных государств относят: государственный флаг, государственный герб, государственный гимн и др. Их описание, порядок использования определяются конституциями и/или специальными законодательными актами. В частности, в ст. 7 Конституции Непала зафиксированы государственные флаг и герб, определены государственный цвет, государственный цветок, государственное животное и государственная птица. Аналогичные положения содержит ст. 1 Конституции Демократической Республики Конго. В отдельных странах, к примеру в Албании, Мальдивских Островах, Судане, Того, Центрально-Африканской Республике, Шри-Ланке, к государственным символам так или иначе отнесен государственный (национальный) праздник, или национальный день.

В государствоведении в числе государственных символов называют и *столицу государства*. В качестве одного из оснований может служить аргумент о том, что статус столицы нередко определяется в одной конституционной норме (статье), в которой говорится о статусе государственного флага, герба и гимна. Противники такого подхода полагают, что в этом следует усматривать особенности систематичности конституционного материала и не более того.

Государственный язык. Государственный язык – это главный язык в стране, он является средством официального общения и, как правило, является языком большинства населения. Государственный язык – это язык, на котором в юридически обязательном порядке ведется ра-

бота в законодательном и других государственных органах, учреждениях, официальное делопроизводство, судопроизводство, публикуются нормативные правовые акты и официальные издания. Статус языка как государственного устанавливается конституцией. Как правило, государственным языком определяется или фактически признается язык титульной нации. По Конституции Монголии «государственным языком Монголии является монгольский язык» (п. 1 ст. 8). В государствах, образовавшихся на многонациональной основе, статус государственных могут иметь несколько языков. Так, в ЮАР такой статус установлен для четырех, Сейшельских Островах и Фиджи – трех, Кипре и Чаде – двух. Государственными языками Бельгии установлены соответствующие языки признанных ее субъектами четырех «лингвистических региона».

Синонимом государственного языка конституции ряда стран нередко называют термин «официальный язык», равно как и употребляют их порознь, что в особенности характерно для федеративных государств. Так, в Демократической Республике Конго официальным языком Конституция признает французский, национальными языками – киконго, лингала, суахили и чилуба (ст. 1). По Конституции Индии штаты, кроме государственного (официального) языка хинди, могут «принять любой или любые из языков... для каких-либо из официальных целей Штата» (ст. 345). Перечень 18 таких языков дан в приложении 8 к Конституции. В Швейцарии и Эфиопии, кроме государственного языка, официальный язык установлен в каждом субъекте федерации. Существует и несколько иная интерпретация в применении государственного и официального языков. К примеру, в Ирландии ирландский язык признан государственным и первым официальным, а английский – вторым официальным. Свои особенности имеет конституционная интерпретация государственного языка в государствах – бывших колониях. Язык бывшей метрополии обычно становится государственным (официальным) языком национального государства. В частности, согласно Конституции Намибии официальным языком является английский язык. При этом Конституция не запрещает использования других языков как языков обучения в частных школах или в школах, которые полностью или частично содержатся государством, при условии обеспечения владения официальным языком согласно требованиям действующего законодательства (ч. 1 и 2 ст. 3).

По наблюдениям отдельных зарубежных конституционалистов (В. Н. Шаповал), в ряде стран в пределах части государственной территории или отдельных административно-территориальных единиц, население которых составляют национальные или языковые меньшин-

ства, наряду с государственным языком, определенные официальные функции выполняют языки этих меньшинств или за такими языками признается, по существу, одинаковый с государственными языками статус (Афганистан, Македония, Перу, Сербия, Словения, Филиппины, Хорватия, Черногория). Такой же подход применен в тех унитарных государствах, где образованы территориальные автономии на этнической или культурно-лингвистической основе.

Урегулирование статуса государственного (официального) языка – новое в предмете конституционного регулирования. По общему правилу нормы о государственном языке включаются в первый раздел (часть, главу) основного закона в статьи, в которых заключены положения о других государственных символах. Считается, что в этом прослеживается прямая связь между государственным суверенитетом и государственным языком.

§ 6. Конституционно-правовой режим государственной территории

Материальной основой государственного суверенитета является обладание территорией, собственностью, определенным культурным достоянием. Еще К. Маркс подметил такую связь: «Государство здесь – верховный собственник земли, – писал он о странах Древнего Востока. – Суверенитет здесь – земельная собственность, сконцентрированная в национальном масштабе»¹.

Государственная территория в конституционном праве – часть земли, на которую распространяется суверенитет государства. Ее пределы ограничены государственной границей. *Государственная территория есть элемент государственного суверенитета, представляющий часть территории Земли, на которую распространяется суверенитет государства.* Территория есть атрибут государственности, сущностный признак всякого государства. В пределах территории государство осуществляет законное территориальное верховенство. Соответственно государственная территория Российской Федерации – это сухопутная территория, ее недра, территориальные и внутренние воды и воздушное пространство над ними. Основными признаками государственной территории являются ее принадлежность определенному государству и верховенство на ней государст-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 25. Ч. II. С. 354. К. Маркс в качестве характерной черты суверенитета указывал на неподчиняемость чьим-либо приказам, подчеркивал, что «две суверенные власти не могут одновременно, бок о бок, функционировать в одном государстве» (см.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 5. С. 428; Т. 6. С. 263).

венной власти данного государства. Власть, народ и территория – основные условия государственной организации общества. Как публично-правовой институт территория государства входит в структуру национального права достаточно поздно – только в начале XIX в. была сформулирована концепция территории как основы существования государства. В последующем представители возникшей юридической школы стали характеризовать государство как сочетание трех элементов – территории, населения и государственной власти, а саму территорию – как пространство, в пределах которого осуществляется государственное властвование над населением.

Как правильно отмечается в компетентной литературе, сама территория не является собственностью государства на территорию – это геофизическое пространство, на которое распространяется суверенитет государства, т. е. государство обладает монопольным правом на верховенство в пределах данной территории. Собственником территории может быть признан только населяющий ее народ, по уполномочию которого властвует государство. Территория – это не только пространственная сфера верховенства государства, но и объект его регулирования: государство устанавливает правовой режим собственной территории, включая определение ее административно-территориального устройства, позволяющее «приблизить» государственное властвование к соответственно организованному населению.

Господство государства над своей территорией, или территориальное верховенство, означает не только право государства осуществлять исключительную власть в пределах соответствующей территории, но и ее *неделимость*, а также гарантированную международным правом *неприкосновенность* (запрет какого-либо посягательства со стороны одного государства на территорию другого) и *целостность* (недопустимость насильственного расчленения государственной территории или захвата и отторжения (анексии) ее части). Соответственно порядок изменения правового режима территории – так же предмет конституционного регулирования. В ряде стран (Австрия, Словакия, Чехия) изменение государственной границы (территории) возможно на основе конституционного закона.

Глава 7. КОНСТИТУЦИОННЫЙ СТАТУС ЛИЧНОСТИ. ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

§ 1. Понятие, содержание и принципы конституционного статуса личности

Человек, его права и свободы признаются важнейшими объектами конституционного регулирования. Этот постулат современной теории и практики конституционализма закрепляют или иным образом признают конституции всех зарубежных стран. Базируясь на этой конституционной аксиоме, конституционный статус личности (конституционные статусы человека и гражданина) закрепляют: 1) *конституционную правосубъектность человека и гражданина (конституционную праводеееспособность, или потенциальную способность к обладанию комплексом основных прав и свобод и использовать их в своих интересах)*; 2) *конституционные права и свободы человека и гражданина* – признанный международным сообществом и имплементированный в национальные системы права свод прав свобод и конституционных обязанностей); 3) конституционные гарантии осуществления прав и свобод *человека и гражданина (общие, выраженные конституционным строем, и специальные – конституционные формы, механизмы и средства обеспечения основных прав и свобод)*. Основой правового статуса личности является *институт гражданства*. В определенном смысле – это также компонент конституционного статуса. Согласно ст. 15 Всеобщей декларации прав человека, «каждый человек имеет право на гражданство» ... и «не может быть бесосновательно лишен гражданства...». Видимо, есть основания к составляющим конституционного статуса личности относить специальные конституционные состояния, правовые режимы, выраженные в институтах (конституционных механизмах) *политического убежища, временного убежища, экстрадиции* и др., поскольку они действительно затрагивают основы бытия человека в современном мире.

Конституционный статус личности базируется на фундаментальных принципах: *неотчуждаемый и естественный характер основных прав и свобод; принцип соответствия прав и свобод личности международно-правовым стандартам; принцип непосредственного действия прав и свобод; принцип равноправия; принцип гарантированности прав и свобод человека и гражданина; принцип единства (взаимосвязи) прав и обязанностей*.

§ 2. Институт прав и свобод человека и гражданина

Права человека – важнейший институт конституционного строя, представленный совокупностью конституционных возможностей, призванных обеспечить достойную и безопасную жизнь человека и гражданина, условия его свободной жизнедеятельности. Права человека носят универсальный и общечеловеческий характер. Это проявляется в том, что все люди имеют основные права и свободы без какой-либо дискриминации. Проблема прав человека – общая для всех стран и народов. Соблюдение и обеспечение прав составляют одну из основ международного и внутригосударственного порядка. Права человека универсальны с точки зрения их содержания. Право на жизнь, свобода совести, равенство всех перед законом, свобода передвижения – понимаются одинаково вне зависимости от исторических, культурных, экономических, религиозных и иных различий. Всеобщность прав выражается в пространственном и территориальном аспекте. Везде, где бы ни находился человек, он обладает естественными правами.

В общесоциальном, гуманитарном смысле права человека соотносятся с основами его бытия. В таком понимании права человека приобретают естественно-правовое значение, употребляются в значении социальной свободы и означают для его носителя возможность делать (совершать) все, что не запрещено законом. Естественно-правовое происхождение прав человека свидетельствует о том, что они имманентно присущи всякому человеку от рождения, являясь его свойством, биосоциальной характеристикой. Права человека в таком контексте рассматриваются как источник всякого закона, а закон – его следствием.

В формально-юридическом значении права человека означают возможность каждого совершать или не совершать дозволенные или не запрещенные конституцией и основанных на ней законах действия.. В конституционной лексике за термином «права человека» закрепились значения основных, или конституционных, прав. Теория и конституционная практика различают понятия «права» и «свободы». Общее у них в том, что обладание правами и свободами означает возможность избрать тот или иной вид поведения. Различие заключается в том, что *права* связаны, главным образом, с возможностью получения определенных благ, это всегда право на получение чего-либо. *Свобода* для человека означает возможность избегать воздействия со стороны государства, государственной власти, избегать тех или иных ограничений; это отсутствие каких-либо препятствий, стеснений. Свобода в этом смысле есть независимость от государства (всякой власти). Понятно, что пределы свободы в социально организованном обществе очерчены свободой других лиц.

Права и свободы могут иметь индивидуальные и коллективные формы выражения. Те конституционные права и свободы, реализация которых требует коллективных действий граждан (право на объединение, проведение собраний, митингов, шествий и др.), именуются *коллективными*. Конституции различных стран к ним относят: права политической оппозиции (Колумбия, Бразилия), право на забастовку, на создание профсоюзов; права детей и права женщин (Бразилия, Эфиопия); права национальных меньшинств и этнических групп (Венгрия, Италия, Испания, Норвегия, Швеция и др.), права коренных народов (Бразилия, Канада, Новая Зеландия и др.), уточненное в новейших конституциях как право на сопротивление мирными средствами, включая кампании гражданского неповиновения (Буркина-Фасо, Бенин, Гана и др.). Особое место в структуре коллективных прав занимают права народа: право народа на сопротивление (Гондурас, Бенин, Гана и др.). Конституция Демократической Республики Конго включает главу 3 «Коллективные права», отнеся к ним: право жить в мире и безопасности как в национальном плане, так и в международном (ст. 52); право на незагрязненную окружающую среду, благоприятную для его цельного развития (ст. 53); право пользоваться национальными богатствами, из которого вытекает конституционная обязанность («долг») государства осуществлять их справедливое перераспределение и гарантировать право разработки (ст. 58); право пользоваться общим достоянием человечества (ст. 59). Среди коллективных прав особое значение имеют предусмотренные международными актами *права народов: право на равноправие и на самоопределение* (п. 2 ст. 1 Устава ООН), *право народов на мир, право на развитие, право на защиту национальных меньшинств, право на защиту от геноцида* (Конвенция о предупреждении преступлений геноцида и наказании его) и др.

Различают *права человека* (права для всех) и *права гражданина*, носителями которых соответственно выступают лица, обладающие гражданством данного государства. Последнее объемнее первого (см., к примеру, ст.ст. 10, 11 Основного закона ФРГ). В странах континентального права понятия «национальность» и «гражданство» часто воспринимаются как тождественные. Например: «Все испанцы обязаны трудиться и имеют право на труд» (ст. 35 Конституции Испании).

Выделяют также *права позитивные* и *естественные*. Существует мнение, что набор естественных прав предложен в Декларации прав и свобод человека и гражданина 1789 г.: равенство (ст. 1); свобода, право собственности, безопасность, право на сопротивление угнетению (ст. 2), свобода совести (ст. 10), свобода мысли и мнений (ст. 11). Естественные (по своему происхождению) права человека, будучи

закрепленными в национальных конституциях (т. е. позитивированы), приобретают качество позитивных. При оценке соотношения данных групп прав важно учитывать фундаментальный вывод английского конституционалиста А. В. Дайси, положения из трудов которого признаны источником британской конституции: «права и свободы частных лиц являются не следствием, а источником законов»¹.

§ 3. Развитие прав и свобод

Различают несколько волн, или поколений (генераций), прав и свобод. В основном они совпадают с этапами развития конституций. Соответственно выделяют следующие этапы движения прав и свобод.

Первая волна, по мнению исследователей, восходит к истокам конституционализма и охватывает длительный период, вплоть от первых конституций до начала XX в. (по более точным ориентирам, до Первой мировой войны). В конституционных актах зарубежных стран получают закрепление личные права, главным образом, связанные с обеспечением безопасности личности (это неприкосновенность жилища, охрана частной жизни, жилища, тайна переписки, свобода вероисповедания), а также права, которые в последующем получают название «процессуальных» (запрет обратной силы закона, запрет повторного привлечения к ответственности и др.). Первоначально эти группы прав и свобод были представлены в Конституции Виргинии 1776 г., Декларации 1776 г., в Конституции США 1789 г. (точнее говоря, в поправках I–X к ней).

Вторая волна, хронологически укладывающаяся в период между двумя мировыми войнами, связана с развитием социально-экономических прав личности (гарантирующих, прежде всего, интересы наемных рабочих), а равно комплекса социально-культурных прав (право на образование, на доступ к достижениям культуры и др.), получивших закрепление в основных законах ряда стран: в Конституции РСФСР 1918 г. и Конституции СССР 1924 г., в Конституции Мексики 1917 г., Веймарской Конституции 1919 г. и др.

Третья волна берет начало с 50-х годов XX в., связана со значительным расширением прав и свобод, обусловленным достижениями научно-технического прогресса, развитием информатизации (права на информацию, на пользование средствами массовой информации и др.). Одновременно новый импульс получают социально-экономи-

¹ Цит. по: Червонюк В. И., Калинин И. В., Назарова И. С. Антология конституционных учений. : в 2 ч. 3-е изд., доп. М., 2017. Ч. 1. С. 110.

ческие, культурные права, свобода профсоюзов, закрепляется свобода создания партий и др.

Правомерно вести речь и о *четвертой генерации прав и свобод*. В эту группу включают право на использование достижений культуры, чистую природную среду, информационные права, в определенной мере и так называемые соматические права. В последние десятилетия ушедшего XX в. и в пришедшем ему на смену XXI в. активно обсуждается вопрос о конституционности «права на распоряжение собственной жизнью», т. е. права на содействие неизлечимо больным людям в уходе из жизни со стороны медработников – права на эвтаназию. Полярные позиции сохраняются даже в рамках одной страны – в большинстве штатов США эвтаназия запрещена, лишь в Орегоне в 1994 г. на референдуме был принят закон, разрешающий ее в виде права врача выписать смертельно больному человеку рецепт на получение препарата (требовалось еще заключение двух других врачей). Активно обсуждается и вопрос о праве на так называемые однополые браки (хотя законодательство некоторых стран уже их признало).

Общей закономерностью считается унификация, или стилизация, прав и свобод. По этой причине разделы о правах и свободах в национальных конституциях имеют значительное сходство. При общих подходах сохраняются существенные различия. К примеру, сформировавшаяся под влиянием Билля о правах (1789) американская традиция под правами имеет ввиду, прежде всего, гражданские и политические права. США не признали социально-экономические права и не ратифицировали Международный пакт о социальных, экономических и культурных правах (впрочем, это обстоятельство не влияет на социальную природу государства).

§ 4. Техничко-юридические способы конституционного закрепления прав и свобод

Выбор того или иного способа напрямую не зависит, как считают некоторые авторы, от типа правовой семьи, но в большей мере обусловлен национальными правовыми традициями. Известны два способа конституционного признания прав и свобод – *позитивный* и *негативный*. Исторически преимущество отдавалось негативному способу конструирования прав и свобод. Современные конституции могут отдавать предпочтение одному или другому способу, но чаще всего в той или иной пропорции применяются оба. Это характерно и для международно-правовых актов в сфере гуманитарного права. На выбор способа оказывают влияние исповедуемые доктрины прав человека,

конституционный объем материала, выделяемого для закрепления прав и свобод. Так, длительное время в странах англо-американского права закреплялись лишь некоторые права или отдельные их группы, при этом значение других либо де-факто признавалось, либо удостоверялось актами судебного права. За отдельными правами в некоторых из этих стран и в настоящее время не признается значение конституционных (например, право на жилище в США).

Большинство современных европейских конституций закрепляют права *позитивным способом* – констатируя в нормах обладание субъектом определенным правом и тем самым предоставляя гражданину возможность действовать по своему усмотрению. Так, абз. 1 ст. 78 Конституции Дании устанавливает: «Граждане имеют право создавать общественные объединения в любых законных целях без предварительного уведомления»; ст. 2 Основного закона ФРГ предусматривает, что «каждый имеет право на развитие своей личности... Каждый имеет право на жизнь и на личную неприкосновенность...».

Негативный способ используется реже. Преобладание негативно-го способа оформления прав и свобод характерно, в частности, для Основного закона США. К примеру, поправка V Конституции США 1787 г.) устанавливает: «Никто не может быть лишен жизни, свободы или собственности без надлежащей правовой процедуры». Или: «Не должны требоваться чрезмерные залоги или налагаться чрезмерные штрафы либо назначаться жестокие и необычные наказания» (поправка VIII). В то же время отдельные права поправками сформулированы и в позитивной форме. В частности, согласно поправке VI «при уголовном преследовании обвиняемый имеет право на скорый и публичный суд беспристрастных присяжных, право быть осведомленным о сущности обвинения, право на очную ставку со свидетелями, право на принудительный вызов свидетелей со своей стороны и помощь адвоката для своей защиты». Широко применяется данный способ в конституциях стран Карибского бассейна, государств с заимствованной вестминстерской формой правления¹.

В качестве иллюстрации к сказанному предложим несколько статей из главы II Конституции Государства Белиз «Защита основных прав и свобод. Основные права и свободы»: ст. 4 «Защита права на жизнь»: «Лицо не может быть умышленно лишено права на жизнь иначе как во исполнение приговора...»; ст. 5 «Защита права на личную свободу»: «Лицо не может быть лишено права на свобод...»; ст. 7 «Защита от негуманного обращения»: «Никто не может быть подвергнут пыткам или бесчеловечным и унижительным

¹ См.: Червонюк В. И. Гасанов К. К., Хазов Е. Н. Конституционное право зарубежных государств / отв. ред. В. И. Червонюк : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». М., 2015.

наказаниям или обращению»; ст. 8 «Защита от рабства и принудительного труда»: «Никто не должен содержаться в рабстве или подневольном состоянии; Никто не может быть подвергнут принудительным работам»; ст. 9 «Защита от незаконного обыска и вторжения на территорию частного владения»: «Лицо не может быть подвергнуто личному досмотру или обыску, а равно вторжению на территорию его частного владения, иначе как с его согласия»¹.

Отмеченное не означает правомерности того, что «негативный способ более характерен для государств с «англосаксонской системой права». К примеру, ст. 36 Конституции Литвы устанавливает: «Нельзя запрещать или препятствовать гражданам собираться без оружия на мирные собрания...». Или абз. 1 ст. 7 Конституции Нидерландов: «Ни одно лицо не должно обращаться за предварительным разрешением на публикацию своих взглядов или воззрений...»; абз. 3 ст. 4 Основного закона ФРГ предусматривает: «Никто не может быть принуждаем против своей совести к военной службе с оружием».

Отмеченные способы конструирования прав и свобод, несомненно, имеют свои преимущества. С точки зрения позитивного способа однозначно определяется носитель конституционного права, такое право отличается юридической определенностью, а следовательно, из него вытекают конкретные конституционные возможности носителя права. Очевидно, что правовые системы континентальной правовой семьи действительно более ориентированы на использование данного приема законодательной техники. Негативный способ основан на том, что он рассчитан на поведение обязанной стороны, каковой является государство или какой-либо из его органов. Любые их действия вопреки адресованному им запрету означают неконституционное поведение и влекут негативные правовые последствия. Конституционность действий возможна лишь в том случае, если воспрепятствующий реализации права «найдет» норму, имеющую для носителя права ограничительный характер. Понятно, что в обоих случаях конституционный смысл способа конструирования права в значительной мере сохраняется при следовании властными структурами идее права.

§ 5. Классификация прав и свобод

Права человека могут классифицироваться по самым разным основаниям. Однако избираемые критерии должны удовлетворять главному требованию: представленная систематика прав должна наиболее полно раскрывать природу основных прав и свобод.

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 2. Латинская Америка и Карибский регион. С. 46–51.

В зависимости от конкретных ценностей, которые выражают конституционные права и свободы, отношения к ним самой личности, государства и общества все права и свободы в конституционном праве подразделяются на три группы: *гражданские (в отечественной конституционной лексике – личные) права и свободы; политические права и свободы; социальные, экономические и культурные права и свободы*. Такая систематика является общепринятой, она соответствует классификации прав и свобод воспринятой в универсальных международно-правовых актах – во Всеобщей декларации прав и свобод и двух международных пактах: о гражданских и политических правах и о социальных, экономических и культурных правах. Кроме того, к этим трем группам следует присоединить и четвертую группу прав, именуемых *процессуальными*.

Гражданские (личные) права человека – это неотчуждаемые, естественные права человека, отражающие ценность жизни человека, его достоинство и неприкосновенность. К числу гражданских, или личных, прав и свобод конституции зарубежных стран относят: право на жизнь, безопасность, собственность, физическую и психическую неприкосновенность, право на достоинство личности, личную и семейную тайны и др. Предполагается, что государственная власть не может даровать или отчуждать эти права своими актами и действиями.

К *политическим* относят права и свободы, которые обеспечивают полноценное участие каждого гражданина в политической жизни страны. Это *право участвовать в управлении обществом и государством* (ст. 48 Конституции Португалии); *право избирать и избираться* (в Финляндии это право участвовать в коммунальных выборах и коммунальном референдуме предоставлено иностранцам (§ 16); *право участвовать в процедурах непосредственной демократии* – в референдуме, осуществлении права народной законодательной инициативы и др. Это *право на объединение, создание союзов и ассоциаций, включая право создавать политические партии*.

В некоторых странах оно предоставлено только гражданам (Австрия, Бельгия, Болгария, ФРГ, Греция, Дания, Италия – всего 18 европейских стран), в других странах – всем, кто законно находится на территории страны. Важнейшее из этих прав – право создавать политические партии. Это также *право выполнять публичные функции и занимать государственные должности* (Австрия, Андорра, Бельгия, Венгрия и др.). Его носители – только граждане, хотя есть и исключения (см., к примеру, абз. 4 ст. 4 Конституции Греции). К публичным отнесено *право на получение информации, имеющей общественное значение* (абз. 1 и 2 ст. 31 Конституции Румынии), а равно и *право на критику* (Азербайджан, Албания, Литва).

Редко закрепляется *право на сопротивление* (ст. 2 Декларации прав и свобод человека и гражданина 1789 г.). Сходные нормы есть в конституциях ФРГ, Словакии, Чехии, Эстонии; в ст. 21 Конституции Португалии – право всем, кто (законно) находится на территории страны, для защиты их прав, свобод, гарантий, а также от агрессии; ст. 42

Конституции Хорватии закрепляет «права всех граждан на публичный протест» (в ред. 2000 г. на «мирный протест»).

Социально-экономические и культурные права. Их специфика заключена: а) в их носителях: такие права принадлежат не всем, а определенным категориям граждан; б) в способах защиты: прямое действие норм конституции исключено, т. е. они не могут защищаться ссылками на конституцию, а только на законы, принятыми в развитие ее норм; в) в конституционно определенных обязательствах государства гарантировать отдельные из таких прав. Так, в США гарантируются сбережения в банках для граждан только до 100 тыс. долл.; д) динамизме прав, их прямой зависимости от экономического строя и других факторов. Каталог этой группы прав в различных странах различен. Это право собственности и ее наследование; право на труд и свобода труда (прежде всего, это ликвидация безработицы); право на отдых и на забастовку; право на охрану здоровья и на социальное обеспечение. Это также культурные права: право на образование и свободу образования (право учить детей и получать образование взрослым любым способом – в государственных, муниципальных, церковных школах, самостоятельно).

Представляется целесообразным выделять в отдельную группу *процессуальные права* – права на защиту иных прав. Это те права, которые по своему содержанию представляют сочетание мер государственной защиты с предоставляемой законом возможностью обладателя права самому защищать нарушенные его права (право на правовую защиту, право на государственную защиту, право на судебную защиту, право на правосудие, право на получение квалифицированной юридической помощи, презумпция невиновности, право на защиту прав потерпевшего от правонарушающих действий и др.). Несмотря на повышенное внимание конституционных законодателей к этой группе прав, в конституционной доктрине они недостаточно изучены. Достаточно сказать, что сам термин «процессуальные права» даже в конституционном праве преимущественно воспринимается в значении отраслевых прав¹.

§ 6. Конституционные процессуальные права в структуре основных прав и свобод человека и гражданина

Данная группа прав, может быть за редким исключением, в научной и учебной литературе не получила отражения. Отношение к процессуальным правам в значительной мере можно объяснить сложив-

¹ Вместе с тем, есть основания полагать, что содержащемуся в ст. 17 Конституции Парагвая «О процессуальных правах» понятию процессуальных прав конституционный законодатель придает не узкоотраслевое (уголовно-процессуальное), а конституционное значение (см.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 701).

шейся в международной практике и практике национальных конституционных систем дифференциацией основных прав и свобод в зависимости от иерархии конституционных ценностей. Во Всеобщей декларации прав и свобод фундаментальные права и свободы группируются следующим образом: гражданские, политические (публичные), социальные, экономические и культурные. Уже сами названия двух международных пактов: «Международный пакт о гражданских и политических правах» и «Международный пакт о социальных, экономических и культурных правах и свободах» с очевидностью указывают на те группы прав и свобод, которые в них закрепляются¹.

С иных позиций представлен каталог прав и свобод в Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В этом акте в качестве фундаментальных представлены такие права, как право на свободу и безопасность (ст. 5), право на справедливое судебное разбирательство (ст. 6), на эффективные средства правовой защиты (ст. 13), процедурные гарантии в случае высылки иностранцев (ст. 1), право на апелляцию по уголовным делам (ст. 2), которые в европейском праве стали обозначать как процессуальные (наряду с материальными правами, которые также закреплены в Конвенции)². Несмотря на то обстоятельство, что конституционный законодатель конструирует данные права в специфической форме – в виде принципа права, презумпции, гарантии других прав и т. д. – тем не менее, каждое из них можно идентифицировать. Например, закрепляемая в конституциях практически всех государств презумпция невиновности может быть переформатирована как право каждого считаться невиновным до тех пор, пока не будет доказано обратное.

Исторически процессуальные права получают формально-юридическое признание еще до возникновения в позитивном праве прав первого поколения. Так, уже в Великой хартии вольностей 1215 г. постулировалось, что «ни один свободный человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен владения, или каким-либо иным способом обездолен иначе, как по законному приговору и по закону страны»³. Правовое положение лица, находящегося под стражей до суда, и процедура судебного подтверждения оснований для ареста

¹ См.: Международное публичное право. сборник документов / сост. и авт. предисл. К. А. Бекашев, Д. К. Бекашев. М. : Проспект, 2009. С. 31–47.

² См.: Конвенции Совета Европы и Российская Федерация : сборник документов. М. : Юрид. лит., 2000. С. 38–43, 60–62.

³ История государства и права зарубежных стран : учебник : в 2 т. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2009. Т. 1 С.387–388.

была урегулирована в известном акте 1679 г. и получила название *habeas corpus*¹. В последующем эти наиболее важные гарантии свободы и неприкосновенности личности вошли в национальные конституции и были отражены в международных соглашениях о правах человека. Элементы *habeas corpus* как гарантии судебной защиты против незаконного посягательства на свободу и личную неприкосновенность содержатся во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (ст.ст. 3, 9 и 10), в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г. (ст. 9). Но наиболее подробно они развиты в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Именно этим актом, можно сказать, положено начало для официального утверждения в конституционной системе прав и свобод тех прав, которые обособлены в группу процессуальных.

Особенность данной группы основных прав, прежде всего, в том, что их реализация связана с необходимостью защиты принадлежащих каждому прав при условии, что эти права уже нарушены или подвергаются потенциальной угрозе нарушения. Причем речь идет о такой сфере их применения, как уголовное судопроизводство. Соответственно носителями таких прав являются лица, либо привлекаемые к юридической ответственности (прежде всего, к уголовной), либо жертвы противоправных деяний, а равно лица, чьи интересы могут быть затронуты в этой связи (свидетели и пр.).

Обобщенно можно указать на следующие конституционные признаки процессуальных прав: их *универсальность* – применимость ко всем субъектам правоотношений; *материально-процессуальная регламентированность*, т. е. закрепление элементов данного права как в материальных, так и процессуальных источниках права; *самостоятельность* – независимость данного права от иных прав, закрепленных в национальных и международных нормативных правовых актах; *взаимосвязанность с правонарушающими действиями*, т. е. использование данного права только при реальном или потенциальном нарушении иных прав человека и гражданина; *реальность* – использование данного права в процессе осуществления права, включая правоприменительные действия.

Особенность данной группы прав заключена и в их технико-юридической конструкции. Ряд таких прав закрепляется в негативной форме², что для других групп прав является исключением (в доктрине

¹ См.: Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2011. С. 176.

² Характеристику позитивного и негативного способов закрепления в национальных конституциях прав человека (см.: Червонюк В. И., Назарова И. С., Калинин И.

и практике стран континентального права). Данные права сконструированы по типу «право на право». В этом значении они производят впечатление производности, вторичности, что не умаляет их социальной ценности и фундаментального характера в системе основных прав.

Среди прочих преимуществ выделения данной группы прав укажем на их мировоззренческое значение: обособление данной группы прав усиливает конституционные формы и способы защиты личности, раскрывает перед ней конституционную ценность механизмов защиты.

Конституции содержат достаточно обширный набор таких прав, отнеся к ним право на судебную защиту, право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, презумпцию невиновности, право не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным (т. н. иммунитет свидетеля)¹, право на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями государственных органов и должностных лиц (пп. 15–19 Конституции Монголии, ст.ст. 39–53 Конституции Никарагуа).

§ 7. Механизм реализации конституционных прав и свобод личности

Закрепленные в конституции права и свободы оправдывают свое социальное назначение при условии, что они претворяются в жизнь, осуществляются в деятельности индивидов, коллективов людей, способствуя тем самым достижению с помощью конституционно-правовых механизмов жизненных целей и устремлений². Перевод конституционно-правового смысла и содержания, заложенного в правах и свободах в фактическое правомерное действие (фактический результат), охватывается понятием реализации конституционного права (свободы)³. В широком смысле реализация права является его сущностной характеристикой. В более узком значении – это такая характеристика права (свободы), которая свидетельствует о полном им (правом) обладании, пользовании и распоряжении носителем этого

В. Конституционное право зарубежных стран. С. 105–106).

¹ В конституционном, уголовно-процессуальном законодательстве зарубежных стран существуют разные подходы к пониманию содержания и пределов данного права. Например, согласно ст. 52 Конституции Никарагуа «никто не обязан показывать против самого себя, своего супруга или своих родственников до четвертой степени родства или второй степени свойства в делах, подсудных уголовному, исправительному или полицейскому судам» (см.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка).

² Термин «реализация» (от лат. «realis» – вещественный, действительный) означает осуществление какого-либо плана, идеи (см.: БЭС. М., 2002. С. 1001).

³ См.: Червонюк В. И. Конституционное право России. М. : ИНФРА-М, 2003.

права. Реализация права характеризует его со стороны освоения субъектом¹. Особенность реализации конституционных прав и свобод заключается в том, что субъект постоянно должен пользоваться правами и свободами, тем самым присваивая (используя в конституционно предусмотренных целях) неотъемлемые от него блага.

Понятно, что юридическое признание права, пусть даже в конституции, – это лишь одна из ступеней движения конституционного права к достижению его носителем фактических целей, вытекающих из нормативного содержания данного права. В силу самых разных обстоятельств как зависящих от правообладателя, так и не связанных с его волей и личностными возможностями, от закрепления права в основном законе до фактического воплощения в реальном поведении – дистанция огромных размеров. На теоретическом уровне важно осмыслить этот путь, проектируя таким образом возможные сложности и препятствия на этом пути, и на этой основе предложить практике наиболее оптимальные способы их преодоления, обоснование позитивных стимулов конституционного поведения. Этой цели научного поиска отвечает конструкция «механизм реализации конституционных прав и свобод».

Понятие механизма реализации основных прав и свобод и его основные модели (типы). Механизм реализации конституционного права – это часть механизма действия права, а значит, ему присущи общие закономерности действия права. Вместе с тем, реализация конституционных прав сохраняет значительную специфику, предопределенную природой основных прав и свобод.

Теоретическое и прикладное значение понятия механизма реализации конституционного права заключается в том, что оно позволяет целостно представить весь процесс реализации, собрав воедино комплекс разнородных по своему характеру, направленности, силе воздействия и другим параметрам компонентов, с которыми, собственно говоря, связана реализация конституционного права. Это понятие охватывает все возможные аспекты реализации права, включая собственно специально-юридические, социально-юридические и метаюридического характера²;

¹ В этом смысле о социально-юридическом механизме, если и можно вести речь (см.: Мордовец А. С. Социально-юридический механизм обеспечения реализации прав человека и гражданина: теорет.-правовое исслед. : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 1996), то исключительно как составляющей общего механизма реализации прав и свобод. Предложенная автором модель такого механизма, следовательно, не может рассматриваться в качестве универсальной.

² При рассмотрении механизма реализации прав и свобод почти общим местом является рецепция выводов, сделанных при исследовании механизма правового регулирования. Соответственно вне зависимости от предметной сферы исследования различные авторы при определении составляющих механизма реализации права одно-

позволяет раскрыть структуру, взаимосвязь и взаимодействие элементов данного механизма, выявить роль социальной среды и психологических качеств личности при непосредственной реализации прав и свобод.

Основываясь на разработанной в общей юриспруденции методологии исследования механизма действия права, к составляющим механизма реализации конституционных прав и свобод следует отнести:

Во-первых, специально-юридический блок (компонент)¹, который представляет предусмотренные нормами конституционного права *правовые средства* – те специально-юридические инструменты (субстанциональные элементы права – те частицы права, которые исключительно предназначены для обслуживания юридически значимого поведения и деятельности людей)², при помощи которых управомоченные и правобязанные лица реализуют принадлежащие им конституционные права и обязанности (буквально осуществляют перевод содержащихся в нормах права прав и обязанностей в фактическое правомерное поведение).

Более сложным (сложносоставным) специально-юридическим образованием, организующим конституционное поведение субъектов конституционного права, являются *юридические (конституционно-правовые) механизмы*, представляющие собой своего рода комплексное правовое средство. Это определенный набор правовых средств, соединенных с юридическими формами и способами осуществления предоставленных субъекту прав и обязанностей. Чаще всего с помощью юридических механизмов претворяются в жизнь (реальное поведение) права и обязанности, содержащиеся в компетенционных нор-

значно указывают на такие элементы, как нормы права и юридические факты. Само по себе это утверждение не дает прироста знания, не способствует уяснению действительной природы данного феномена.

¹ См.: Гойман (Червонюк) В. И. Формирование правовой активности личности : монография. М. : Высш. школа, 1998 ; Его же. Действие права. Методологический анализ. М. : Академия МВД СССР, 1992; Теория государства и права : учебник для вузов. М. : ИНФРА-М, 2006; Червонюк В. И. Структура права: закономерности формирования и развития : в 9 вып. Вып. 6. Элементарные частицы» («вещество») права. Юридические средства и юридические механизмы в структурной организации права (в двух частях). // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – № 5. – С. 19–25.

³ См.: Калинин И. В. Конституция и гражданско-правовые средства защиты прав личности. С. 78–81; Червонюк В. И., Калинин И. В. Правовые средства защиты жертв преступлений в уголовном процессе (анализ законодательных новелл и правоприменительной практики в аспекте международных и европейских стандартов) // Конституционная защита граждан от преступных посягательств, реализуемая нормами уголовного и уголовно-процессуального законодательства : материалы Всероссийской межвузовской конференции. М., 2004. С. 236–239.

мах. Соответственно юридические (конституционно-правовые) механизмы предназначены, главным образом, для обеспечения реализации гражданами конституционных прав, свобод и обязанностей. Такими механизмами являются нормотворчество, правоприменительная, контрольно-надзорная, правоинтерпретационная деятельность, конституционный и судебный контроль, прокурорский надзор, правозащитная деятельность уполномоченного по правам человека и др.

С точки зрения своей специально-юридической природы и их конституционного смысла рассмотренные правовые средства и механизмы призваны оказывать исключительно позитивно стимулирующее воздействие на процессы правопользования. В то же время отдельные из них, в особенности нормотворчество, правоприменение, контрольно-надзорная деятельность, при определенных условиях способны оказывать деструктивное влияние на эти процессы. Правовые средства и механизмы правозащитного свойства с точки зрения их назначения в механизме правопользования предстают как юридические гарантии прав и свобод личности. Эта их функция настолько значима для всего процесса реализации прав и свобод, что правомерно их обособление в данном механизме в качестве своего рода гарантийного блока правореализации.

Во-вторых, субстанциональный компонент механизма реализации конституционных прав и свобод представлен собственно *личностью* как носителем конституционного права (свободы), обязанности, наделенной конституционной правосубъектностью, общим правовым статусом и способной в силу этого своими действиями порождать наступление конституционно-правовых последствий – возникновение, изменение или прекращение конституционных правоотношений. Активное участие личности в механизме правопользования обеспечивается имманентно присущими ей личностными свойствами, включая конституционное правосознание; «набор» таких свойств обеспечивает конституционно-правовую активность личности, конституционно-правовое поведение.

В-третьих, это также социальная компонента механизма правопользования. Реализация прав и свобод сопряжена для личности с ее социально-правовым окружением – совокупностью тех условий и факторов, юридического и метаюридического характера, которые оказывают на ее поведение в конституционно-правовой сфере стимулирующее влияние или, напротив, воспрепятствуют реализации ею (личностью) прав и свобод. Таким образом, совокупные условия – *социально-правовая среда реализации конституционных прав и свобод* – еще один важнейший компонент механизма реализации конституционных прав и свобод.

На содержание механизма реализации конституционных прав и свобод оказывает воздействие множество факторов; действие существенных факторов трансформирует данный механизм в типовую модель. К таким существенным факторам следует отнести, прежде всего, характер самого конституционного права (свободы), а равно predetermined и учреждаемые государственной властью правовые режимы действия (реализации) этих прав. Именно это обстоятельство в конечном счете predetermined состав юридического инструментария, привлекаемого для реализации того или иного конституционного права. Так, гражданские (личные) права предрасположены к так называемой непосредственной реализации, т. е. без участия в правореализационном процессе властных структур. Социально-экономические права, напротив, нуждаются в таком участии; большинство (или все такие права) не могут быть реализованы без соответствующих правоприменительных действий и решений государственных органов. Соответственно своей природе реализация всех конституционных прав формирует две модели (два типа) механизмов реализации конституционных прав: 1) *механизм непосредственной реализации*¹ (так называемый инициативный порядок реализации, а равно простые процедурно-правовые формы правопользования²); 2) и *механизм опосредованной реализации*, обремененный (отягощенный) правоприменением, т. е. предполагающий правоприменительные властные действия и решения – регистрационные, регламентирующие, лицензионно-разрешительные, удостоверяющие, констатирующие, предписывающие, запрещающие, аннулирующие (Н. В. Витрук, И. В. Ростовщиков). Понятно, что реализации конституционных прав и свобод более всего отвечает первая модель. Действие второй модели сопряжено с применением различных по своему демократическому потенциалу правовых режимов, формирующих определенный порядок реализации прав и свобод: а) *уведомительный (заявительный)*, при котором компетентный орган лишь должен быть поставлен в известность (тем или иным образом проинформирован) относительно правореализующих действий граждан; б) *регистрационный*, при котором реализация конституционного права предполагает законода-

¹ См. об этом: Белянская О. В. Механизм непосредственной реализации прав и свобод личности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2003.

² В данном случае закон с той или иной степенью определенности предусматривает пути и способы реализации человеком своих прав: устанавливается порядок реализации; последовательность ряда действий правообладателя; содержание действий, выполнение которых и направлено на достижение наиболее полного и точного использования права или свободы (см.: Тарасова А. Г. Юридические процедуры и реализация прав человека : теоретико-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2012. С. 18–19).

тельно предусмотренные формы регистрации, например реализация права на объединение в форме учреждения некоммерческой организации (политической партии и другие НКО) предполагает регистрацию такой организации; в) *разрешительный*, когда реализация права сопряжена с предварительным получением соответствующего разрешения (например, осуществление предпринимательской деятельности с использованием статуса юридического лица).

Реализация конституционных прав и свобод – длящийся во времени и в пространстве процесс, в ходе которого законодательно предусмотренные в основных правах и свободах конституционные ценности под влиянием комплекса взаимосвязанных причин и обстоятельств личностного и внеличностного свойства, объективного и субъективно характера, юридического и метаюридического порядка становятся достоянием носителей этих прав – отдельного человека, группы людей. С указанных позиций нуждается в осмыслении стадийная, поэтапная, или технолого-юридическая¹, характеристика процесса реализации прав и свобод личности². Определение таких стадий, таким образом, есть необходимое условие уяснения специфики механизма реализации конституционных прав и свобод: с рассматриваемых позиций механизм реализации конституционных прав и свобод представлен совокупностью взаимосвязанных и взаимодействующих элементов, имеющих своим предназначением преобразовать (перевести) конституционные права и свободы, выраженные формально юридически в конституционном тексте, в состояние фактического пользования ими.

Стадии реализации конституционных прав и свобод одновременно выступают предпосылкой и ключевой характеристикой рассматриваемого механизма в том смысле, что они предопределяют набор и собственно специфику юридических средств, используемых субъек-

¹ См.: Червонюк В. И. Юридические технологии («правовая инженерия»), или прикладная юриспруденция: методологическое значение, природа, соотношение с юридической техникой, статус в системе правоведения : в 4 вып. Вып. 4. О моделях преподавания юридических технологий // Вестник Московского университета МВД России. – 2010. – № 8. – С. 186–189.

² В этом случае акцент делается на том, что закон устанавливает известную «алгоритмичность» процесса реализации, его процедуру: последовательность поведения самого носителя права, а также содержание действий обязанных органов и лиц, направленных на достижение цели наиболее полного и точного использования права или исполнения обязанности (См.: Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М. : Норма, 2008. С. 342).

том правопользования, а также органами и лицами, обеспечивающими реализацию прав и свобод¹.

Рассмотрение данной проблемы в контексте современной методологии указывает на то, что реализация права — не одномоментный акт, он представляет собой превращение права в новое качество, которое в данном контексте охватывает по меньшей мере три этапа: 1) его переход из объективного в субъективное право; 2) выработка внутренней мотивации, готовности и способности использовать данное право; 3) перевод субъективированного права в фактическое правомерное, или конституционное, поведение, когда носитель данного права удовлетворяет интерес, являющийся содержанием (объектом) данного права, и таким образом присваивает (делает собственным достоянием) предусмотренные конституционным правом блага.

Соответственно реализация конституционных прав с этой (технологической) точки зрения представляет собой многоаспектный и многоступенчатый процесс, который охватывает своим содержанием следующие последовательно сменяющие друг друга циклы (стадии, этапы):

1) *стадию объективированного в конституционной (статутной) норме права, предусмотренного конституционной нормой (конституцией)*. Это право, выраженное в абстрактной форме (как правило, в конституции) и являющееся элементом конституционно-правового или общего правового статуса. Данную стадию поэтому правомерно обозначить стадией общей правоспособности или действия конституционного статуса. Одновременно данное право существует и в форме так называемого общерегулятивного правоотношения, юридическим фактом возникновения которого является сам факт закрепления данного права в национальной конституции. Данная стадия связана исключительно с фактом признания данного права и, помимо этого, каких-либо других средств, форм своего выражения не требует. При этом формой признания может быть как закрепление права в конституции, так и распространение действия норм международного (европейского) гуманитарного права в национальной правовой системе. Кроме того, содержанием данной стадии охватывается законодательная конкретизация данного права в специальном принятом законе, а равно в акте федерального органа конституционного контроля. Законодательная конкретизация в этом случае может быть связана как с определением

¹ См.: Червонюк В. И. Теоретическая конструкция механизма реализации основных (конституционных) прав и свобод личности // Вестник Академии Следственного комитета Российской Федерации. — 2015. — № 1 (3). — С. 46–54.

пределов действия данного права, учреждением механизма (процедур, порядка) его реализации, так и правобеспечительными мерами;

2) *стадию действия общего (конституционного) правоотношения*. Она может включать законодательную конкретизацию и правобеспечительные меры;

3) *стадию субъективирования (индивидуализации) конституционного права в индивидуальной норме или в конкретном (отраслевом) правоотношении*. Это стадия опосредованного действия конституционного права или юридического правообладания. Она может быть связана как с волевыми усилиями и правовой активностью обладателя права (например, в случае реализации права на пользование достижениями культуры), так и деятельностью специализированных органов и учреждений, призванных обеспечивать конституционные права в специально оговоренных законом случаях (выдать лицензию на право осуществления предпринимательской деятельности, зарегистрировать в качестве юридического лица предприятие или учреждение гражданами общественную организацию и т. д.). Как правило, данная стадия связана всегда с индивидуально-правовой деятельностью властных структур, предполагает нормотворческую конкретизацию. Данная стадия касается не всех, но лишь тех прав, реализация которых связана с необходимостью предварительной индивидуализации объективного конституционного права и придания ему таким образом качества субъективного права. Такой способ реализации относится, прежде всего, к социально-экономическим правам;

4) *стадию фактического правообладания или пользования конкретным благом*. Она охватывает так называемую непосредственную форму реализации, когда требуются правомерные фактические действия обладателя правом. Данная стадия включает интериоризацию права ее носителем, выработку внутренней мотивации к использованию данного права и собственно фактические правомерные действия;

5) *субсидиарную стадию, выступающую связующим звеном между первой и второй стадиями, и связанную с конкретизацией прав и обязанностей субъектов правоотношения*¹. Это может быть конкретизация в форме: а) нормативной в детализации; б) официального толкования; в) создания прецедентной нормы; г) принятия процедур реализации конституционного права (охранительные или правоза-

¹ В специальной литературе данную стадию чаще всего относят к факультативной. Однако применительно к конституционным правам она почти всегда или выступает непременным условием их реализации. Конструкция реализации конституционных прав вне правоотношений, как представляется, не входит в противоречие с отмеченным.

щитные действие как блокирующие возможные препятствия, так и устраняющие уже реально существующие препятствия к реализации конституционного права).

Таким образом, механизм реализации прав и свобод представляет собой сложное конституционно-правовое образование: в структурном отношении он включает разнообразные конституционно-правовые средства и механизмы, включая те из них, которые рассматриваются в качестве юридических гарантий (охватывающих многообразную деятельность специализированных органов публичной власти). Это также конституционное поведение субъекта правопользования и социально-правовая (конституционная) среда, в которой субъект реализует свою конституционно-правовую активность в форме отдельных действий, деятельности, иных форм правового поведения.

§ 8. Ограничение прав и свобод в конституционных системах современных государств

Ограничение прав и свобод допускается Всеобщей декларацией прав человека (ст. 29). В формально-юридическом значении *ограничение прав и свобод означает юридическую невозможность осуществления прав и свобод в случаях, предусмотренных законом, а равно определенное им сужение объема данных прав*. Ограничение права (свободы) есть осуществление сужения объема права в соответствии с предусмотренными законом основаниями и в установленном порядке¹.

Основания и порядок возможного ограничения прав и свобод предусматриваются, как правило, законом и лишь в строго оговоренных национальной конституцией случаях (например, ст. 19 Основного закона ФРГ).

От ограничения следует отличать лишение права – санкцию за злоупотребление ими (ст. 18 Основного закона ФРГ).

Кроме того, необходимо проводить различие между сужением объема права или его ограничением от используемых в законотворческой практике юридических способов, приемов фиксации границ дозволенной свободы, к числу которых относятся оговорки, примечания, запреты, исключения и др. Отличие способов фиксации границ прав и свобод в законе от ограничения состоит в том, что в этом случае не происходит сужения объема права; имеет место уточнение его со-

¹ См.: Червонюк В. И. Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву // Государство и право. – 1997. – № 11. – С. 94–96.

держания, обозначение границ, с которыми связано действие этого права. В то же время с фиксацией права может быть связано и его ограничение, обусловленное законотворческими ошибками или намеренными действиями законодателя. Особым случаем ограничения прав является невключение в число закрепляемых законом тех прав, легализация которых государством отвечает его международным обязательствам.

Внешнее сходство с ограничением прав имеет определенный законодательством порядок их осуществления. Для конституционных прав и свобод такой порядок определяется законами, иногда непосредственно в национальной конституции. Симптоматично, что конституционный законодатель в этом случае допускает смешение ограничения права (свободы) с установлением пределов его реализации. Так, Конституция Гватемалы содержит ст. 248 «Ограничения». Согласно данной статье лица, находящиеся на действительной службе в вооруженных силах Гватемалы, не могут пользоваться своим правом голоса или правом обращения с петициями по политическим вопросам. Они не могут также пользоваться правом на участие в коллективных петициях¹. Очевидно, что в данном случае речь идет не о сужении нормативного объема данного права, но о его правовой определенности в отношении служащих вооруженных сил страны.

Порядок осуществления отраслевых прав чаще всего определяется в подзаконных актах. Нередко такие акты таят в себе две опасности. Первая связана с тем, что подзаконный акт может сузить содержание материального права, «конкретизируя его». В этом случае такой акт изначально является недействительным. Вторая, более распространенная, опасность заключена в том, что закрепляемый подзаконным актом порядок реализации права не отвечает природе этого права, создавая помехи для его осуществления. Очевидно, что правовая аксиома (устанавливающий порядок осуществления права не может изменять его содержание) должна быть обеспечена и соответствующими юридическими механизмами.

Близким, но не совпадающим с понятием ограничения прав и свобод, является понятие «*право на деррогацию*» – основанное на законе отступление государством от взятых обязательств по обеспечению (соблюдению) прав. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. устанавливает, что право на деррогацию

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 220.

связано: а) с приостановлением действия отдельных правовых норм или с ограничениями при осуществлении индивидом прав и свобод в силу определенных обстоятельств (четыре конвенционные статьи); б) с отступлением от соблюдения обязательств в чрезвычайных ситуациях; в) с ограничением на политическую деятельность иностранцев; г) с запрещением злоупотреблений правами; д) с пределами использования ограничений в отношении прав.

Ограничения прав и свобод могут иметь самые различные проявления: они могут вытекать из правового акта, закона, договора, решения правоприменительного органа или из фактических действий; носить постоянный или временный характер; иметь место в обычных условиях или в условиях действия специфических правовых режимов. Ограничения возможны как в отношении прав физических, так и юридических лиц; они допустимы в сфере действия публичного и частного права; применимы в отношении индивидуальных и коллективных прав и т. д.

Формой ограничения основных прав и свобод является их приостановление.

Так, в Конституции Испании помещена глава 5: «О приостановлении действия прав и свобод», которая устанавливает исчерпывающие основания приостановления права (свободы). Различия между ограничением и приостановлением права (свободы) сохраняются: ограничение – это сужение их объема; приостановление – это юридическая и фактическая невозможность пользования правами и свободами в установленные конституцией или законом периоды времени (сроки) всеми без исключения или только определенным кругом лиц в связи с совершенными ими противоправными действиями. Первое основание приостановления прав связано с ведением исключительных правовых режимов. Например, «в случае объявления чрезвычайного или осадного положения» (ч. 1 ст. 55 Конституции Испании). Второе основание касается определенной категории лиц. Так, ч. 2 ст. 55 испанской Конституции устанавливает, что такое возможно «в отношении определенных лиц в связи с проведением расследования деятельности вооруженных банд или террористических элементов». По Конституции Перу осуществление политических прав приостанавливается по постановлению суда о лишении гражданских прав; по приговору суда, предусматривающему назначение наказания, связанного с лишением свободы; по приговору суда, предусматривающему ограничение политических прав (ч. 1–3 ст. 33)¹. Конституция Никарагуа (ст. 185) установила: «В целях обеспечения безопасности нации, в случаях бедствий национального масштаба, а также по причинам экономического характера Президент Республики может на Совете министров объявлять о приостановлении действия предоставляемых настоящей Конституцией прав и гарантий на всей государственной территории или на ее части на определенный и подлежащий продлению срок. Указанный вопрос регулируется законом о чрезвычайном положении»².

О неконституционных ограничениях до недавнего времени принято было говорить только применительно к странам, которые традиционно отнесены к недемократическим. Принятие рядом государств За-

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 796.

² Там же. С. 629.

пада после 11 сентября 2001 г. комплекса мер по эффективному противодействию терроризму непосредственно коснулось проблемы прав человека. Так, американской общественностью достаточно активно обсуждается проблема расширения законодательно установленных возможностей осуществления правоохранительными органами различных форм электронного наблюдения. Обращается внимание на то, что федеральные правоохранительные органы могут вести розыск подозреваемых в терроризме личностей оперативным наблюдением за Интернетом (с помощью разработанной и используемой ФБР системы онлайн-наблюдения «Carnivore» – отслеживанием посещений web-страниц и корреспондентов по электронной переписке), в том числе без ордера, выдаваемого судом, лишь с одобрения прокуратуры (при наличии чрезвычайных обстоятельств). Новое процессуальное законодательство уполномочивает судью выдавать ордера на использование определителей телефонных номеров сообщаемых абонентов «в любом месте Соединенных Штатов», а не только «в пределах территориальной юрисдикции суда». Закон устанавливает обязанность провайдеров сети предоставлять правоохранительным органам электронные сообщения лиц, подозреваемых в терроризме. На провайдеров, телефонные компании или кредитные организации возлагается также обязанность без ордера суда о выемке предоставлять государству информацию о потребителе своих услуг, если ФБР утверждает, что «таковая информация требуется для проведения санкционированного расследования международного терроризма или тайной разведывательной деятельности при условии, что такое расследование в отношении гражданина США проводится только лишь ввиду его деятельности, охраняемой первой поправкой к Конституции Соединенных Штатов». Разрешение выдается на 30 суток, продление срока санкционируется также судьей, процедура повторяется вновь. Каждые 10 дней следствие обязано информировать судью о ходе прослушивания и сообщать о результатах, полученных на день доклада судье, который может счесть полученные данные достаточными для прекращения мероприятия. Принятый Конгрессом в 2007 г. билль разрешает спецслужбам США прослушивание иностранцев и перехват их переписки по компьютерной почте без предварительного получения судебного ордера.

Наступление на права человека в этой же связи отмечаются и в Великобритании, в разные годы после 11 сентября 2001 г. принимавшей акты об антитерроризме, преступности и безопасности (первый – в 2001 г.). Так, Законом 2001 г. были предоставлены полномочия для ареста на некоторых служебных территориях, для задержания рейсов по соображениям безопасности и снятия с рейсов без доказательств в причастности к тер-

роризму; было закреплено право бессрочного ареста без судебного решения и последующей депортации иностранных граждан, подозреваемых в причастности к террористической деятельности. Принятый в 2005 г. одноименный закон (третий) отменил такую меру пресечения для подозреваемых в терроризме, как заключение под стражу без предъявления обвинения (британскими лордами-судьями данная норма была признана нарушающей права человека). В то же время для данной категории лиц предусмотрены такие меры контроля, как ограничение передвижения или домашний арест. При этом к подозреваемым, согласно закону, могут применяться ограничения в пользовании телефонной связью, Интернетом, поездках по стране и встречах с другими лицами (законно-послушными гражданами). Закон о терроризме 2006 г. (принятый после терактов 7 июля 2005 г.) расширил полномочия государственного секретаря (министра внутренних дел), позволив ему объявлять незаконными общественные объединения, которые считаются причастными к восхвалению терроризма, а также усилил полномочия полиции и следственных органов; увеличил до 28 дней (при наличии судебного одобрения) срок задержания лиц, подозреваемых в причастности к терроризму. Закон «О противодействии терроризму, преступлениях и безопасности» предусматривает обязательность для лиц, имеющих отношение к банковской деятельности, доносить о предполагаемом «отмывании» денег при наличии к тому «разумных» предположений; предусмотрено также ограничение банковской тайны: при наличии минимальных подозрений о связях лица с террористами, полиция уполномочена истребовать данные о переводах, а с санкции суда запросить сведения о балансе и размерах этих переводов.

§ 9. Отмена, умаление, отрицание и лишение прав и свобод в современном конституционном праве

Конституционное законодательство целого ряда стран при конструировании системы гарантий прав и свобод использует такие концепты, как «умаление прав», «отмена права», «дискриминация права», «лишение права», «отрицание права». Ранее известные только иностранному конституционному праву фундаментальные понятия «умаление прав и свобод» и «отмена права» действующая российская Конституция ввела в отечественную государствоведческую лексику, закрепив их непосредственно в конституционном тексте (ст.ст. 19, 21, 23, ч. 2 ст. 55 и др. Конституции Российской Федерации)¹. Между тем конституционный смысл каждой из этих новелл, используемых в контексте ограничения прав и свобод, остается невыясненным. Несмотря на легализацию в Основном законе, концепты «умаление прав» и «отмена права» не подвергнуты специальному конституционно-правовому анализу², равно как и не получили истолкования в

¹Замечено, что, если в действующей Конституции Российской Федерации термин «ограничение» использован 8 раз в 7 статьях (ст.ст. 19, 23, 55, 56, 74, 79, 132); то сопрягающийся с ним термин «умаление прав» конституционный законодатель упоминает в 3 статьях (ст.ст. 21, 55, 62) четырежды. Что касается понятия «отмена права», то ему «повезло» меньше – упоминание о нем мы находим лишь в ст. 55 Конституции.

² Не случайно, что даже в крупных работах описание признаков данного феномена, его определение, соотношение с близкими понятиями и т. п. отсутствует (см.: Меж-

решениях федерального органа конституционного контроля. Сохраняющаяся юридическая неопределенность в этом вопросе не способствует и правильному уяснению сопредельных с ним понятий («ограничение прав», «отрицание прав», «отмена прав», «дискриминация прав», «лишение прав») и, таким образом, не содействует обеспечению прав человека и гражданина¹.

По существу, исключается и возможность имплементации этих понятий в действующее отраслевое законодательство², что в свою очередь непосредственно сопряжено с необеспеченностью конституционными механизмами реализации и охраны прав и свобод, т. е. устранения конституционализации в тех сферах, где ее присутствие объективно необходимо.

Неизученность проблемы порождает сложности с уяснением конституционной природы рассматриваемых феноменов, в частности концепта умаления прав и свобод. В незначительном количестве литературных источников, в которых данная проблема затрагивалась, понятие умаление прав и свобод преимущественно связывают с правомерностью, или допустимостью ограничения прав и свобод. В этой связи обращает на себя внимание сформулированный в современном немецком государствоведении вывод о «конституционно минимальном стандарте безопасности основных прав»³. Можно предположить, что «минимальный стандарт безопасности» означает предельно допустимые границы (критерии) правомерного (конституционно допустимого) ограничения прав и свобод, выход за которые означает умаление или отмену прав и свобод. Иначе говоря, «конституционно минимальный стандарт безопасности основных прав» – это некий водораздел между свободой и несвободой, правом и неправом; такая мера (степень) конституционной свободы или права, когда всякие иные действия, кроме конституционно определенных (связанных с конституционно допустимым ограничением права или свободы), упраздняют «минимальный стандарт безопасности» и превращают свободу или право в их противоположность – в несвободу, в неправое (бесправие).

дународная и внутренняя защита прав человека : учебник / под ред. Р. М. Валеева. М. : Статут, 2011; Права человека / отв. ред. Е. А. Лукашева. 2-е изд., перераб. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013.; Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование : монография / отв. ред. В. Е. Чиркин. М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. Примечательно также, что в международно-правовой лексике в гуманитарном праве этот термин не используется (см.: Буше-Солонье Ф. Практический словарь гуманитарного права / пер. с французского Е. Кирпичниковой и В. Садитдиновой. 2-е изд., доп., расширенное. М. : МИК, 2008).

¹ См.: Червонюк В. И. Отмена и умаление прав и свобод в доктрине и практике современного конституционализма // Актуальные проблемы развития конституционализма материалы научно-практического семинара. М., 2016. С. 227–242.

² См. об этом: Червонюк В. И. Имплементация конституционно-правовых понятий: инновационный подход к современным формам (способам) конституционализации // Конституционализм и правовая система России: итоги и перспективы : материалы научно-практической конференции / отв. ред. М. И. Фадеев. М. : Проспект, 2014. С. 345–352.

³ См.: Государственное право Германии : в 2 т. М. : Институт государства и права РАН, 1994. Т. 2. С. 194–195.

И все же сомнения относительно того, что считать «минимально допустимым стандартом» остаются. Достаточно ли, как на это иногда обращается внимание в теоретической литературе (М. А. Краснов), одного указания на ч. 2 и 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации, или же неопределенность и в этом случае не устраняется. По-видимому, дефинитивная норма конституционного уровня устранила бы эту неопределенность, но конституционный законодатель этого приема конструирования нормы относительно умаления и отмены не применяет. Трудно его обнаружить и в судебной практике Конституционного Суда Российской Федерации, несмотря на то, что федеральный орган конституционного контроля многократно высказывался по этому вопросу.

Хотя и не общепризнанным, но наиболее распространенным является обозначенный в одном из наиболее авторитетных комментариев к Конституции Российской Федерации подход, в соответствии с которым под умалением законом прав и свобод предлагается понимать необоснованное ограничение их объема или действия по кругу лиц, во времени, сокращение гарантий или усечение механизмов правовой защиты и т. п. В представлении данных авторов умаление прав и свобод может иметь место как в связи с принятием закона, так и в результате принятия подзаконных нормативных актов¹.

Не углубляясь в выяснение сущностных характеристик умаления прав, авторы другой работы формулируют свое понимание путем перечисления форм, способов умаления. С рассматриваемых позиций «умаление может осуществляться путем: сужения пределов прав и свобод, как они зафиксированы в Конституции, если для этого нет установленных в самой Конституции оснований; уменьшения материального содержания прав и свобод, объема социальных и иных благ, причитающихся их обладателю; минимизации гарантий прав и свобод, в том числе в результате государственного предпочтения одной группы прав в ущерб другой группе прав, тогда как все права человека и гражданина в силу Конституции должны находиться под равной правовой защитой; создания таких процедур реализации прав и свобод, которые могут свести на нет сами права или свободы человека и гражданина, и т. п.»².

Очевидно, верно то, что, как отмечает Б. С. Эбзеев, под умалением прав понимается уменьшение материального содержания основных прав, объема социальных, политических и иных благ, причитающихся их обладателю, минимизация гарантий основных

¹ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. Л. В. Лазарева. 3-е изд., доп. и перераб. М. : Проспект, 2009. С. 324.

² Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. М. : Эксмо, 2009. С. 492.

прав, в том числе в результате государственного предпочтения одной группы прав (или отдельных прав) в ущерб другой группе прав (другим правам), тогда как все права и свободы человека и гражданина в силу Конституции Российской Федерации (ст.ст. 2, 17, 18) должны находиться под равной правовой защитой¹. Однако всякое ли «уменьшение материального содержания основных прав, объема социальных, политических и иных благ» можно считать умалением. Очевидно, что уменьшение такого рода благ в отношении некоторых групп населения, в особенности представленных во властных структурах, правильнее оценивать не умалением, а социально оправданным выравниванием социальных возможностей этой группы по сравнению с большинством населения².

По-видимому, в самом первом приближении умалением прав можно считать всякое их неконституционное ограничение, хотя такой вывод и является самым общим.

Несколько более акцентированный подход к проблеме представлен М. А. Красновым, по мнению которого «вне зависимости от форм ограничений – материальных или процессуальных – умаление есть недопустимое сужение материального содержания субъективного права». В качестве иллюстрации автор обращается к положению абз. 2 ст. 19 Основного закона ФРГ: «Существо содержания основного права ни в коем случае не может быть затронуто»³.

Представляется, что как в данном случае, так и в ранее проанализированных работах речь все же идет не об умалении, а об отмене прав и свобод; что касается квалификации умаления права как не отвечающего требованию закона сужения «содержания субъективного права», то при определенных условиях этом можно рассматривать лишь одной из форм умаления. Умаление права (свободы), кроме того, может быть связано с качеством нормы закона, закрепляющего данное субъективное право; с отсутствием гарантий его реализации (отсутствием юридического механизма реализации); неэффективной правообеспечительной (правоприменительной, юрисдикционной) деятельностью, неблагоприятными условиями среды действия права и другими факторами, делающими невозможным фактическое пользование таким субъективным правом. Законодатель в этой цепи – лишь одно из звеньев, хотя, может быть, и самое значимое, поскольку

¹ Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М., 2006. С. 231-232 ; Его же. Введение в Конституцию России : монография. М. : ИНФРА-М, 2013. С. 278.

Ср. : Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. М. : Эксмо, 2010. С. 456.

² В интерпретации еще одного автора умаление прав квалифицируется как «необоснованное ограничение прав и свобод, в том числе ограничения их объема, действия по кругу лиц, во времени и в пространстве, сокращение гарантий их обеспечения и защиты (см.: Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации. С. 301).

Ср. : Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Карповича. М., 2002. С. 380.

³ Краснов М. А. Некоторые аспекты проблемы ограничения конституционных прав (на примере экономических прав) // Сравнительное конституционное обозрение. – 2013. – № 1. – С. 84.

принятие заведомо неправовой нормы, упраздняющей существующее право, никакими иными механизмами компенсировать невозможно.

Следовательно, «необоснованное ограничение права (свободы)» нельзя отождествлять с их умалением. Представляется, что такое понимание соответствует и позиции Конституционного Суда Российской Федерации. Так, в п. 2 мотивировочной части постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 1997 г. отмечается, что решения законодателя «не должны противоречить конституционно значимым целям, умалять или ограничивать права граждан, в том числе установленные статьей 42 Конституции Российской Федерации»¹.

Таким образом, умаление прав и свобод нельзя связывать исключительно с нормативным сужением содержания конституционного права или свободы. Вместе с тем, вопрос о связи ограничения прав и свобод с их умалением существует и в ее характере надлежит разобраться.

Аксиологический контекст в оценку соотношения понятий умаления и ограничения прав и свобод пытается привнести В. В. Лапаева. В представлении данного автора умаление – это не уменьшение количественного объема чего-либо, а принижение чего-то высокого, уменьшение его значения, роли, ценности и проч. В. В. Лапаева считает, что, когда мы говорим об умалении, то имеем в виду изменение не количественных, а качественных характеристик объекта. Отсюда постулируется, что термин «умаление» применим лишь к основному содержанию конституционных прав, выражающему сущностные, т. е. качественные, характеристики этих прав, и означает уменьшение их критериальной и регулятивной роли для текущего законодательства, девальвацию их ценности для правовой системы и т. д. Однако вывод, к которому приходит данный автор, сближает его с уже известной позицией: «Конечно, умаление основного содержания конституционных прав является результатом их неправомерного ограничения со стороны федерального законодателя»².

Аналогичное мнение высказывают и другие авторы: термин «умаление» означает «законодательное установление в сфере соответствующих прав и свобод меры свободы меньшей, чем необходимая с точки зрения основного содержания этих прав и свобод»³. Отмеченный подход в чем-то решает проблему. Однако, как уже отмечалось, надо иметь в виду, что в реальной конституционной действительности существует множество вариантов умаления, не сводимых исключительно к ущемлению материального права. Да, очевидно, следует признать «уплотнение» материального содержания права сущностным признаком умаления; отсюда умалить пра-

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 1997 г. № 18-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 1 Федерального закона от 24 ноября 1995 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС» // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1997. – № 50, ст. 5711.

² Лапаева В. В. Проблема ограничения прав и свобод человека и гражданина в Конституции РФ (опыт доктринального осмысления) // Журнал российского права. – 2005. – № 7. – С. 75.

³ Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / под ред. В. А. Четвернина. М., 1997. С. 31.

во или свободу значит уменьшить ее объем, сузить пределы. Однако это не единственный способ умаления права, поскольку умаление возможно разными способами, в том числе процессуальными излишествами, отсутствием необходимых процедур реализации и др.

При анализе соотношения умаления и ограничения прав и свобод следует одновременно обращать внимание и на взаимосвязь этих понятий с иными конституционными концептами: отменой и отрицанием прав. В этом смысле, очевидно, что оценка Н. В. Витрука умаления как «принижения значения, необоснованного ограничения их содержания, действия по кругу лиц, во времени и пространстве, сокращения гарантии их обеспечения и защиты либо созданием таких процессуальных процедур и механизмов, которые могут свести на нет само право или свободу личности»¹, хотя и отличается значительной новизной, требует уточнения. В рассматриваемом контексте умаление прав и свобод следует квалифицировать одним из способов их отмены.

Умаление – это действительно качественное ухудшение права или свободы, но это не отмена права, а лишение части объективно присущих ему свойств, в том числе сущностного характера, а равно средств (инструментария) обеспечения данного права или свободы, обременение дополнительными требованиями, создание фактических или юридических помех реализации и защиты их правопользователем, вследствие чего реализация (защита) данного права крайне затруднительна или невозможна. Вместе с тем, умаление права не означает полного отчуждения данного права от его носителя, что имеет место в случае с отменой права.

При оценке природы умаления (равно как и отмены) прав и свобод принципиально важно еще одно обстоятельство. Поскольку ч. 2 ст. 55 Конституции Российской Федерации содержит обращенный к законодателю запрет не издавать законов, умаляющих или отменяющих права и свободы, то из этого нельзя делать вывод, что только изданием закона могут быть умалены права. Это возможно неоправданным «молчанием» или пассивностью законодателя, когда он не принимает закон, нужный для обеспечения прав и свобод. Умаление и отмена ограничивают или устраняют уже то, что есть в позитивном праве или среди прав и свобод, содержащихся в общепризнанных принципах и нормах международного права.

В этой связи, как справедливо отмечается в специальной литературе, возникает вопрос о том, можно ли квалифицировать неисполнение федеральным законодателем указаний Конституционного Суда как правонарушающие – конституционный деликт. На практике длительное время игнорируются многие указания Конституционного Суда, в которых обращено внимание федерального законодателя на существующие пробелы, в частности в сфере прав человека.

¹ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 101.

К слову сказать, вопрос о пробелах как причине нарушения прав человека рассматривался в ряде пилотных постановлений ЕСПЧ.

К умалению можно отнести нередко встречающуюся коллизию законов по одному предмету регулирования. Здесь ситуация может быть разрешена как законодателем, так и с помощью существующих средств разрешения коллизий в законодательстве. Однако новой проблемой является конкуренция прав и свобод, обусловленная конкуренцией выражаемых ими конституционных ценностей. Например, свобода слова, носителем которой является определенный субъект, может вступить в конкуренцию с правом человека на охрану частной жизни; правом на безопасность, признаваемое в том числе на конституционном уровне в ряде стран, может вступать в конкуренцию с правом на неприкосновенность и т. д. Если такая конкуренция в силу особенностей поведения одной из сторон ведет к злоупотреблению правом, то это, хотя и не отменяет право другой стороны, но снижает его действительную ценность. Значит, умаление может быть вызвано и конкуренцией прав и свобод и обусловленным этим неконституционным поведением одного из носителей конкурирующих прав. В новейшее время возникла проблема и иного характера, связанная с определением действительного соотношения свободы и безопасности в условиях перманентно существующей террористической опасности¹.

При определении сущностных характеристик умаления прав следует обратить внимание на то обстоятельство, что норма о запрете умаления прав располагается в статье Конституции Российской Федерации в том числе касающейся оснований и процедур ограничения основных прав и свобод².

Как справедливо замечено, такая трактовка умаления прав не вполне соответствует лингвистическому значению слова «умаление» и правовому смыслу, заложенному в

¹ Постановку и обсуждение проблемы см.: Червонюк В. И. Современное полицейское право в контексте правовой государственности : в 3 вып. Вып. 3. Правозащитная полицейская функция современного государства: юридические формы и конституционные учреждения ее реализации // Вестник Московского университета МВД России. – 2016. – № 5. – С. 110–116.

² На это обстоятельство обращается внимание во многих работах, в которых так или иначе исследуется проблема ограничения прав и свобод. Однако, что касается рассматриваемой проблемы, то в тех же работах ее специальный анализ, как правило, не представлен. Так, в объемной монографии С. В. Пчелинцева, специально посвященной проблеме ограничения прав в условиях действия исключительных правовых режимов, рассмотрение вопроса об умалении прав «ограничено» представленными в литературе мнениями отдельных авторов, собственный взгляд на проблему автор не стал обнародовать (см.: Пчелинцев С. В. Проблемы ограничения прав и свобод граждан в условиях особых правовых режимов. М. : Норма, 2006. С. 328–331).

концепте «умаление прав» конституционным законодателем. Иными словами, умаление, если основываться на этимологии слова, означает не просто уменьшение объема права, но фактическое или юридическое затруднение и даже невозможность воспользоваться им по причинам, не зависящим от носителя данного права.

Если для ограничения все же существуют «извинительные обстоятельства» (весьма значимые по своему социальному весу), и именно наличие таковых вынуждает законодателя, руководствуясь императивными положениями ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации, в соответствии с установившейся конституционной практикой (выработанными Конституционным Судом принципами) делать изъятия для некоторых прав и свобод, то для умаления не существует никаких обстоятельств, которые могли бы повлечь действия публичных властей, направленные на умаление прав и свобод. Как следует из ст. 21 Конституции Российской Федерации, «ничто не может быть основанием для умаления достоинства личности».

Ограничение прав и свобод по смыслу Конституции возможно путем принятия федерального закона, соответственно и нарушение требований возможно. С умалением прав дело обстоит иначе: оно, как это видно на примере предпринимательского сектора экономики, в равной мере возможно как в сфере нормотворчества, так и в сфере правоприменения, в оперативно-исполнительной деятельности, в юрисдикционной практике¹.

Очевидно, что умаление прав возможно путем сужения их, как зафиксировано в Конституции, если для этого нет установленных в самой Конституции оснований. Но только к этому содержание данного феномена не сводимо. Это и уменьшение материального содержания прав и свобод, объема социальных и иных благ, причитающихся их обладателю; минимизация гарантий прав и свобод, в том числе в результате государственного предпочтения одной группы прав в ущерб другой группе прав, тогда как все права и свободы человека и гражданина в силу Конституции должны находиться под равной правовой защитой; создание таких процедур реализации прав и свобод, которые могут свести на нет сами права или свободы человека и гражданина и т. п.² Особым случаем умаления прав является невключение в число закрепляемых законом прав, легализация которых государством отвечает его международным обязательствам. Как известно,

¹ Поэтому нельзя согласиться с позицией, согласно которой термин «умаление» означает «законодательное установление в сфере соответствующих прав и свобод меры свободы, меньшей, чем необходимая с точки зрения основного содержания этих прав и свобод» (см.: Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / под ред. В. А. Четвернина. М., 1994. С. 31). Очевидно, что такой подход существенно ограничивает объем данного понятия, не способствует уяснению его действительного содержания.

² См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. М.: Эксмо, 2010. С. 456; Эбзеев Б. С. Введение в Конституцию России: монография. М.: ИНФРА-М, 2013. С. 241.

не получило закрепления в Конституции Российской Федерации положение п. 1 ст. 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах о праве «каждого на достойный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достойное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни». Однако это обстоятельство не следует рассматривать в числе тех, которые относятся к умалению прав.

Умалением права следует считать также нарушение пределов ограничения. Это обстоятельство не всегда учитывается в специальной литературе. Так, отмечается, что «основные экономические права, даже если они не содержат оговорки о возможности ограничений, могут быть ограничены путем принятия федерального закона»¹. Такое понимание имеет широкое распространение в специальной литературе. Получается, что всякое конституционное право может быть ограничено, а значит, его нормативный объем может быть определен законодателем дискреционно. В этом случае по своему усмотрению законодатель корректирует норму Конституции, уточняет пределы свободы поведения, «уточняет» конституционный смысл нормы. Очевидно, что существуют пределы, границы в определении законодателем изъятий (исключений) из нормы². В свою очередь нарушение меры (пределов) ограничения также следует считать умалением прав и свобод.

Можно предположить, что умаление прав и свобод связано с нарушением принципа соразмерности (пропорциональности). Этот вывод, как представляется, в большей степени подходит для оценки умаления в сравнении с весьма неопределенным по смыслу «незаконное» или «необоснованное» ограничение прав и свобод. Значит, умаление прав связано с незаконным ограничением, но оно может иметь место и вне его. Умаление нельзя рассматривать только во взаимосвязи с ограничением права, оно имеет более широкий контекст.

Конституционной практике известно немало примеров, когда Конституционный Суд неоднократно признавал неконституционными положения законов, ограничивавших права граждан: на свободу и

¹ Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. М., 2004. С. 75.

² Имманентные пределы основных прав зафиксированы в самой Конституции и по своей социальной и юридической природе отличаются от ограничений основных прав. Речь идет о границах признаваемой и защищаемой Конституцией свободы индивидов и их ассоциаций, по существу – о нормативном содержании того или иного конституционного права, составе его правомочий и системе гарантий (См.: Эбзеев Б. С. Введение в Конституцию России : монография. М. : ИНФРА-М, 2013. С. 236 –237).

личную неприкосновенность, на свободу передвижения и выбор места жительства, на объединение, избирательные права, право собственности, права в налоговых правоотношениях, трудовые, пенсионные права, право на жилище, на благоприятную окружающую среду, на судебную защиту и др.¹

Уже отмечалось, что умаление и *отмена прав и свобод* – близкие по своему значению конституционные концепты. Это действительно близкие, но, вместе с тем, различающиеся по своему содержанию понятия. Если умаление означает фактическую невозможность правоупотребления, то отмена права исключает и юридическую возможность реализации права, поскольку оно отчуждается от его носителя постоянно или на определенный срок. Наиболее характерным примером отмены является приостановление действия прав в условиях введения исключительных правовых режимов. Так, введение режима чрезвычайной ситуации на определенной территории, к примеру в связи с лесными пожарами, может означать запрет на отдых гражданам в зоне лесного массива на этот период. Видимо, указание в Конституции Российской Федерации (ч. 1 ст. 56) о том, что в условиях чрезвычайного положения возможны в соответствии с федеральным конституционным законом отдельные ограничения прав и свобод, точнее было бы обозначать как отмену этих прав. Как представляется, конституционный законодатель должен соблюдать методологическую строгость в используемых им понятиях. Очевидно, что конституционное содержание ч. 3 ст. 55 и ч. 1 ст. 56 Конституции Российской Федерации не совпадают: в одном случае ограничением признается сужение нормативного объема конституционного права исключительно по прямому распоряжению Конституции и только на основании федерального закона и, таким образом, из общего правила (конституционной нормы) делается исключение; соответственно при наступлении указанных в ч. 3 ст. 55 Конституции фактических условий объем такой конституционной нормы будет равен нормативному объему нормы закона). В случае, определенном ч. 1 ст. 56, возможность воспользоваться тем или иным конституционным правом или не воспользоваться им зависит от усмотрения акта главы государства, решением которого на определенной части или на всей территории Российской Федерации может быть, к примеру, введен режим чрезвычайного положения; действие конституционной нормы, закрепляющей то или иное право, в этом случае приостанавливается (или, что

¹ См., в частности: Бурков А. Л. Конвенция о защите прав человека в судах России / предисл. А. И. Ковлер. М. : Волтерс Клувер, 2010.

то же самое, временно отменяется) на время действия исключительного правового режима. Думается, что такое понимание конституционного смысла положений ч. 1 ст. 56 Конституции Российской Федерации в полной мере соответствует положениям международного, в частности европейского права.

Отмена права в каком-то смысле сродни лишению права, равно как и необоснованному отказу в предоставлении, к примеру, гражданства. В современной отечественной конституционной практике случаи необоснованного отказа в предоставлении гражданства имели место.

Умаление и отмена прав и свобод не тождественны еще одному из конституционных понятий – понятию *отрицания прав и свобод*. В доктрине конституционного права под отрицанием «других общепризнанных прав и свобод» обычно понимается их непризнание. По смыслу конституционной нормы непризнание возможно только законодательным органом власти. Именно на основе признания у государства и его органов возникает обязанность предоставить этим правам и свободам юридическую защиту наравне с непосредственно закрепленными в ней основными правами и свободами. Очевидно, что отрицание прав и свобод также может рассматриваться в качестве одной из формы их умаления.

Точно так же умаление и отмена прав и свобод отличны от используемого главным образом в международном праве (редко в конституционном) понятия *дискриминации прав и свобод*. Дискриминация, если исходить из лингвистического значения – это умаление (физически или юридически) прав какой-либо группы граждан по мотивам их национальности, расы, пола, вероисповедания и т. д.¹ При этом дискриминация прав и свобод гражданина осуществляется посредством исключения той или иной возможности (правомочия) из содержания права (свободы), а также путем установления специального порядка его реализации². Очевидно, что для умаления прав демографические и иные характеристики носителя права не имеют

¹ Принципиально важно то, что в новейших условиях и в национальном, и в международном праве различают два аспекта дискриминации: «дискриминацию или неблагоприятное различие, которые являются незаконными, и положительные формы дискриминации, целью которых является улучшение условий группы лиц или компенсирование их неравенства вместо угнетения других групп (см. об этом: Де Сальвиа М. Европейская конвенция по правам человека. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 137).

² О дискриминации в правовой сфере см.: Супрунова М. С. Дискриминация как объект общеправового анализа : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007.

юридического значения. Отсюда содержанием умаления прав охватывается и их дискриминация, понимаемая как одна из форм умаления прав.

§ 10. Конституционные гарантии прав и свобод

Это *предусмотренные национальной конституцией условия и средства (механизмы), обеспечивающие беспрепятственное пользование правами и свободами и их всестороннюю охрану*. Гарантии прав и свобод в основном имеют государственный характер независимо от их конкретного содержания. В условиях подлинной демократии права и свободы не только признаются и юридически закрепляются, но и реально обеспечиваются посредством создания фактических и юридических условий их действительного осуществления. При этом такие гарантии представлены как реально существующими политическими и социально-экономическими условиями, или конституционным строем (*общие гарантии*), так и созданием фактических и юридических условий их действительного осуществления (*специальные гарантии*).

Общие гарантии – это наличие конституционного строя, основанного на соблюдении конституции, неотчуждаемом естественном праве и общепризнанных принципах и нормах международного права; развитого экономического строя и социальной политики государства, обеспечивающих реальность социально-экономических прав и свобод; состояние политического режима и политической атмосферы, зрелость институтов гражданского общества и развитая демократия, предрасполагающие к активному участию в политической жизни страны. Все эти благоприятные условия образуют социальную среду, в которую помещен индивид, реализующий права и свободы.

В структуре *общих, или общесоциальных, гарантий* выделяют материально-экономические, социальные, политические и духовно-культурные гарантии.

Материальные (экономические) гарантии образует развитой экономический строй, выраженный в единстве экономического пространства, свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств, поддержке конкуренции и свободной экономической деятельности; признании и защите равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности, их равной защите; обеспечении социального партнерства и гармонии интересов между личностью и государством, работником и работодателем, производителем и потребителем; достойной заработной платой. Как ре-

зультат всего этого – благоприятный социальный климат общества, отсутствие сложных социальных конфликтов (система позволяет почти автоматически выпускать социальный пар, не доводя его до критической массы), соответствующие достойному уровню жизни людей их материальное благополучие и социальный комфорт.

Политические гарантии совокупно отражают состояние политического режима в стране, политическую атмосферу, указывают на наличие или, напротив, отсутствие развитых институтов гражданского общества, сложившейся системы народовластия, политической культуру и политические традиции. Это, прежде всего, сам конституционный строй, основанный на соблюдении конституции, неотчуждаемых естественных правах и свободах и общепризнанных принципах и нормах международного права. При конституционном режиме – соответствии норм конституции страны реально действующим конституционным порядкам – созданы благоприятные политические условия для реализации прав и свобод. Показатели – беспрепятственное (отсутствие противодействия со стороны публичных властей) использование политических прав и свобод: свободы слова, печати, собраний и митингов, права на участие в управлении делами государства, действие института гражданских инициатив; действие конституционной оппозиции в стране, наличие свободных СМИ; государственная система противодействия коррупции и клиентелизму и пр.

Духовно-культурные условия или гарантии. Это, прежде всего, признанная обществом и поддерживаемая государством система господствующих духовно-культурных ценностей: признание человека, его прав свобод высшей ценностью; идеологический и политический плюрализм, конституционные запреты монополизации идеологии, разжигания социальной, расовой, национальной и религиозной вражды; бесплатное общее и профессиональное образование; свобода литературного, художественного, научного творчества и свобода преподавания. Словом, это основанная на общечеловеческих ценностях, приоритетах личности духовно-культурная атмосфера, что в своей совокупности определяет условия реализуемости и гарантированности основных прав и свобод граждан. Благоприятная духовно-культурная атмосфера способствует приобщению человека к истинным духовным ценностям. Права и свободы человека становятся тем инструментом, посредством которых отдельный индивид и коллективные общности реализуют свои потребности и интересы.

Специальные гарантии прав и свобод, к ним можно отнести: 1) специальные конституционно-юридические гарантии-условия; 2) юридические средства и механизмы охраны и защиты прав и свобод.

К специальным конституционно-юридическим условиям обеспечения и защиты относятся те, которые вытекают из природы самой конституции, обусловлены ее местом и ролью в государственно-правовой (конституционной) системе. Это, прежде всего, *закрепление прав и свобод человека и гражданина в национальной конституции*. Тем самым они официально признаются высшей конституционной ценностью, а их соблюдение и защита признается обязанностью, смыслом и содержанием всех публичных институтов власти; незыблемостью основ конституционного строя, т. е. осуществление в практике принципов конституционного строя; действие конституционно признанных положений о демократическом, правовом и социальном государстве. К числу важнейших специальных конституционно-юридических условий обеспечения основных прав и свобод относится установление прочного *режима конституционной законности*, имеющего своей целью обеспечение реального верховенства конституции в правовой системе, прямое и непосредственное действие ее норм и положений, создание в стране такого политического режима и социально-экономического строя, при котором конституционная формула: «человек, его права и свободы являются высшей ценностью» стала бы действительно смыслом, содержанием и обязанностью для государства, его органов и должностных лиц.

Специально-юридическими гарантиями-условиями можно считать предусмотренные национальными конституциями положения о том, что закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет (запрет обратной силы закона); установленный в конституции запрет, обращенный к законодателю, не издавать законов, отменяющих или ущемляющих права и свободы человека и гражданина; закрепление в национальной конституции гарантий правосудия: презумпция невиновности; запрет повторного осуждения за одно и то же преступление; признание недействительными незаконно полученных доказательств; запрет на применение любых нормативных правовых актов, затрагивающих права, свободы и обязанности, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения и др.

К *специальным конституционным гарантиям-средствам* относятся закрепленные в конституции средства и механизмы охраны и защиты прав и свобод. В частности, к юридическим средствам отнесены все те, которые вытекают из содержания конституционных про-

цессуальных прав: судебная защита прав и свобод; право на возмещение государством вреда, причинённого незаконными действиями органов государственной власти или их должностными лицами; право на пересмотр приговора и др.

Механизмы правовой охраны и защиты прав и свобод включают комплекс юридических средств, которые применяются либо самим носителем прав и свобод, либо специально уполномоченными на то органами охраны и защиты прав и свобод.

Можно выделить несколько групп таких конституционных механизмов: во-первых, это конституционный механизм самозащиты; во-вторых, это конституционные механизмы государственной охраны и защиты прав и свобод: многообразная правоохранительная деятельность специализированных органов государства; конституционный надзор и контроль; деятельность института омбудсмана, органов прокуратуры (атторнейских служб) и др.; в-третьих, конституционные механизмы негосударственной защиты посредством деятельности всей системы правозащитных организаций; в-четвертых, это наднациональные механизмы защиты прав и свобод человека и гражданина.

§ 11. Конституционные обязанности

Конституции первого поколения содержали указание на обязанность нести военную службу и платить налоги. Современные конституции устанавливают гораздо более широкий набор основных обязанностей: обязанность соблюдать конституцию и законы; быть верным, преданным своему государству (Азербайджан, Ирландия, Италия, Польша, Румыния, Сан-Марино, Эстония); обязательность начального образования (ч. 1 ст.23 Конституции Люксембурга, ч. 4 ст. 27 Конституции Испании); обязанность родителей по отношению к детям (абз. 2 ст. 6 Основного закона ФРГ, ст. 30 Конституции Италии 1947 г.), обязанность (граждан и в основном мужчин) защищать свое Отечество (Беларусь, Дания, Турция Италия) и др.

Как и в случаях с правами, в основных законах используются специфические технико-юридические способы закрепления конституционных обязанностей. Как правило, обязанности закрепляются посредством обязывающих конституционных установлений. В частности, ст. 54 Конституции Италии устанавливает: «Все граждане обязаны быть верными Республике и должны соблюдать ее Конституцию и законы». По Конституции Индии обязанностями каждого гражданина являются: «соблюдение Конституции...», «сохранение и следование благородным идеалам...», поддержание и защита суверенитета...»,

«защита страны и несение воинской обязанности...» (пункты «а», «b», «с», «d» ст. 51А).

Иногда обязывающие нормы закрепляются достаточно специфично. Например, согласно абз. 3 ст. 5 Конституции ФРГ «свобода преподавания не освобождает от верности Конституции». В то же время, реже, но применяется и такой способ, как запрет. Так, пункт «i» ст. 51А индийской Конституции в части IV-А «Основные обязанности» содержит обращенный ко всем запрет «отказ от насилия». Запрет злоупотреблять правами закреплен в ст. 18 Конституции ФРГ; ч. 5 ст. 21 Конституции Италии устанавливает: «Запрещаются печатные произведения, зрелища и всякого рода манифестации, противные добрым нравам».

Конституции отдельных стран закрепляют конструкцию обязанностей-прав. Так, глава III Конституции Гватемалы «Гражданские и политические права и обязанности» включает две статьи: «Обязанности и гражданские права» (ст. 135) и «Обязанности и политические права» (ст. 136).

Согласно ст. 135 правом и обязанностью гватемальцев, кроме указанных в других нормах Конституции и законов Республики, являются:

- а) служить родине и защищать ее;
- б) соблюдать Конституцию Республики;
- с) работать на благо гражданского, культурного, морального, социально-экономического развития гватемальцев;
- д) уплачивать налоги в соответствии с порядком, установленным законом;
- е) повиноваться законам;
- ф) оказывать должное уважение властям;
- г) нести военную и социальную службу в соответствии с законом.

Статья 136 предусматривает, что правом и обязанностью граждан являются:

- а) регистрироваться в Реестре граждан;
- б) избирать и быть избранным;
- с) следить за свободой и эффективностью выборов, прозрачностью избирательного процесса;
- д) занимать государственные должности;
- е) участвовать в политической деятельности;
- ф) защищать принцип чередования при переизбрании на пост Президента Республики¹.

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка.

Достаточно детальный перечень основных обязанностей закрепляет Переходная Конституция Республики Южный Судан 2011 г. Согласно ч. 1 и 2 ст. 46 Конституции («Обязанности граждан»), «защищать и соблюдать настоящую Конституцию и уважать законы Южного Судана должно быть обязанностью каждого гражданина». Каждый гражданин должен следовать конституционным императивам.

В частности, он (гражданин) обязан: а) защищать страну и откликаться на призыв на военную службу согласно положениям настоящей Конституции и закона; б) предотвращать насилие и поддерживать гармонию, единство, братство и терпимость среди всех жителей Южного Судана для сглаживания национальных, религиозных, географических и политических разногласий; с) оберегать и защищать государственные средства и ресурсы и уважать правовые и финансовые обязательства; d) предотвращать и бороться с коррупцией и диверсией; е) принимать участие в развитии Южного Судана; f) принимать участие во всеобщих выборах и референдумах в порядке, предусмотренном настоящей Конституцией и законом; g) подчиняться закону и сотрудничать с соответствующими учреждениями в поддержании закона и порядка; h) защищать окружающую среду и рационально использовать природные ресурсы; i) быть осведомленным и руководствоваться во всех действиях интересами народа и принципами, закрепленными настоящей Конституцией; j) поддерживать демократию, надлежащее хорошее управление и верховенство закона; k) уважать права и свободы других людей.

§ 12. Гражданство в зарубежных странах: понятие, принципы, способы приобретения и прекращения

Понятие и значение гражданства. Гражданство – это основа правового положения человека. Оно создает преимущества для человека, позволяет ему в полной мере реализовать права и свободы, включая участие в управлении, обеспечивает юридическую определенность во взаимоотношениях с государством. В связи с гражданством находятся полная реализация права на образование, социальных, культурных и социально-экономических прав, в том числе приобретение прав собственности и других вещных прав. Гражданство – неотъемлемое свойство, атрибут государственного суверенитета. Благодаря наличию гражданства на соответствующих лиц распространяются суверенная власть, законы и защита данного государства, причем вне зависимости

от того, находятся они постоянно или временно на территории своей или другой страны. Преимущества гражданства очевидны. Так, в Основном законе Австрии «Об общих правах граждан» указывается, что для иностранцев поступление на службу в публичные учреждения зависит от приобретения австрийского гражданства (ст. 3).

В конституционно-правовом смысле¹ *гражданство – это устойчивая правовая связь человека с государством, выражающаяся в совокупности их взаимных прав, обязанностей и ответственности, основанная на признании и уважении достоинства, основных прав и свобод человека; это принадлежность лица к данному государству, вследствие которой на лицо распространяются суверенные права данного государства и обеспечивается защита его прав и интересов как внутри страны, так и за ее пределами*. Гражданство выступает как своеобразная общая длительная и непрерывная, устойчивая связь, не ограниченная территориально-пространственными сферами страны, как гарант (необходимое условие) обеспечения лицу активного и эффективного участия в управлении делами общества и государства.

Способы приобретения гражданства. Чаще всего двумя основными способами: по рождению – филиацией и путем приема – натурализацией, укоренением.

Приобретение гражданства по рождению – филиация (от лат. *filius* – сын) – способ приобретения гражданства по случаю рождения, в соответствии с которым ребенок приобретает гражданство родителей независимо от места рождения либо по факту рождения на определенной территории. Данный способ не предполагает каких-либо действий и приобретается почти автоматически. Для определения гражданства по рождению применяются два принципа – каждый в отдельности или в их сочетании: а) *принцип «права крови»* – гражданство ребенка определяется гражданством его родителей (распространен в странах Европы); б) *принцип «права почвы»* – гражданство в данном государстве предоставляется всякому лицу, родившемуся на его территории независимо от гражданства родителей (распространен в странах Американского континента).

Натурализация, или укоренение (от лат. *naturalis* – природный) – порядок рассмотрения и принятия решений по вопросам гражданства главой государства в отношении иностранных граждан (лиц без гражданства) на основании их заявления и при наличии предусмотрен-

¹ Кроме конституционно-правового, или национального, института гражданства, юридическая теория и практика знает еще и международно-правовой, носителями которого выступают лица без гражданства.

ных национальным законодательством условий. Согласно законодательству зарубежных стран о гражданстве иностранные граждане и лица без гражданства, достигшие совершеннолетия и обладающие дееспособностью, могут ходатайствовать о приеме в гражданство.

Условия приема в гражданство в разных странах различные, но главным для всех них, как правило, признается укоренение – определенный срок проживания на территории соответствующего государства – обычно 5 лет, хотя может быть и большим (в Австрии, Греции, Португалии и ФРГ – 10, в Швейцарии – 20) или меньшим (2 года в странах Латинской Америки). К универсальным условиям относятся также: владение языком; принесение присяги; соблюдение конституции и законов, а равно: наличие средств к существованию; лояльность к конституционному строю государства, предоставляющего гражданство; доказательства отсутствия тяжких (СПИДа) и психических заболеваний и др. В исламских государствах одним из юридических фактов приобретения гражданства является принадлежность к религии ислама. Согласно п. «d» ч. 3 ст. 8 Конституции Мальдив, «лицо, не являющееся мусульманином, не может приобрести гражданство Мальдив».

Применяются *льготные режимы приобретения гражданства*, в частности *упрощенное приобретение гражданства*, связанное с сокращением срока укоренения (в Португалии до 2 лет для граждан государств, где официальным языком является португальский; в Дании, Норвегии, Швеции, Финляндии – для граждан этих стран); льготный режим предоставляется лицам, вступившим в брак¹.

Кроме отмеченных, используются и другие способы приобретения гражданства: *восстановление (реинтеграция)* – применяется в отношении лиц, гражданство которых было по каким-либо причинам прекращено; предоставляется (возвращается) часто в порядке регистрации, при этом сроки укоренения сокращаются (в Скандинавских странах – с 7 или 5 до 2); *признание* (все лица вновь образованного государства признаются гражданами); *оптация* (выбор гражданства по усмотрению лица в связи с переходом части территории одного государства к другому). Этот способ еще именуется *коллективной натурализацией*; *трансфер* – одновременно с переходом территории

¹ Об упрощенных способах приобретения российского гражданства см.: Червонюк В. И. Нерегулируемая миграция и возможности применения целерантных процедур: инновационные механизмы обеспечения конституционно значимых целей государственной миграционной политики демократического правового государства // Международный журнал конституционного и государственного права. – 2015. – № 1. – С. 24–33.

под юрисдикцию другого государства автоматически изменяется гражданство. Изменение гражданства осуществляется без предоставления населению права его выбора; *регистрация* (упрощенный порядок приобретения гражданства). Применяется в отношении лиц, которые (они или их родители) были гражданами данного государства.

Гражданство детей следует за гражданством родителей. Изменение гражданства родителей автоматически влечет за собой изменение гражданства малолетних детей. Что касается детей старшего возраста (в различных странах такой возрастной предел неодинаков – от 12 до 18, иногда до 20 и более лет), то чаще всего учитывается их мнение.

Прекращение гражданства. В зарубежных странах применяются два основных способа, которые охватываются понятием «*утрата (репудияция)*»: 1) *добровольный выход (отказ от гражданства)* – осуществляется по добровольному волеизъявлению (процедура предполагает подачу заявления в государственный орган); 2) «*утрата (репудияция)*» – не требует формального волеизъявления лица и обусловлено совершением им действий, не совместимых со статусом гражданина (приобретение гражданства другого государства без процедуры выхода, поступление на воинскую службу без согласия на то государства его принадлежности и др.). В отличие от этого лишение (*денатурализация*) – это *принудительное* (нежелательное для лица) *лишение гражданства*, приобретенного путем натурализации. Является санкцией государства в отношении лица за совершение им запрещенных деяний. Применяется только в отношении натурализованных граждан; в течение непродолжительного времени после натурализации (к примеру, в Австрии 6 лет) и только по основаниям, предусмотренным законом. Во Франции на основании ст. 98 Кодекса о гражданстве лицо, осужденное за преступление против «безопасности государства», актом Президента может быть лишено гражданства, в том числе приобретенного по рождению. По Конституции Греции (ст. 4) лишение гражданства возможно добровольно или при поступлении на службу, противоречащую национальным интересам. В странах Латинской Америки используется как дополнительное наказание за некоторые преступления (шпионаж). В ряде стран лишение гражданства может применяться только в отношении конституционно определенных способов его приобретения. Так, согласно ч. 2 ст. 144 Конституции Гватемалы «никто из гватемальцев по рождению не может быть лишен гражданства»¹. В большинстве же стран действует конституцион-

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка.

ный запрет. Так, Конституция Испании 1978 г. устанавливает, что «ни один испанец по рождению не может быть лишен своего гражданства» (ст. 2). Аналогичные нормы есть в большинстве современных конституций (ст. 16 Основного закона ФРГ, ч. 2 ст. 11 Конституции Испании, § 7 главы 2 Конституции Швеции). Лица, лишённые гражданства, подлежат *высылке* из страны (*экспатриации*).

§ 13. Правовой режим иностранцев

Понятие «иностранец» не относится к числу легальных в национальных правовых системах. Международное право оперирует понятием «лица, не являющиеся гражданами страны, в которой они проживают». Соответственно содержанием термина «иностранец» охватываются иностранные граждане и лица без гражданства, пребывающие на территории данного государства.

Иностранный гражданин – это лицо, не являющееся гражданином данного государства и имеющее доказательство принадлежности к гражданству другого государства. Правовой статус иностранцев регулируется национальным законодательством и нормами международного права. Принципы и нормы, которым должно следовать государство в определении правового статуса иностранных граждан, закреплены в Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1985 г.

Такие нормы предусматривают: права любого государства устанавливать правовой режим иностранцев, учитывая при этом свои международные обязательства; обязанность иностранцев соблюдать законы страны пребывания (жительства), а за их нарушение нести ответственность наравне с гражданами этой страны; недопустимость массовых высылки иностранцев, законно находящихся на территории данной страны (индивидуальная высылка возможна только по закону); право иностранца на защиту государства своего гражданства (для пользования своими правами иностранному гражданину должен быть предоставлен свободный доступ в дипломатические представительства и консульские учреждения государства его гражданства).

В отношении иностранцев могут быть применены разные правовые режимы: режим национального пребывания, взаимности, наибольшего благоприятствования, преференциальный, реторсий). Как правило, действует *режим национального пребывания*, который за-

крепляется в конституции страны. Так, по Конституции Болгарии «иностранные граждане, пребывающие в Республике Болгария, имеют все права и обязанности, за исключением тех, которые требуют болгарского гражданства» (ч. 2 ст. 26). В то же время не противоречат данному режиму применяемые государством ограничения: для въезда в страну с целью проживания требуется разрешение с указанием срока проживания: существуют квоты для постоянного проживания иностранцев: для получения работы работодатели обязаны получить разрешение (во многих странах для иностранцев нет социального пособия). Согласно Конституции Монголии пользование иностранными гражданами и лицами без гражданства правами и свободами граждан Монголии, закрепленными в ст. 16 Конституции, может быть ограничено законом в целях обеспечения национальной и личной безопасности граждан, а также общественного порядка. В то же время конституционно оговаривается, что отмеченное «не относится к неотъемлемым правам человека, провозглашенных международными договорами, участником которых является Монголия (п. 4 ст. 18)¹.

Как правило, иностранные граждане не имеют права поступать на государственную службу или находиться на государственной службе; быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления (на граждан стран, входящих в Европейский Союз, эти ограничения не распространяются), они не обладают многими политическими правами. Может применяться ограничение передвижения иностранцев по стране. Иностранец подлежит депортации за нарушение законодательства. В то же время указанная категория лиц от многих обязанностей освобождается.

§ 14. Институт убежища и право на убежище.

Иные правовые режимы иностранных граждан

По своему смыслу убежище означает предоставление иностранцам, преследуемым у себя на родине (или в другом государстве) за их политические или религиозные убеждения, занятие научной деятельностью, а также за действия, не квалифицируемые в международном и национальном праве демократических государств как правонарушение, права легально и бессрочно находиться на территории государства и пользоваться основными правами и свободами. Международное право определяет круг лиц, которым убежище не может быть предоставлено (совершившим преступления против мира, военным

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 111.

преступникам, подлежащим экстрадиции и др.). Современные конституции содержат нормы, предоставляющие иностранным гражданам убежище в основном по политическим мотивам (если они подвергаются преследованию по религиозным, научным и иным мотивам). Поэтому данный институт часто именуют политическим убежищем. Согласно Основному закону ФРГ, «лица, преследуемые по политическим мотивам, пользуются правом убежища» (абз. 1 ст. 16-а). В конституционно-правовом смысле политическое убежище означает: разрешение на въезд в данное государство; пребывание на территории государства; гарантии государства о невыдаче данного лица другому государству, даже в случае совершения им преступления на территории этого государства. Значит, главное в статусе лица, которому предоставлено убежище, – в отношении таких лиц действует запрет (презумпция) высылки (экспатриация). Соответственно такое лицо не может быть выдано стране, в которой оно преследовался.

Экспатриация и экстрадиция. *Экспатриация* – это специальный правовой режим, касающийся перемещения лица за пределы соответствующего государства по решению его компетентных органов. Экспатриация (*ex patria* – родина, отечество) интерпретируется как высылка гражданина с государства его принадлежности (родины) с последующим лишением его гражданства и как выдача гражданина другому государству. В значении высылки по идеологическим соображениям применялась в социалистических странах по отношению к диссидентам. Как правило, не имела и не имеет правового основания в законодательстве и основных законах.

К иным правовым режимам, распространяющимся на иностранцев, относится *экстрадиция* (от лат. *ex* – из, вне и *traditio* – передача, вручение) – выдача иностранного гражданина другому государству. Аксиоматичным является запрет экстрадиции в отношении «собственных» граждан. Применяется при наличии прямого указания в законе и в стране, с которой заключен договор о правовой взаимопомощи; иногда по решению суда (Румыния). Конституция Мексики предусматривает, что «Федеральная исполнительная власть вправе без предупреждения и судебного разбирательства выслать за пределы национальной территории любого иностранца, чье пребывание в стране является нежелательным» (ст. 38). В указанном смысле понятия экстрадиции сходно с понятием *репудциации* – принудительная высылка иностранного гражданина за нарушение законодательства государства его пребывания.

Глава 8. ФОРМА ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВЛЕНИЯ

§ 1. К методологии исследования формы государственного правления

Проблема формы государственного правления издавна привлекала к себе повышенное внимание. Мыслителей разных исторических эпох, ученых различных научных направлений и школ, оценивавших существовавшие и существующие модели организации верховной власти в той или иной стране, объединяло нечто общее: поиск и обоснование идеальной или, во всяком случае, наиболее рациональной формы организации государственной власти.

Современная наука не остается в стороне от этой проблемы: философы и историки, политологи и юристы, хотя и с разной степенью активности, но, можно сказать, систематически обращаются к ее осмыслению. Как показывает анализ, наибольшее внимание этой проблеме уделяется в политологии. В юридической теории особой популярностью данная проблема пользуется в теории государства и права. При этом количество работ по данной проблематике не уменьшается и, можно сказать, идет по нарастающей.

Отмеченное обстоятельство можно было бы оценивать положительно, если бы ни одно принципиальное обстоятельство методологического порядка: теория государства и права при всей ее значимости в системе правоведения в силу особенностей своего предмета, присущего ей методологического инструментария, не может достигнуть тех результатов в познании организации верховной публичной власти, которые в принципе возможно получить в аспекте применения государствоведческого, анализа.

Можно даже предположить, что миграция государствоведческих проблем в общетеоретическую ветвь правоведения несет в себе немалые изъяны.

Даже самый общий взгляд на утвердившиеся в теории государства и права и, гораздо в меньшей степени, в политологии подходы к пониманию формы правления обнаруживает по меньшей мере два изъяна, связанные, во-первых, с отсутствием определенности в оценке проблемы; во-вторых, со слабо прослеживающейся связью формы организации верховной власти с конституцией страны (конституционными существующими порядками) и ее конституционным законодательством. Отсутствие конкретности (точности) в оценке формы правления, равно как и соотнесение ее с формальной или материальной консти-

туцией, не позволяет правильно понять конституционную природу данного феномена¹.

Абстрактность в оценке формы правления лишает ее тех конституционных характеристик, вне анализа которых понимание данного феномена выглядит схематичным и не раскрывает всего богатства присущих ему свойств и характеристик. Конкретность в оценке понятия формы правления необходима по соображениям его применимости в реальной конституционной практике. В отличие от категории «форма государства», которая имеет сугубо доктринальное значение, понятие формы государственного правления есть часть государственно-правовых реалий, и описание ее сущностных характеристик важно для составления основополагающих учредительных актов, среди которых на первом месте стоит национальная конституция. Поэтому для многих стран данное понятие, будучи закрепленным в национальной конституции или в иных конституционных актах, получает легальное звучание.

К сожалению, приходится констатировать, что и специализирующиеся на государствоведческой проблематике исследователи в большинстве своем занимают те же позиции. Так, в одном из последних довольно объемных изданий по конституционному праву философично замечено: «...Форма правления, прежде всего, затрагивает вопрос построения и структурирования верховной власти в государстве. Различают монархическую и республиканскую форму правления. В свою очередь, монархия подразделяется на неограниченную (абсолютную) и ограниченную (конституционную), а республики – на президентские, парламентарные, смешанные»². Такое понимание формы правления порождает больше вопросов, чем ответов. Главный изъян заключается в том, что собственно конституционно-правовая природа этого сложнейшего феномена осталась вне поля зрения. Но ведь приступая к изложению любого института государства, студент хорошо усвоил то, что ему компетентный преподаватель вложил в память: статус высшего органа государства, его место в системе разделения властей определяется формой правления. Что же такой студент возьмет за основание? То, что «форма правления, прежде всего, затрагивает вопрос построения и структурирования верховной власти в государстве». Но что в сфере действия конституционного права не затрагивает построения высшей власти? Ответов на этот вопрос бесчисленное множество: это и собственно характер прав и свобод личности; избирательное право и конструкция избирательной системы; конституционная система разделения властей, политические партии и партийная система и т. д. и т. п. Словом, то, что выдается за форму правления, есть только одна из возможных ее характеристик, притом далеко не главных.

Очевидно, что обращение представителей теории государства и права к государствоведческой проблематике обусловлено в немалой степени неразработанностью последней. С этим обстоятельством свя-

¹ См.: Червонюк В. И., Гасанов К. К. Форма государственного правления (конституционно-правовой анализ) : монография. М., Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя, 2018.

² Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник для студентов, обучающихся по направлениям подготовки «Юриспруденция» / под ред. В. В. Еремина. М. : ЮНИТИ- ДАНА, 2017. С. 168–189.

зан и другой – недооценка действительной конституционной ценности формы государственного правления. Достаточно распространенным в доктрине и в среде политиков является мнение о том, что форма правления «малосодержательна» и не оказывает сколько-нибудь значительного влияния на содержание и характер осуществляемых государством функций, в то время как имеющее характер закономерности соответствие структурной организации государства его функциям, по существу, аксиоматично. Такой подход разделяется даже именитыми конституционалистами. «Если рассматривать форму правления с чисто формальных позиций, – утверждают Е. И. Козлова и О. Е. Кутафин, – то можно сказать, что она не оказывает определяющего влияния на характер государственного строя. Ведь известно, что монархия Великобритании давно уже является демократическим, конституционным государством, в то время как республиканский Советский Союз таким государством никогда не был. И наоборот, ни монархическая Россия не была ни демократическим, ни конституционным государством, тогда как республиканская Франция таким государством является давно»¹. Но, может быть, потому в указанных странах и утвердился конституционный строй, что этому способствовал выбор этими странами органично присущим им формы государственного правления? Было бы интересно ознакомиться с рассуждениями этих ученых относительно возможных корреляций между характером государственного строя и его государственно-правовой формой. Если все же не ограничиваться «формальной позицией», а равно основываться на философском постулате, что «всякое содержание оформлено, а всякая форма содержательна», то можно было бы обнаружить целый ряд зависимостей.

Представляется, однако, что с учетом инновационных взглядов на предмет конституционного права, его места в национальной структуре права современная наука конституционного права, основывающаяся на широком использовании методологии социологического анализа конституционно-правовых феноменов, в значительной мере удовлетворяет потребностям междисциплинарного подхода к исследованию формы государственного правления.

§ 2. Конституционный смысл формы государственного

¹ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2014. С. 145.

правления: современный контекст

Утверждение о том, что «в конституции нет понятия формы правления, оно выработано доктринальным путем» (В. Е. Чиркин)¹, можно считать верным лишь отчасти. В конституциях целого ряда современных государств термин «форма правления» имеет легальное значение²; что касается самого понятия, то так называемое описательное понятие многие конституции все же содержат. В то же время сущностной характеристики формы правления основные законы, безусловно, не дают. Однако и доктрина не дает вполне удовлетворительного ответа на вопрос о природе рассматриваемого феномена.

Между тем понятие формы государственного правления имеет большое значение, притом и в сугубо практическом смысле. Через понятие формы государственного правления определяются источники и носители государственной власти, порядок наделения властью высших должностных лиц и формирование высших органов власти (главы государства, парламента или его аналога, правительства и его главы; суды традиционно не включают в этот перечень), порядок их взаимодействия между собой и т. д. Обращение к форме правления позволяет определить, кто и как правит в обществе, как формируется верховная государственная власть, какими институтами она представлена, как устроены и взаимодействуют государственно-властные структуры и каков характер обратной связи населения с государственной властью³. Уяснение формы правления необходимо для того, чтобы понять в какой форме осуществляется правление, где находится центр власти, какие существуют взаимосвязи между высшими органами государства, как они соподчинены и связаны с избирательным корпусом. При этом слово «форма» в понятии «форма правления» в конституционной трактовке указывает, что мы имеем дело с конституционно закрепленной конструкцией власти и распределения ее центров, которая определяет только общие контуры модели, но может быть реализована по-разному⁴. Форма правления позволяет опре-

¹ Чиркин В. Е. Конституционное право : курс для преподавателей, аспирантов и магистрантов. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013.

² Это, в частности, характерно для конституций государств Ближнего Востока: так («Форма правления») именуется действующая Конституция Швеции; раздел III Конституции Демократической Республики Конго обозначен так же: «Об организации и исполнении власти» (имея в виду, что форма правления позиционирует организацию верховной власти).

³ См.: Оприлов Я. М. Специфика формы государственного правления современной России (теоретико-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук, Самара, 2001.

⁴ См.: Андреева Г. Н. Конституционное право зарубежных стран : учебник.

делить формирующиеся между высшими органами государства отношения¹; она отображает конфигурацию публичных властей в государственном механизме и в этом значении пребывает во взаимосвязи с режимом политического властвования: с одной стороны, она (форма правления) служит конкретным воплощением того или иного способа (характера) осуществления государственной власти (абсолютным монархиям, как правило, соответствуют авторитарные режимы, в то время как «парламентскому правлению» – демократические режимы); с другой – форма правления оказывает непосредственное влияние на содержание государственного режима властвования, определяя тем самым консолидированность, легитимность и эффективность государственных структур, в конечном счете, устойчивость, стабильность государственного режима. Одни формы правления содействуют развитию демократии, другие, наоборот, могут вести к свертыванию демократических процессов и утверждению авторитарных режимов². Таким образом, в понятии «форма правления» заключены ключевые характеристики устройства государственной власти в отдельно взятой стране³.

Поиск конституционного смысла формы правления важен и для того, чтобы обнаружить субстанциональные характеристики в данном феномене вне зависимости от принимаемых им в разных странах форм выражения. Так, по сложившейся традиции в современных развитых странах с монархической формой правления усматривают «принципиальные» различия с парламентарными республиками; как и прежде, существует жесткое противопоставление форм правления в зависимости от правового статуса главы государства⁴. Утверждается,

2-е изд., перераб. М. : Норма, 2009. С. 309.

¹ Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть : учебник для студентов юридических вузов и факультетов М. : Волтерс Клувер, 2006. С. 399.

² См.: Блажич Н. И. Модели разделения властей в правовом государстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

³ Иногда форму правления сводят к иным аспектам государственности – принципу разделения властей, его демократизму. Так, отмечается, что под государством с республиканской формой правления понимается государство, в котором система формирования органов, прежде всего высших, базируется на обязательном и периодическом проведении демократических выборов, цивилизованных правовых механизмах взаимодействия государственных органов (См.: Васильев С. В., Виноградов В. В., Мазаев В. Д. Конституционное право России : учебник. М. : Эксмо, 2010. С. 150–151.). Но ведь и монархическая форма правления (всех без исключения конституционных монархий, по меньшей мере) отвечает тем же характеристикам.

⁴ С этой точки зрения, думается, устарел подход, в соответствии с которым «при

в частности, что «современная республиканская форма правления свидетельствует о демократичности государства»¹. Однако не менее демократичными являются все современные конституционные монархии, к примеру в государствах Центральной и Северной Европы.

О конституционной природе формы правления. Даже самый общий взгляд на проблему обращает внимание на редко встречаемое в науке единодушие по поводу определения формы правления². За исключением, может быть, некоторых нюансов форма правления характеризуется как структура и порядок формирования высших органов власти. Различие подходов наблюдается в основном при оценке объема данного понятия.

Анализ проблемы формы правления позволяет выделить по меньшей мере две тенденции (или два методологических подхода) в оценке природы данного феномена.

Первое и, можно сказать, традиционное направление, характерное не только для юриспруденции, но и для всей обществоведческой мысли, связано с юридизацией формы правления. При таком подходе главным в понимании формы правления является указание на то, кто осуществляет государственную власть и каков порядок формирования, прежде всего, института главы государства. Очевидно, что при данном подходе оставлен без внимания ключевой вопрос проблемы: какой характер принимает государственная власть или, иными словами, какой способ осуществления государственной власти возможен при существующей схеме власти, какой из высших органов государства занимает основную нишу в системе властей; какова модель взаимодействия этих органов власти. Применительно к современным условиям развития государственности остается не выясненным центральный вопрос устройства верховной власти: кто обладает прерога-

республиканской форме правления в противовес монархии все население участвует в формировании высших органов государственной власти, и власть в этом случае никогда не принадлежит одному лицу (См.: Рассолов М. М., Малахов В. П., Иванов А. А. Актуальные проблемы теории государства и права : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». 2-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2010. С. 84).

¹ Теория государства и права : учебник / отв. ред. В. Д. Перевалов. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. С. 391.

² Однако непоколебимым остается высказанное Л. А. Тихомировым в своем трактате «Монархическая государственность», впервые изданном в 1905 г., предположение о том, что в отношении формы правления юристы так и «не пришли к соглашению относительно внутреннего смысла этого очевидного явления государственности», остается в силе и в настоящее время (Тихомиров Л. А. Монархическая государственность. М. : Облиздат, 1998. С. 68).

тивами формирования исполнительной ветви власти, перед кем эта власть ответственна, каковы конституционные основания ответственности правительства как высшего органа этой ветви власти. По сути, при таком подходе форма государственного правления рассматривается вне связи с принципом разделения властей – одной из важнейших конституционных основ формирования верховной власти в стране.

Вторая тенденция, представленная в новейшей политологической литературе, отчасти в некоторых работах конституционалистов, отличается политизацией формы правления, «освобождением» ее от формальных основ. Форма правления рассматривается, прежде всего, через взаимоотношения исполнительной и законодательной властей. Желая особо оттенить такое понимание конструкции верховной власти, ряд политологов обозначают ее термином «система правления». Такой подход, действительно, «схватывает» сущностное в понимании формы правления, но только при том условии, что подобного рода взаимоотношения приобретают конституционный характер, отвечают существующим (конституционно оформленным или сложившимися в соответствии с конституционными соглашениями или конституционной практикой) конституционным порядкам. Кроме того, применительно к современным условиям на характер взаимоотношений между исполнительной властью (правительством) и законодательной (парламентом) существенное (если не определяющее) влияние оказывают, как правило, конституционно установленные основания и формы ответственности правительства. Вопрос о том, перед кем и в какой форме (индивидуальная, персональная ответственность членов правительства или коллегиальная ответственность всего правительства либо то и другое) имеет чрезвычайное значение. Если, к примеру, парламент участвует в формировании правительства, но последнее не несет перед ним ответственности, а отвечает исключительно перед главой государства, то такая модель организации власти существенно отличается от той, которая характеризуется ответственностью правительства перед парламентом.

Истина, как известно, всегда посередине. Соответственно в традициях современной методологии эти оба подхода должны быть объединены, интегрированы в единую, базирующуюся на общих принципах концепцию верховной власти современного государства. С позиции современных конституционных реалий надлежит конструировать данное понятие с учетом сложных компетенционных связей, которые юридически и фактически складываются, главным образом, между

исполнительной и законодательной властью, а равно конституционно предусмотренных оснований ответственности исполнительной власти (правительства), реально существующих механизмов приведения ее в действие.

С учетом отмеченного форму правления предлагается рассматривать как такую организацию верховной публичной власти, которая характеризуется, главным образом, конституционно установленными или сложившимися в конституционной практике компетенционными взаимосвязями исполнительной и законодательной властей, а равно формально признанными основаниями ответственности правительства.

Как представляется, с позиции развивающегося конституционализма преимущество предлагаемого подхода к пониманию формы правления очевидно. Такой подход более всего отражает современные конституционные реалии (конституционные порядки), наблюдаемые, по существу, во всех без исключения государствах; позволяет выделить главное, сущностное в понимании организации верховной власти и тем самым по возможности наиболее точно (научно) оценивать складывающиеся в тех или иных странах организации государственной власти, на основе формально проектируемых в основных национальных законах (с учетом существующих в данных странах конституционных традиций и конституционной культуры) прогнозировать возможные модели конституционных порядков и др.¹

Форма государственного правления так или иначе отражает своим содержанием весь «политический колорит», присущий той или иной стране. С этой точки форма правления испытывает на себе действие различных факторов, теоретический анализ которых чрезвычайно актуален. В частности, в новейших условиях формирование определенного типа (модели) формы правления испытывает воздействие множества факторов, среди которых в последнее время особое значение приобретает роль так называемого креативного класса (политической элиты), институционализированных структур гражданского общества, в особенности политических партий, иных форм политических объединений граждан.

События последних лет со всей очевидностью указывают на все более возрастающее значение неинституционализированных форм гражданского влияния на публично-властные структуры государств, включая высшие государственные институты. Революция информационно-коммуникационных технологий способна оказывать определяющее влияние на публичные институты власти. Проникновение политических технологий в

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Ч. I. С. 136.

виртуальное пространство в этой связи становится не только возможным, но и неизбежным. Возможности интернет-технологий все больше проникают в сферу публичного властвования; Интернет имеет беспрецедентные возможности в отношении франдрайзинга общественно-политических идей, поддержки свободы непосредственного дискурса при продвижении законодательных идей, обеспечения реализуемости принятых законов. В обозримой перспективе использование интернет-технологий для реализации гражданами своих избирательных прав, равно как и права на участие в референдуме, становится реальностью. Благодаря возрастающим интернет-ресурсам становится возможным реанимировать недействующие в настоящее время конституционные механизмы участия граждан в осуществлении власти, включая разнообразные формы гражданского контроля над властью. Очевидно в этой связи, что использование гражданских инициативы в режиме онлайн является одним из важнейших условий формирования и деятельности «электронного» правительства.

К числу рассматриваемых факторов следует также отнести *протестные акции* как способ преобразования (коррекции) формы правления в современной практике зарубежных стран. Проблема эта не изучена, между тем конституционная реальность целого ряда стран свидетельствует о том, что данный способ не является редкостью и в новейших условиях. Следовательно, его осмысление важно как в научном, так в практическом значении.

Не изучены связи церкви и модели организации верховной власти, в то время как государственная религия закрепляется во многих современных конституциях, конституционном законодательстве, включая наиболее развитые государства Европы.

Одним из фундаментальных факторов, влияющих на содержание, тип формы правления, являются конституционные реформы. Принципиально важным в этой связи является исследование корреляций между стабильностью конституции, формальным и фактическим преобразованием формы правления.

Нередко конституционные тексты содержат так называемую неизменяемую норму, касающуюся конституционно установленной формы правления, в конституционной практике происходит перераспределение полномочий в пользу одного из высших институтов власти, причем без внесения конституционных поправок. В частности, это связано с принятием обычных («текущих») законов (как и законов, отличающихся большей юридической силой по сравнению с обычными, но при этом также не изменяющих конституционные тексты), которыми высший орган государства (чаще всего это глава государства) наделяется дополнительными полномочиями по сравнению с теми, которые вытекают из его конституционно установленной компетенции. Тем самым происходит «ползучее» перераспределение власти, которое означает усиление властных прерогатив одного органа в ущерб иным высшим органам государства, в ущерб общему интересу. С позиции современного понимания конструкции верховной власти отмеченная проблема, приобретающая в ряде стран характер устойчивой тенденции, нуждается в научной оценке.

§ 3. Форма правления и конструкция «разделения властей»: взаимосвязь и конституционная неидентичность

Становление и развитие формы правления происходит под непрерывным влиянием различных государственно-правовых явлений, среди которых наиболее значимым является феномен разделения властей. Если форма правления характеризует собственно организацию верховной власти страны, то доктринально сформулированный и существующий в виде неписаной нормы конституционного права или получивший формально-юридическое (текстуальное) закрепление в основном законе страны принцип разделения властей положен в основу функционирования всей государственной организации. Конституционный смысл разделения властей состоит в том, чтобы распределить и сбалансировать государственно-властные полномочия между различными государственными органами, исключая сосредоточение всех либо большей части полномочий в ведении единого органа государственной власти или должностного лица, тем самым предотвращая произвол какой-либо из властей. С этих позиций для формы правления принцип разделения есть методологический ориентир, относительно которого должна выстраиваться структура конституционной организации власти.

При уяснении вопроса о том, сопутствуют ли данные феномены – разделение властей и форма правления – друг другу или они дистанцированы, и никак не связаны между собой, обращает на себя внимание следующее. Форма правления – неотъемлемый атрибут всякого государства, без чего последнее немыслимо и невозможно, как невозможно всякое содержание вне формы. Принцип разделения властей, являясь принадлежностью не всякой, а только демократической государственности, в глубинном, сущностном (а значит, истинном) значении отображает принципиально новые конструктивные особенности государственного и общественного, или конституционного, устройства. Вопрос о том, что за чем следует – форма правления за принципом разделения властей или напротив – относится к числу малоизученных.

Разделение властей – это общая схема организации государственного механизма, имеющая разные проявления применительно к различным экономическим, политическим, социальным системам и иным условиям. Одновременно эти же факторы определяют содержание, специфику критериев выбора формы правления применительно к конкретному государству. Значит, подвижность такого рода факторов

в равной мере сказывается как на разделении властей, так и на форме правления.

Такой вывод, думается, противоречит самой сути принципа разделения властей и нивелирует его общее, конституционное значение. Если согласиться с таким суждением, то можно признать всякую паталогию в организации властей нормой.

На подвижность конструкции разделения властей, равно как и формы правления, существенно влияет сложившийся (складывающийся) в стране тип партийной системы. М. Дюверже, правда, несколько преувеличено, считает, что «степень разделения властей гораздо больше зависит от партийной системы, чем от положений, записанных в конституциях. Он отмечает, что однопартийность приводит к весьма значительной концентрации властей, даже если официальные тексты устанавливают более или менее обозначенное их разделение: единственная партия прочно скрепляет их в различных властных органах. Почти такая же роль партийной системы и в плюралистических режимах, только там это менее подчеркнуто. Соперничество партий ослабляет связи, которые каждая из них могла бы установить между парламентом и правительством; конституционное разделение властей вновь обнаруживает известную эффективность; оно может даже дублироваться партийным делением, которое идет от специализаций каждой партии на определенной функции. Двухпартийная и многопартийная системы ведут в этом смысле к совершенно разным следствиям. Представляют интерес и подчеркиваемые М. Дюверже корреляции, характеризующие связь разделения властей с особым строением, устройством партий: «влияние партий на разделение властей зависит не только от их количества, но и от их внутренней структуры и даже от их соответственных размеров; слабая и децентрализованная инфраструктура – за некоторыми исключениями – углубляет разделение властей; изменения большинства при известных обстоятельствах могут его изменить коренным образом»¹. При этом, заключает автор, каждый из этих факторов по-своему действует при парламентском, президентском или представительном режиме. Реальное разделение властей есть, следовательно, результат взаимодействия партийной системы и конституционных норм. Это действительно верно; однако, как свидетельствует страноведческий анализ проблемы, существующая в той или иной стране (как правило, с неустоявшимися конституционными и политическими традициями) форма правления может также оказывать существенное влияние (до определенного времени) на формат партийной инфраструктуры.

Разделение властей – один из важнейших конституционных механизмов обеспечения функционирования всей системы публичной власти в масштабах отдельно взятого государства. Строго говоря, принцип разделения властей есть величина заданная и неизменная, из чего следует, что в разных государственно-правовых системах его содержание остается неизменным, константным. В этом смысле данный принцип есть определенный методологический ориентир, за пределы которого функционирующие в данной системе координат органы государства выйти не могут; это сетка координат (матрица), в которой должны действовать все высшие органы государства. Следовательно, в разных системах правления существуют обособленные ветви власти, каждая из которых функционирует в правом пространстве

¹ Дюверже М. Политические партии. М. : Академический Проект, 2002. С. 474.

самостоятельно и независимо, будучи ограниченной лишь действием системы сдержек и противовесов.

Из сказанного, казалось бы, правомерным будет вывод о том, что разделение властей и форма правления – явления относительно нейтральные по отношению друг другу. Однако такой вывод уместен только в теоретических построениях. В действительности эти феномены взаимосвязаны и взаимообусловлены.

Так, замечено, что, несмотря на свое предназначение (сдерживать власти, какую бы форму они ни приобретали) и универсальный характер, принцип разделения властей в разных системах государственного устройства проявляет себя по-разному. В одних странах – это классическая модель разделения властей (США, некоторые страны Латинской Америки и др.), в других – применяются модифицированные варианты этой конструкции.

Среди самых общих моделей разделения властей выделяют три разновидности: американскую, британскую и французскую. Каждая из этих моделей встраивается в определенный для нее тип устройства верховной власти (собственно одна из основных типологий формы правления выстраивается именно по данной схеме). Основой первой модели является президентарная республика; второй – «парламентское правление»; третьей – смешанная форма республиканского правления. Та или иная модель имеет большее или меньшее распространение, но каждая из них обладает типологическими признаками. Каждая из отмеченных моделей распространена в определенной группе стран, приобретая при этом специфические признаки. Первая модель разделения властей именуется «жесткой», вторая – «гибкой», третья может быть обозначена «умеренной» или по аналогии с соответствующим типом форм правления – смешанной (полупрезидентской).

Видимо то обстоятельство, что в последние десятилетия происходит размывание границ между основными, «классическими» формами правления, в связи с чем возникают новые «нетипичные», или гибридные формы правления, в том числе на постсоветском пространстве, обусловлено как раз соответствующими изменениями, происходящими в этот же период времени в механизме разделения властей.

Таким образом, в реальной действительности складываются сложные зависимости между конституционными моделями разделения властей и конституционными моделями (типами) формы правления, нашедшими применение в тех или иных группах стран. В указанном примере выявляется, что форма правления оказывается зависимой от содержания и характера действия принципа разделения властей. В то же время применительно к той или иной модели формы правления формируется конституционный механизм сосуществования различных ветвей государственной власти.

Это значит, что при выборе формы правления, закреплении статуса, порядка формирования органов государственной власти, механизмов их взаимодействия друг с другом и с населением учредительные акты должны исходить из незыблемых постулатов концепции разделения властей: в каждом демократическом государстве законодательная, исполнительная и судебная власти не только тесно связаны между собой единым государственным механизмом, но и относительно самостоятельны; между высшими органами государства существует баланс властей, действует система сдержек и противовесов; по общему правилу, все три власти действуют на постоянной правовой осно-

ве¹; основной и конечной целью осуществления на практике теории разделения властей является предотвращение узурпации всей государственной власти публичными властными институтами.

Вместе с тем, форма правления не всегда следует за принципом разделения властей, подчиняясь действию иных закономерностей. Так, факты доказывают, что при определенной организации государственной власти действие принципа разделения властей оказывается не только затруднительным, но и вовсе утрачивает свое значение. Это в свою очередь доказывает, что обязательным предварительным условием разблокирования пространства действия принципа разделения властей является смена формы правления.

Обычно считается, что форма правления как консервативный элемент формы государства подвержена крайне редким изменениям. По этой версии, влияние формы правления на систему разделения властей, казалось бы, не имеет существенного значения или сведено к минимуму; раз и навсегда зафиксированный в основном законе страны или вытекающий из конституционного соглашения принцип организации государственной власти, действующий в данной стране, оказывается неизменным. В действительности взаимосвязь между принципом разделения властей и формой государственного правления не представляется константной.

Связь принципа разделения властей и формы правления заключается и в том, что применительно к той или иной форме правления должна быть конституционно закреплена система механизмов, гарантирующих цивилизованное поведение каждой из властей. Перекосы в статусе одного из высшего органов государства умаляют действие принципа разделения властей и одновременно размывают определенность в квалификации формы правления соответственно существующим стандартам.

В обеспечении равновесия во взаимоотношениях между президентом и парламентом важную роль играет конституционно определенный существующий механизм досрочного принудительного прекращения полномочий президента от должности, что в особенности значимо для стран с не сформировавшимися конституционными традициями. В этой связи обращает на себя внимание то обстоятельство, что в принятых в течение последнего десятилетия конституциях и

¹ В представлении Дж. Локка законы «обладают постоянной и устойчивой силой и нуждаются в непрерывном исполнении или наблюдении за этим исполнением, это необходимо, чтобы все время существовала власть, которая следила бы за их исполнением» (Локк Дж. Соч. : в 3 т. М., 1988. Т. 3. С. 347).

иных актах конституционного законодательства ряда государств (Азербайджан, Венесуэла, Намибия, Румыния, и др.) закрепляется конструкция, в соответствии с которой законодательный орган обладает только правом выдвижения обвинения против главы государства. Решение об обоснованности и справедливости предъявленного обвинения принимается путем референдума. Таким образом, закрепляется механизм непосредственной политической ответственности президента перед избирателями.

Принципиально важен в этой связи и вопрос о месте, занимаемом тем или иным органом власти в системе разделения властей. Теория разделения властей исходит не только из обособления трех видов властей и соответствующих им органов государственной власти, но и из места каждого из них в системе разделения властей. Государствоведческая наука и практика длительное время исходили из приоритета законодательной власти. Этот подход отвечал философии разделения властей, обоснованной ее теоретиками, которые однозначно оценивали «расположение» высших органов государства в системе разделения властей.

Конечно, трансформировавшаяся государственно-правовая действительность современных стран не может не сигнализировать о явно усиливающейся роли исполнительной власти и факторах такого усиления. В частности, обращает на себя внимание то обстоятельство, что исполнительная власть действительно хорошо адаптируется к быстро изменяющимся условиям; недоверие населения в целом к публичным институтам власти выражается в абсентеизме – нежелании участвовать в выборах, посредством которых формируется именно законодательная власть.

Обращают на себя внимание и другие факторы, которые ведут к ослаблению законодательной власти и соответственно к усилению исполнительной ветви. Так, стремление в ряде стран придать законодательной деятельности рационализированный характер привело к существенному усилению влияния исполнительной власти в законодательном процессе. Хотя отмеченное и не коснулось целой группы стран, где при усилении исполнительной власти не происходит ослабления власти законодательной. Ее роль и вес остаются самыми значительными.

Не отрицая этих очевидных фактов, все же не следует забывать, что верховенство законодательной власти как принцип конституционного устройства верховной власти не потерял своего значения. Он сохраняет это значение, несмотря на относительную самостоятель-

ность других властей и существующих пределов ее (законодательной) деятельности¹. Игнорирование данного обстоятельства, определяющего во всей системе конституционного устройства, нивелирует и саму идею разделения властей.

Вместе с тем, верховенство законодательной власти не противоречит тому, что правительство признается «самым могущественным органом государственной власти»², что «при практической реализации принципа разделения властей представительные органы верховенства не имеют»³.

Согласно новой парадигме не конкуренция властей, а их сотрудничество выступает доминирующим фактором в организации государственных властей⁴. При этом законодательная ветвь не утрачивает своего предназначения в механизме разделения властей. Иной взгляд на нее означает, что схема разделения властей приобретает квазиконституционный характер. Изменение соотношения властей сказывается на характере формы правления. Отмеченное обстоятельство в новейших условиях получает конституционное закрепление. Согласно ст. 10.1. Конституции Польши, «Устройство Республики Польша основывается на разделении и равновесии законодательной власти, исполнительной власти и судебной власти».

При оценке взаимосвязи разделения властей и формы правления надлежит также учитывать следующее обстоятельство. Принцип разделения властей может быть навязан любой демократической системе. Это значит, что государственная власть (шире: публичная власть) должна быть основана на принципе разделения властей, т. е. на приоритете парламентаризма при организации законодательной власти, подконтрольности исполнительной власти парламенту; организации независимой от законодательной и исполнительной судебной власти, подчиненной исключительно праву и закону. Между тем форма правления не может быть навязана современному государственно организованному обществу. Место субъективизму здесь должен уступить комплекс причин различного характера. Несмотря на то, что форма правления квалифицируется (и вполне оправданно) как юридическая категория, ее происхождение лежит за пределами действия пра-

¹ Даже с учетом отмеченного, очевидно, что требует уточнения вывод о том, что разделение властей – это такая институционально-функциональная форма организации государственной власти, при которой выражением народного суверенитета и, следовательно, суверенитета государства являются высшие органы народного представительства, закрепляющие силой закона общие интересы и потребности общественного развития; профессиональный государственный аппарат (правительственно-административный и судебный), как правило, лишь выполняет решения представительных органов власти, применяет законы (см.: Шевцов П. Н. Указ раб. С. 111).

² Мишин А. А. Государственное право зарубежных стран. М., 1996. С. 219.

³ Авакьян С. А. Конституционное право России. С. 353.

⁴ Именно в этой связи постулируется, что «понятие разделения и равновесия властей до сих пор является тестом на степень свободы в политической системе...» (Дербишайр Д., Дербишайр Я. Политические системы мира : в 2 т. М. : РИПОЛ КЛАССИК, 2004. Т. 1. С. 17).

ва и имеет метаюридическую природу. Здесь на первое место выходят исторические, социально-политические и экономические факторы, тип и уровень политической, правовой культуры и традиций, господствующие политические и правовые доктрины в «умах» политической элиты страны.

Принципиально важно и следующее обстоятельство методологического порядка. В современных условиях изменяется содержание принципа разделения властей¹. Основной лейтмотив его эволюции состоит в том, что власти должны быть не только разделены, но и действовать солидарно, согласованно; власти должны выступать не конкурентами, а сопартнерами в механизме осуществления власти. Для адекватной оценки в современных условиях принципа разделения властей принципиально важен вывод о том, что концептуально-теоретические основы разделения властей зиждятся на понимании единства государственной власти, а это единство связано с принципом разделения властей и соответственно с адресной ответственностью за исполнение этих функций². Как представляется, это новый тренд в понимании принципа разделения властей. Власти разделены, а значит, у каждой есть свой «возделываемый участок», за положение дел на котором она ответственна. Принцип разделения властей, таким образом, соединяется с ответственностью властных структур за качество и результативность осуществляемых ими дел. Практически этот аспект принципа разделения властей конституционные системы многих государств пока слабо отражают, оттого механизмы конституционной ответственности или не работают, или результативность их действия крайне невысока. Отсутствие конституционной (публично-правовой) ответственности лишает систему сдержек и противовесов ее реальности. Без этого и принцип разделения властей значительно ослабевает в своем действии.

§ 4. Форма правления как объект конституционного регулирования: технико-юридические модели

¹ Вывод о сопартнерстве, единстве властей не должен, однако, вести к абсолютизации и догматизации неделимости власти, что, как представляется, также довольно отчетливо получает утверждение в теории и политической практике. Так, Л. С. Мамут доказывает, что публичная власть неделима (при этом внутренне дифференцирована), не может существовать несколько публичных властей в одном отдельно взятом обществе (см.: Мамут Л. С. Публичная власть неделима // Философия права и конституционализм : материалы четвертых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца. М. : ИГП РАН, 2010. С. 58–59).

² Медушевский А. Н. Идея разделения властей // Вестник РАН. – 1994. – Т. 64. – № 1. – С. 30.

Форма государственного правления затрагивает основы отношений между высшими органами государства и уже по этой причине выступает объектом конституционного регулирования. Можно выделить несколько моделей конституционного признания (и оформления) формы правления в конституциях современных государств:

1) национальные конституции не содержат нормативных установлений относительно формы государственного правления (Конституции Бельгии, Венгрии, Исландии, Нидерландов и др.), определение ее конкретной разновидности возможно исключительно путем формально-логического истолкования конституционных текстов, в частности, на основании систематического анализа ряда взаимосвязанных положений конституции, закрепляющих перечень высших органов государства, их статус, пределы самостоятельности, способы формирования (в особенности правительства), взаимоотношения главы государства с исполнительной и законодательной ветвями власти, формы конституционной ответственности. Так, наличие избираемого на определенный срок президента, обременение его юридической ответственностью перед парламентом в форме импичмента – неопровержимое доказательство именно республиканской формы правления. В то же время определение конкретной разновидности республиканского правления предполагает обнаружение тех норм конституции, которые определяют способ избрания президента, порядок формирования правительства (парламентский, внепарламентский) и конституционные формы его ответственности (перед президентом или перед парламентом) и др.;

2) национальные конституции закрепляют форму правления по умолчанию (к примеру, разд. 4 ст. IV Конституции США);

3) конституции целого ряда стран о форме правления содержат лишь самые общие положения, сформулированные в виде: а) конституционных принципов; б) права граждан на выбор формы правления; в) закрепляемого в конституционных текстах перечня высших и иных органов государства; г) указания на демократический характер государства, принцип разделения властей;

4) на форму правления указывает исключительно определенное в основном законе государства его юридическое наименование. При этом основные законы используют различные наименования: «исламская республика» (Иран), «кооперативная социальная республика» или «корпоративистская республика» (Гаити), «индуистское конституционное монархическое королевство» (Непал до 15 января 2007 г.), «конституционная демократическая социальная монархия» (Марок-

ко), суверенное демократическое королевство» (Лесото), «боливарианская республика» (Венесуэла), «народная республика» (Бангладеш, КНР, Сирия, Монголия), «народная демократическая (народно-демократическая) республика» (Алжир, КНДР, Лаос), «восточная республика» (Уругвай), «Хашимитское королевство» (Иордания) и др. В ряде случаев юридическое название государства и вытекающая из этого модель формы правления прямо определяется в самой конституции. Юридической формой обозначения формы правления в этом случае выступают конституционные дефинитивные нормы. К примеру, по Конституции Танзании «Танзания является Объединенной Республикой»;

5) в странах, в которых отсутствуют консолидированные (кодифицированные) конституции модель организации власти может быть определена на основе взаимосвязанных положений нескольких актов конституционного значения. В частности, именно таким образом можно определить форму правления Государства Израиль, а именно путем систематического истолкования положений нескольких основных законов, прежде всего путем анализа ст. 105 Основного закона о Кнессете от 12 февраля 1958 г. и ст.ст. 7 и 28 Основного закона о Правительстве от 7 марта 2001 г.;

6) при отсутствии прямого указания на конкретную форму правления конституции отдельных стран содержат в своих текстах перечисление в определенной последовательности высших органов государства и закрепление их полномочий. Таким образом, только путем систематического толкования данной нормы (норм) становится возможным определить конкретный вид формы правления данного государства. Например, в главе второй Конституции Мали («Государство и суверенитет») закреплено положение о том, что к институтам власти в республике относятся: Президент Республики; Кабинет министров; Национальное собрание; Верховный суд; Конституционный суд; Высокий суд правосудия; Высокий совет регионов; Экономический, социальный и культурный совет. Расположенные таким образом в Основном законе страны высшие органы государства позволяют рассмотреть очертания полупрезидентской республики;

7) *существенной спецификой отличается регулирование организации государственной власти тех стран, где сохраняется военная диктатура.* Так, из названия Конституции Республики «Союз Мьянма» следует, что формально-юридически Основной закон декларирует республиканский строй. Этот вывод следует из главы 1 «Основные принципы Республики «Союз Мьянма», установленной системы органов.

Однако более детальное изучение конституционных установлений указывает на значительные отступления от республиканской модели организации власти. В частности, ст. 14 Конституции предусматривает, что в состав Национального законодательного собрания, законодательных собраний регионов и законодательных собраний штатов входят в качестве депутатов законодательных собраний служащие Вооруженных сил, назначенные Главнокомандующим Силами обороны в количестве, определенных Конституцией. Из ст. 109 следует что из 440 членов нижней палаты военнослужащим предоставлено 110 мандатов. Аналогичен порядок формирования и верхней палаты (в последние годы заметными в государственной жизни стали процессы демократизации);

8) *значительным своеобразием отличается закрепление формы правления в государствах, исповедующих религию ислама.* Очень часто конституции мусульманских государств положения о форме правления размещают в главах под титулом «Государство». При этом, конечно, сохраняется различие в юридическом оформлении организации государственной власти как между монархиями и республиками, так и внутри каждой из этих групп. Так, Основной низам о власти Короля Саудовской Аравии от 1 марта 1992 г. в первой главе «Общие принципы» (ст. 5.1) предусматривает, что «система власти Королевства Саудовская Аравия – монархия. Власть принадлежит сыновьям короля – основателя государства Абдель Азиза Абдель Рахмана аль-Фейсала Аль Сауда и сыновьям их сыновей»; по Конституции Кувейта от 11 ноября 1962 г. «Кувейт – наследственный Эмират, наследование принадлежит потомкам покойного Мубарака аль-Субаха»; Конституция Исламской Республики Афганистан 2004 г. устанавливает, что Афганистан «Исламская республика»;

9) *необычная форма правления – директориальная республика, получившая распространение в некоторых странах (Сан-Марино, Швейцария, Науру).* Квалификация данной формы правления, в Конституции Сан-Марино выражена так: «Капитаны-регенты осуществляют функции главы государства в соответствии с принципом коллегиальности» (ст. 3).

Наконец, в национальных основных законах встречаются формулировки конкретного вида формы правления. Так, согласно ст. 1 Конституции Греции от 11 июня 1975 г., «государственный строй Греции – парламентская республика»; Конституция Республики Исландия от 17 июня 1944 г. устанавливает, что «Исландия – республика с парламентской формой правления» (ст. 2); по Конституции Республики Кипр от 16 августа 1960 г. (ст. 1) Кипрское государство является независимой и

суверенной республикой президентского типа; в соответствии с Конституцией Норвегии (§ 1) «Норвежское Королевство является свободным, независимым, неделимым и неотчуждаемым государством. Его форма правления – ограниченная и наследственная монархия»; согласно ч. 3 ст. 1 Конституции Королевства Испания «политической формой испанского государства является парламентарная монархия».

Таким образом, в современных конституциях существует многообразие форм закрепления моделей организации государственной власти (формы правления). Оценка этого многообразия и характера фиксации моделей организации власти с формально-юридических позиций приводит к выводу о том, что, закрепляя общую конституционную формулу организации государственной власти, основные законы создают формально-юридические предпосылки для ее (формы правления) «коррекции» без изменения учредительных (конституционных) установлений. К тому же при такой неопределенности создается благоприятная юридическая почва и для формирования юридически неопределенных государственных режимов.

Очевидно, что наиболее приемлемым является способ оформления организации государственной власти в основном законе, при котором в конституционном тексте содержится прямое указание на вид (модель) формы государственного правления, механизмы обеспечения ее стабильности.

§ 5. Типология форм правления: традиционный и инновационный подходы

Традиционный и наиболее распространенный в отечественной литературе подход к типологии форм правления основывается, главным образом, на таком критерии, как способ передачи власти главе государства. Соответственно по форме правления все государства делятся на монархии и республики¹. Действительно, исторически сложилось так, что отмеченным типам организации верховной власти (формам государственного правления) длительное время не существовало альтернативы. В соответствии с восходящей к Платону традиции понимание формы правления было сведено к числу правящих лиц.

Не принципиально то обстоятельство, что в количественном отношении форм правления насчитывалось более двух. В духе отмеченной традиции Н Макиавелли считал, что есть три образа правления: республиканский, монархический и деспотический. Чтобы обнаружить их природу, достаточно и тех представлений, которые имеют о них даже наименее осведомленные люди. «Я предполагаю, – отмечал он, – три определения или, вернее, три факта: республиканское правление – это то, при котором верховная власть находится в

¹ См.: Грузинов В. А. Формы правления современного российского государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 10.

руках или всего народа или части его; монархическое – при котором управляет один человек, но посредством установленных неизменных законов; между тем как в деспотическом все вне всяких законов и правил движется волей и произволом одного лица»¹.

Очевидно, что в эту систематику не попадает аристократическая форма правления – типовая модель организации власти, получившая обоснование в трудах мыслителей античности (Цицерон, Платон, Аристотель и др.). Следуя этой традиции, Г. Гроций, Б. Спиноза, Ш.-Л. Монтескье, Т. Гоббс презюмировали, что верховная власть в условиях аристократического строя принадлежит особой группе людей, от рождения наделенной необходимыми для этого привилегиями, принадлежащей к высшим сословиям, призванной по праву рождения возвышаться над обществом и управлять им, исходя из собственных представлений о справедливости такого правления. На этом основании в концепциях западных теоретиков доказывалось тождество между аристократическим и олигархическим строем. По данной версии определяющим началом аристократического строя в условиях жизнедеятельности индивидуалистического общества является не богатство, а неравенство сословий при решении вопроса о власти, которое и определяет способ правления и назначения на государственные должности.

Современная западная философия в значительной своей части исходит из той презумпции, что аристократии, элите (как привилегированной части общества) при принятии ключевых государственных решений не обязательно руководствоваться интересами общества по той причине, что, обладая определенными преимуществами, именно привилегированное меньшинство способно наилучшим образом обустроить все стороны общественной жизни. Соответственно в XX в. усилиями западных теоретиков (М. Янг, А. Бард, Я. Зондерквист и др.) перечень форм аристократического строя (власти лучших, избранных) был дополнен такими формами, как *меритократия* и *нетократия*, социальная основа которых представлена интеллектуальной и промышленной элитами.

Современная отечественная обществоведческая мысль, основываясь на богатом наследии дореволюционной философской, социально-правовой мысли, вкладывает в понимание сущности аристократического строя коллективистские начала жизнедеятельности общества. С этих позиций аргументируется, к примеру, что «Земские соборы – суть аристократического строя. Их цель – донести до власти мнение русского народа и сохранить согласие в обществе по важнейшим вопросам политической жизни». В этом усматривается «их принципиальное отличие от западных сословно-представительных органов»².

Следует отметить, что в новейших условиях так называемая аристократическая форма правления в ее современном звучании чаще всего означает не присутствие элиты, или креативного класса в системе верховной власти (или шире – в государственном управлении), но, главным образом, указывает на действительную роль этого класса в проектировании конструкции верховной публичной власти и даже ее конституционном оформлении. При неинституционализированности институтов гражданского общества именно элита – окружение политического лидера – в решающей (или значительной) мере влияет на то, какова будет избрана модель организации власти. Как свидетельствует политическая практика, со сменой элит наблюдается и смена модели власти.

Очевидно, что и в настоящее время, если оценивать проблему исключительно с формально-юридических позиций (в традициях остающейся популярной и ныне так называемой юридической школы), то монархия и республика также могут рассматриваться предельными

¹ Макиавелли Н. Государь. Рассуждения о первой декаде Тита Ливия. О военном искусстве. М. : Мысль, 1997. С. 127. Нетрудно заметить, что деспотическое правление – всего лишь одна из возможных форм монархии.

² Фомина Н. В. Аристократия и аристократическая форма правления: социально-философский анализ : автореф. дис. ... канд. филос. наук. Красноярск, 2008. С. 18.

по уровню обобщения типами организации верховной власти; при этом каждый из этих типов может быть дифференцирован на определенные разновидности. Немаловажно и то обстоятельство, что данный подход в исторической ретроспективе соответствует генезису форм государственного правления: общеисторическая закономерность такова, что развитие форм правления осуществляется в движении от неограниченной (абсолютной) монархии к ограниченной (конституционной), от монархии – к республике, в становлении основных институтов парламентаризма и конституционализма. С рассматриваемых позиций логично при анализе типов форм правления исследовать формы, присущие монархическому и республиканскому государственному строю. Следуя такой логике научного анализа, становится возможным сделать особый акцент на тех формах государственного правления, которые имплицитно приемлет соответственно только монархический или только республиканский государственный строй.

В то же время следует иметь в виду, что традиционный взгляд на проблему типологии форм правления нельзя признать универсальным, а следовательно, обращение к анализу типологических характеристик монархий и республик является лишь исходным в познании типов и разновидностей современных форм правления. С этой точки зрения использование методологии исследования форм правления в конституционном праве зарубежных стран, отчасти уже утверждающейся и в новейшей отечественной обществоведческой науке, является принципиально важным.

Как показывает анализ проблемы, в отличие от отечественной в зарубежной литературе основным при определении формы правления считаются взаимоотношения парламента, правительства и главы государства (без акцента на способ замещения поста главы государства). Такой подход отличается известным прагматизмом и позволяет учесть типологические сущностные черты сходных по форме правления государств безотносительно к типу государственного строя – монархическому или республиканскому. Так, очевидно, что парламентарную монархию отличают те же взаимоотношения главы государства и правительства, которые характерны для парламентских республик. Основываясь на этой посылке, логично в качестве особой выделять парламентарную форму правления, или «парламентское правление», объединяющее однородные по типам формы правления, присущие монархическому и республиканскому строю¹. Значит, кро-

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран. 2-е изд., обновл.

ме специфических форм правления, существуют и «универсальные» формы правления, которые находят применение одинаково в условиях как монархического, так и республиканского строя. Видимо, специальные исследования могут зафиксировать и иные, общие для монархий и республик модели организации верховной власти (так, взаимоотношения главы государства, парламента и правительства в президентской республике имеют значительное сходство с отношениями в дуалистической монархии; различие состоит в том, что место короля занимает избираемый президент). Юридизация проблемы исключает или существенно ограничивает возможности для реализации такого подхода.

§ 6. Монархический строй и присущие ему формы правления

Монархия (греч. monos – один только, arche – власть, monarchia – единовластие, самодержавие) – такая форма правления, где глава государства – монарх (император, король, султан и т. п.) обладает особым юридическим статусом. Его полномочия носят первичный, непроизводный от какой-либо власти в государстве характер, он приобретает свой пост, как правило, по наследству и занимает его пожизненно.

Основные признаки классической монархической формы правления можно представить следующим образом: 1) существование главы государства, пользующегося своей властью пожизненно (царь, король, император, шах), который сосредотачивает всю верховную власть в стране. Монарх – орган единоличный, его личная воля имеет властное значение; 2) наследственный порядок преемственности верховной власти (престолонаследие); 3) представительство государства монархом по своему усмотрению. Монарх лично осуществляет законодательную, исполнительную, судебную власть, представляет нацию как внутри страны, так и во внешних сношениях, являясь «лицом» государства; 4) полная политическая и юридическая безответственность как принцип принят в интересах поддержания престижа монарха, на котором строится вся его власть; 5) сакральный характер монаршей власти.

По утверждению Ф. Ницше, «отношения людей к их монарху во многих случаях напоминают их отношения к Богу; ведь монарх часто бывал представителем Бога или по крайней мере его первосвященником. Это почти жуткое настроение. Слагающееся из почитания, страха и стыда, значительно ослабло теперь, но иногда оно вновь разгорается и пристаёт вообще к могущественным личностям. Культ гения есть отзвук этого богомонархопочитания. Всюду, где существует стремление возносить отдельных людей в

сверхчеловеческую сферу, возникает и склонность представлять себе целые слои народа более грубыми и низкими, чем они суть на самом деле¹.

Монархия, следовательно, имеет не только прочное юридическое основание, но и зиждется на религиозных началах, предполагает особую социально-психологическую атмосферу. *Сакральная «оснастка» власти*, как правило, опиралась на устойчивую культурно-религиозную традицию (библейскую, производную от нее позднеантичную и средневековую, исламскую, конфуцианскую и др.)².

В своем развитии монархия проходит ряд этапов, изменяясь и приобретая новые черты. Первой формой монархии являлась рабовладельческая монархия. Первоначально она выступала в форме восточной деспотии (монархии восточного типа), которую имели многие государства Древнего Востока – Вавилон, Египет, Индия. От восточной деспотии отличалась монархическая форма правления Древнего Рима (монархии западного типа, или европейские монархии), существовавшая более 5 веков. В условиях феодального строя различают: раннефеодальную монархию (с XI в. до н. э. до I в. н. э.); сословно-представительные монархии (с X в. по XV в.), получившие распространение на территории Европы. В последующие периоды истории последний тип монархии преобразуется в абсолютную монархию, просуществовавшую вплоть до конца XIX в. Под влиянием буржуазно-демократических революций XIX в. европейские абсолютные монархии либо вовсе упраздняются и на смену им приходит республиканский строй, либо радикально преобразуются, приобретая форму конституционной монархии.

В зависимости от объема властного ресурса, места в системе власти исторически принято выделять три типа монархий³: абсолютные,

¹ Ницше Ф. Человеческое, слишком человеческое. Цит. по: Антология конституционных учений. 3-е изд., доп. Ч. II. С. 461.

² См.: Блок М. Короли-чудотворцы. Очерк представлений о сверхъестественном характере королевской власти, распространенной преимущественно во Франции и в Англии / пер. с фр. В. А. Мильчиной. М., 1998; Сакральный образ правителя : сборник научных статей. Кемерово, 2011.

³ Это в принципе соответствует классификации, получившей распространение как в современной государствоведческой литературе (Б. А. Страшун, В. Е. Чиркин, А. А. Мишин, И. П. Ильинский и др.), так и в дореволюционном государствоведении. По утверждению Б. Н. Чичерина, ограниченная монархия в отличие от абсолютной представляет сочетание монархического начала с аристократическим и демократическим. В этой политической форме выражается полнота развития всех элементов государства и гармоническое их сочетание: монархия представляет начало власти, народ или его представители – начало свободы; аристократическое собрание – постоянство закона» (см.: Чичерин Б. Н. Курс государственных наук. М., 1985. Т. 1. С. 9–10).

или неограниченные (характеризующиеся тем, что царствующая особа является высшим органом государства, воплощающим верховную власть в стране), конституционные, или ограниченные (в которых высшая государственная власть рассредоточена между монархом и другими высшими органами государства), дуалистические (сочетающие в себе черты двух предыдущих моделей)¹.

Первый тип монархий, получивший наиболее широкое распространение в Древние и Средние века (Древний Египет, Китай, Вавилон, Персия, Средневековая Европа и др.), – это *абсолютные (неограниченные) монархии*, существенно эволюционировавшие и сохранившиеся в новое и новейшее время (XVI–XXI вв.). Это Саудовская Аравия (теократическая монархия), Катар, Бахрейн, Оман, Бруней Даруссалам. Безусловно, сохраняющиеся абсолютные монархии имеют принципиальное отличие от аналогичных государственно-правовых форм периода феодализма. Особенность этих стран в конструкции государственной власти: как правило, нет других ветвей власти – формально монарх законодательствует, осуществляет непосредственное руководство исполнительной властью (назначая правительство), осуществляет правосудие.

Так, Бруней Даруссалам – абсолютная монархия во главе с султаном, которому и фактически, и юридически принадлежит вся полнота исполнительной власти: он, являясь главой государства, одновременно премьер-министр и министр обороны. Ключевые министерства (например, Министерство иностранных дел) возглавляют родственники султана; при нем действует Тайный совет из регентов, назначенных из числа высоких должностных лиц. Философскую основу монархического правления составляет концепция «малайской исламистской монархии», подразумевающая приверженность малайским обычаям, исламскому вероучению и принципам монархического правления. Законодательную власть осуществляет монарх и Законодательный совет, в состав которого входят члены по должности и «номинированные» члены (не занимающие государственные посты). Жесткость правления обуславливает наличие в стране одной политической партии, которую представляет Брунейская национальная объединенная партия².

Подобная ситуация наблюдается и в других странах. Так, в Омане первое правительство в составе четырех министров было создано султаном (главой государства) только в 1970 г.; он же впоследствии занял посты премьер-министра, министра обороны и иностранных дел. В других странах правительство полностью ответственно перед монархом. Если в конституции идет речь об ответственности правительства перед парламентом, как это имеет место в Конституциях Бахрейна и Кувейта (оно возглавляется сыном или братом монарха), то нормы об ответственности правительства перед парламентом являются «голым правом»³. В

¹ См.: Бернштейн А. Р. Эволюция монархической формы правления в России в начале XX века в свете мировой тенденции ограничения власти монарха (историко-правовой аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2008. С. 6.

² См.: Восток и политика: политические системы, политические культуры, политические процессы : научно-методический комплекс / под ред. А. Д. Воскресенского. М. : Аспект Пресс, 2001. С. 419.

³ См.: Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник для вузов. М. : ИН-

тех странах, где создан парламент (его состав полностью или частично назначается монархом), он наделяется исключительно законосовещательными функциями, действует по мусульманской традиции аш-шура – совещание правителя с наиболее уважаемыми лицами. Верховная судебная власть также принадлежит монарху. Конституции носят октроированный характер, в отдельных странах (Оман) длительное время (действующая Конституция Султаната Оман принята 6 ноября 1996 г.) роль основного закона выполнял Коран.

В то же время следует отметить, что в новейших условиях наблюдается модификация традиционных монархий. Так, в арабских монархиях наметилась тенденция к расширению полномочий консультативных советов и значительному изменению процедуры их формирования¹ (отечественные востоковеды обозначают их «протопарламентами»², что, впрочем, не совсем точно характеризует их действительную роль в конституционном механизме).

Наблюдаемый в ряде монархических государств с «парламентским правлением» процесс формирования второй (верхней) палаты (в Алжире с 1997 г., Мавритании и Тунисе с 2005 г., Марокко с 1996 г.), обеспечивающий более устойчивое равновесие между исполнительной и законодательной властью и одновременно ограничивающий власть одной палаты другой, затронул и арабские монархии. Вследствие этого в совещательном законодательном органе – Консультативном совете сформированы вторые палаты, к примеру в Омане – с 1998 г.³

Как и абсолютная, *дуалистическая* (итал. – двойной, двойственный) монархия сохранилась в немногих, как правило, с невысокой степенью социально-экономического развития, государствах (Хашимистское Королевство Иордания, Непал – до 2007 г., Кувейт, Таиланд, Тонга)⁴. В осуществлении государственного властвования монарх также обладает сильными рычагами (хотя в конституциях отдельных из этой группы стран признается принцип народного суверенитета). Для этой формы монархии характерно формальное разделение законодательной и исполнительной властей. Так, в Марокко глава государства – король; высшая законодательная власть принадлежит однопалатному парламенту – палате представителей; исполнительную власть представляет Совет Министров, назначаемый без каких-либо ограничений королем. Парламент ограничен в своих возможностях, его компетенция чрезмерно узкая, полномочиями контроля в отношении правительства обладает не он, а монарх, перед ним же правительство и ответственно. Принимаемые парламентом акты нередко требуют утверждения монархом (Иордания). Монарх дискреционно назначает часть депутатов

ФРА-М, 2006. С. 123.

¹ См.: Восток и политика: политические системы, политические культуры, политические процессы. С. 170.

² Косач Г. Г. Саудовская Аравия: внутривластные процессы «этапа реформ» (конец 1990-х – 2006 г.). М. : Институт Ближнего Востока, 2007. С. 134.

³ Восток и политика: политические системы, политические культуры, политические процессы. С. 145.

⁴ Считается (В. Н. Шаповал), что по результатам конституционной реформы 2003 г. признаки дуалистической монархии приобрела такая развитая европейская страна, как Лихтенштейн.

парламента, обладает правом законодательной инициативы, правом суспензивного вето и правом роспуска парламента. Иногда парламент распускается монархом на длительный срок. Конституции таких стран наделяют монарха исполнительной властью, которую он осуществляет сам или через правительство. Принцип политической ответственности означает, что правительство ответственно как перед парламентом, так и перед монархом (в Кувейте и Тонга только перед монархом). Таким образом, наличие выборного (или частично выборного) парламента служит преимущественно для дополнительной легитимации власти монарха и снятия напряженности в обществе. В то же время при данной модели власти решающее воздействие на парламент и правительство оказывает монарх¹.

Существуют и нетрадиционные монархии. Это, в частности, *выборная монархия*, особенность которой – в способе замещения поста главы государства.

Так, Объединенные Арабские Эмираты представляют собой федерацию из 7 княжеств, расположенных в районе Персидского залива, где глава государства, официально именуемый как президент, избирается на 5 лет эмирами этих княжеств. По Конституции Малайзии 1957 г. глава Федерации (состоящей из 9 султанатов (княжеств) и 4 республик), официально именуемый Янг ди-Пертуан Агонг, избирается сроком на 5 лет коллегией – Советом правителей (представленных правителями 9 княжеств. При этом монарх может быть смещен с должности Советом правителей, может подать в отставку. В отличие от федерального уровня султаны княжеств занимают посты правителей пожизненно.

Что характерно, влияние монарха в конституционной монархии государств Юго-Восточной Азии не ограничивается рамками конституции и оказывается значительно шире, нежели формально закрепленное². Ощущается сильное влияние традиционной политической культуры; при этом традиционная культура сочетается с либерально-демократическими моделями западного образца.

§ 7. Республиканский строй и присущие ему формы правления

§ 7.1. Конституционные признаки республики

Республика, или *республиканская форма правления*, характеризуется как такая форма правления, при которой высшие органы власти избираются или назначаются на определенный срок и функционируют на основе разграничения сфер компетенции (деятельности); это

¹ В этой связи требует уточнения вывод о том, что «в дуалистической монархии правительство не несет парламентской ответственности и не зависит от партийного состава парламента» (Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / отв. ред. М. Н. Марченко. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. Т. 1. С. 338).

² Зарубежные исследователи, в частности Д. МакКарго, обозначают эту форму организации власти «сетевой монархией» (см.: McCargo D. Network Monarchy and Legitimacy Crisis in Thailand // The Pacific Review. 2005. Dezember. Vol. 18.No 4. P. 500–501).

такая конструкция государства, которая исходит из признания народа единственным носителем суверенитета: от первоисточника власти все высшие органы власти прямо или косвенно, непосредственно или опосредствованно получают свои полномочия, от его имени они действуют, перед ним ответственны. Республика, таким образом, – государство с коллегиальной формой правления, где реализован принцип народного суверенитета; обеспечено разделение властей с закреплением за каждой из них – законодательной, исполнительной и судебной – собственных полномочий, прерогатив, механизмов взаимных сдержек и противовесов; такую организацию верховной власти характеризует выборность и сменяемость высших органов законодательной и исполнительной власти, ответственность главы государства.

Республиканская форма правления исторически приходит на смену монархии, что, так сказать, указывает на общую закономерность возникновения немонархического правления. Однако генезис республиканской формы правления применительно к отдельным государствам или даже группе государств нередко приобретает существенные особенности. Так, республиканское правление в арабском мире возникает в результате качественно различных процессов: в ходе колонизации (Алжир, Ливан, Сирия, Судан, Мавритания), когда власть от вождей переходила в руки генерал-губернатора (Алжир, Судан, Мавритания), или представляла державы-мандатарии при местных республиканских правительствах (Сирия, Ливан); в ходе национально-освободительного движения в тех странах, где монархия была либо тесно связана и ассоциирована с империалистическим господством, либо перестала отвечать внутренним потребностям общества, в том числе в ходе завоевания политического суверенитета в борьбе против колонизаторов и опиравшихся на них султанов (Южный Йемен), вследствие укрепления позиций пришедших к власти национально-освободительных сил (Тунис) или свержения королевской власти в формально независимых государствах в процессе антимонархических военных переворотов (Египет, Ирак, Северный Йемен, Ливия)¹.

Если несколько отойти от общепринятой классификации, то типология республиканской формы правления может быть представлена следующим образом: президентская республика, смешанная форма правления, представленная полупрезидентской и полупарламентской формами правления и разновидность «парламентского правления»,

¹ См.: Восток и политика: политические системы, политические культуры, политические процессы : Научно-методический комплекс / под ред. А. Д. Воскресенского. М. : Аспект Пресс, 2011. С. 142.

имманентная республиканскому строю, или парламентарная республика. Каждый из выделенных типов имеет свои разновидности, последние в свою очередь также могут быть подвергнуты систематике.

§ 7.2. Президентская республика

Президентская республика в «классическом» виде, возникшая в США (1787 г.), в последующем получила распространение в ряде других стран. Франция (1848) и Швейцария (1848) стали первыми в мире государствами, где была учреждена должность президента, объединившая в одном лице главу государства и правительства. В первой половине XIX в. пост президента учреждается во многих странах Латинской Америки. В отличие от латиноамериканских стран государства Европы (кроме Франции и Швейцарии) до конца XIX в. оставались монархиями. В XX в. после Первой мировой войны президенты стали высшими должностными лицами в Германии, Австрии, Чехословакии, Польше, Турции, странах Балтии. В 30–40-е годы XX в. институт президентуры перекочевал в Азию; в 50–60-е годы он мигрирует на африканский континент. В современных условиях институт президентства «получил прописку» в ряде стран (Аргентина, Боливия, Филиппины, Мексика, Бразилия, Перу, Колумбия, Венесуэла, Египет (до 2011 г.), Сирия, Ирак (до 2003 г.), ЮАР).

Своеобразие президентской формы правления заключается, главным образом, в статусе президента: он избирается независимо от парламента – в Сирии и Египте (до 2011 г.) путем референдума, в Мексике – прямым голосованием, в США – выборщиками, избранными прямым голосованием избирателями (исключение составляет Суринам, где президент избирается 2/3 голосов членов парламента). По месту, занимаемому в системе разделения властей, президент обладает *большим объемом полномочий*: дискреционно (по своему усмотрению) назначает правительство (в некоторых странах требуется согласие верхней палаты); определяет политику правительства; в системе разделения властей – это ключевая фигура¹.

¹ Институт президентской власти в республиканском государстве исторически сложился как наиболее адекватное воплощение идей сильной исполнительной власти в условиях демократического режима. Опыт функционирования президентской власти в различных странах мира подтверждает ее способность быть в определенных условиях средством обеспечения стабильности развития общества, гарантом прав и свобод личности, особенно в момент острых политических кризисов (См.: Трофимов А. И. Президентская власть в современном государстве (теоретико-правовое исследование) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 10).

К главным отличительным признакам президентской республики относятся: 1) общенациональные выборы президента (прямые или, как исключение, косвенные); 2) президент, выступает в качестве главы государства и одновременно возглавляет исполнительную власть; правительство в обычном понимании отсутствует или действует на правах администрации президента (правительство в этом случае характеризуется как техническое, должность главы такого правительства не является политической, или самостоятельной). Решения исполнительной власти – прерогатива президента, на него же возлагается и ответственность за их принятие и результативность; 3) ответственность правительства исключительно перед президентом. Президент не только юридически, но и фактически свободен в выборе министров, сам решает этот вопрос и по своему усмотрению вправе уволить любого его члена (включая премьер-министра, если таковая должность есть; ныне она нередко бывает в президентских республиках), в то время как парламент (или его нижняя палата) не вправе выразить правительству или его отдельным министрам вотум недоверия (в том числе путем резолюции порицания), т. е. отправить в отставку; 4) организация верховной власти основывается на принципе жесткого разделения властей: президент не вправе распустить парламент досрочно, а парламент лишен возможности выразить недоверие правительству и отправить его в отставку.

Таким образом, наиболее характерные черты данной формы государственного правления – внепарламентский механизм избрания президента и формирования правительства; ответственность правительства перед президентом, а не перед парламентом; более широкие, чем в парламентской республике, полномочия главы государства.

Процессы демократизации, которым, безусловно, так или иначе подвержены все современные государства, связанные с этим процессы децентрализации не следует понимать так, что президентская форма правления не получает дальнейшего распространения в современном мире. Как показывают события новейшего времени, движение к усилению института президентуры все же имеет место. Так, поправками в Конституцию 2016 г. Таджикистан конституционно стал президентской республикой; в направлении президентской республики интенсивно продвигается Казахстан; на референдуме 16 апреля 2017 г. в Конституцию Турции вносятся поправки, согласно которым Турция становится президентской республикой.

Согласно поправкам Президент Турции становится главой государства и главой исполнительной власти; упразднена должность премьер-министра; фактически вторым должностным лицом в государстве по значимости становится вице-президент, пост ко-

торого учрежден поправками. Президент наделяется правом назначать и увольнять министров (согласно ранее действовавшей редакции ст. 104 Конституции он обладал правом «назначать и освобождать министров по предложению премьера»). Это также право президента назначать перевыборы и распускать парламент (ранее он мог только назначать в установленные сроки выборы); при определенных условиях право издавать законы (ранее – «промульгировать законы, налагать вето, выносить на референдум законодательство о поправках Конституции, если сочтет это необходимым»).

Одновременно поправками в Конституцию отменена обязанность министров отвечать на устные вопросы в парламенте; отменено право парламента призывать правительство к ответу, а также уполномочивать министров на издание указов по определенным вопросам. Для преодоления президентского вето парламент должен повторно принять законопроект абсолютным большинством голосов (301 голос).

Фактически, как считает экспертное сообщество, Турция становится президентской республикой. При этом, однако, остается де-юре действующей ст. 4 Конституции о том, что «положение статьи 1 Конституции, устанавливающей форму государства, как Республику, положения статьи 2 о характеристиках Республики и положения статьи 3 не могут быть исправлены, и при этом не могут вноситься предложения об их изменении». Можно ли в этом случае считать, что внесенные поправки вошли в противоречие с так называемыми неизменяемыми положениями Конституции? Очевидно, что *post festum* такой вопрос, скорее всего, выглядит риторическим.

§ 7.3. Смешанная форма правления

Смешанная республиканская форма правления является разновидностью республиканской формы правления, сочетающей в себе черты парламентарной и президентской республик.

Идея смешанной формы правления обоснована в учении Аристотеля и последующими мыслителями (Полибий, Цицерон и др.) По утверждению Б. Н. Чичерина, кроме чистых форм, существуют и смешанные, в которых выражается идея государства, представляющая сочетание его различных элементов. Это признавалось уже древними, которые смешанные формы ставили даже выше других. Эти смешанные формы в свою очередь могут быть разделены на несколько видов. Их может быть столько, сколько возможно различных сочетаний чистых форм. Однако все их можно подвести под две главные категории: 1) смешение аристократии с демократией мы можем назвать смешанной республикой, или, по примеру Аристотеля, политией. Такое устройство мы находим в Древней Греции и в Риме; 2) монархия может сочетаться с аристократией, с демократией или с обеими вместе. Все эти формы мы назовем ограниченной монархией. Мы встречаем ее уже в древности, но особенное развитие она получила в новом мире, где она сложилась в своеобразную систему учреждений, которая носит название конституционной монархии¹.

В современной специальной литературе существуют различные взгляды на эту проблему. В частности, В. Е. Чиркин, анализируя происходившие в последнее десятилетие XX в. процессы в разных странах, в особенности в государствах Восточной Европы, отмечает, что «чистых», традиционных форм остается все меньше, а формы правления во вновь возникающих государствах, как правило, соединяют разные черты; таким образом появляются «смешанные» и «гибридные» формы правления².

¹ См.: Чичерин Б. Н. Курс государственной наук // В кн. : Червонюк В. И., Калининский И. В., Назарова И. С. Антология конституционных учений : учебное пособие. 3-е изд., доп. М., 2017. Ч. 2. С. 145–146).

² Чиркин В. Е. Нетипичные формы правления в современном государстве // Государство и право. – 1994. – № 1.

О. И. Зазнаев, придя к выводу о существовании четырех «идеальных» типов: президентского, парламентского, полупрезидентского и полупарламентского», исходит из того, что смешанные формы правления, в которых соединяются элементы «чистых» систем, именуются атипичными, поскольку появление одного или нескольких признаков иной формы правления ведет к отклонению от идеалтипичной системы (президентской, парламентской, полупрезидентской и полупарламентской)¹.

Представляется, что смешанная форма правления – это самостоятельный вид организации верховной публичной власти, к конституционно-правовым признакам которого следует отнести: 1) функционирование верховной власти на основе сочетания признаков черт парламентарной и президентской республик: президент избирается общенациональными выборами, правительство формируется парламентом при участии президента, оно же выражает вотум недоверия правительству. В то же время государственная система функционирует, главным образом, по парламентарному типу; 2) бивалентность (дуалистичность) исполнительной власти, указывающей на сильные прерогативы главы государства в сфере исполнительной власти: право формировать состав правительства, определять его политический курс, равно как и сильные позиции премьер-министра в системе исполнительной власти; 3) конституционная ответственность правительства перед парламентом, а отдельных его членов (министров) – перед президентом.

В отечественной юридической литературе господствующим является подход, в соответствии с которым смешанная форма правления представлена двумя моделями: президентско-парламентарной и парламентарно-президентской. Такой подход, думается, не позволяет достаточно точно отобразить природу тех моделей устройства верховной власти, которые отступают от «чистых» классических проявлений республиканского правления – президентской и парламентской форм правления, равно как и не дает возможностей отобразить чистую форму правления.

Представляется целесообразным выделить две формы смешанного правления: полупрезидентскую и полупарламентскую².

Понятие *полупрезидентской республики* введено в научный оборот М. Дюверже в 1970-е годы³. В представлении М. Дюверже «полити-

¹ Зазнаев О. И. Полупрезидентская система (политико-правовой анализ) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2006. С. 11.

² Такой подход уже имеет аналог в политологической литературе (см.: Зазнаев О. И. Полупрезидентская система: политико-правовой анализ. Казань, 2006.

³ По утверждению Ж.-Л. Шабо, «заслуга М. Дюверже заключается в том, что он отошел от дихотомического деления форм демократического правления на президентские и парламентские и предложил ввести новую категорию, назвав ее полупрезидентской формой. Тем самым он бросил вызов юристам, которые, по его словам,

ческий режим считается полупрезидентским, если конституция, которая его устанавливает, содержит три элемента: 1) президент республики избирается на всеобщих выборах; 2) он обладает довольно значительными полномочиями; 3) несмотря на это, ему противостоят премьер-министр и министры, которые обладают исполнительной и правительственной властью и могут занимать свои должности до тех пор, пока парламент не выступит против них»¹.

Вслед за теоретическим обоснованием данной формы правления в конституционном праве к ней стали относить такие государства Европы, как Ирландия, Исландия, Финляндия, Австрия, Португалия, Перу, Хорватия; в конце 1980-х – начале 1990-х годов к числу таких государств стали относить и государства Центральной и Восточной Европы (Польша, Македония, Украина²).

Конституционные признаки полупрезидентской республики следующие: парламент и президент избираются непосредственно населением; исполнительная власть осуществляется совместно президентом и правительством; правительство подконтрольно парламенту и президенту и ответственно перед ними; президент осуществляет регулятивно-арбитражные функции в отношении остальных ветвей власти. Принцип разделения властей в полупрезидентских республиках дополняется разграничением компетенции между президентом и правительством в сфере осуществления исполнительной власти. Для всех полупрезидентских республик характерен «сдвоенный центр» исполнительной власти в лице президента, правительства, премьер-министра. При этом роль правительства и его главы в разных государствах различна: а) значительная – во Французской Республике, по Конституции которой «правительство определяет и проводит политику Нации» (ч. 1 ст. 20), «оно распоряжается администрацией и Вооруженными силами» (ч. 2 ст. 20)³; б) менее значима, зависит от харизмы президента, экономической и социально-политической обстановки в стране. Соответственно и роль президента может быть различной. В этой связи М. Дюверже выделил три вида полупрезидентского правления: режим с президентом – номинальным главой государства (Ав-

продолжали «читать только две священные коровы – парламентский режим и президентский режим» (Шабо Ж.-Л. Государственная власть: конституционные пределы и порядок осуществления. М., 1986. С. 163).

¹ Дюверже М. Политические партии. М. : Академический Проект. 2002. С. 472.

² Зазнаев О. И. Полупрезидентская система: политико-правовой анализ. Казань, 2006.

³ Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие для бакалавров / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2012. С. 168.

стрия, Ирландия и Исландия); режим с всемогущим президентом (Франция); режим, в котором существует баланс между президентом и правительством (Веймарская республика, Финляндия, Португалия)¹. В литературе эта позиция не находит полного подтверждения².

Считается, что при определенных условиях полупрезидентские формы правления оказываются достаточно устойчивыми; их движение в странах с развитыми конституционными традициями возможно в сторону усиления парламентского присутствия, как это, к примеру, характерно для Франции последнего десятилетия XX в. и начала XXI в. Конституционными законами от 22 февраля 1996 г. № 138, от 28 марта 2003 г., № 276, от 1 марта 2005 г. № 205, от 23 июля 2008 г. № 724 в Конституцию 1958 г. внесен ряд существенных поправок, которые значительно усиливают представительные начала в системе разделения властей. Не случайно французские конституционалисты склонны даже квалифицировать современную Францию как «дуалистический парламентарный режим», парламентскую республику³.

§ 7.4. Нетрадиционные формы республиканского правления

В специальной литературе, как уже отмечалось, существуют разные подходы к оценке этой модели власти. В самом общем виде можно сказать, что такая форма правления не является универсальной и свойственна отдельным или нескольким государствам; набор присущих ей признаков не позволяет отнести эту модель власти к основным формам правления.

К нетрадиционным можно отнести выделяемую конституционалистами зарубежных стран (В. Н. Шаповал) *директориальную республику*, являющейся своего рода временной, или переходной, формой правления. Она имеет место в Швейцарии, Сан-Марино, Науру. Так, в Сан-Марино функции главы государства осуществляют избираемые парламентом на 6 месяцев 2 капитана-регента, действующие при этом как коллегиальный орган. В Науру орган исполнительной власти – государственный совет (состоит из 5 членов) формируется парламентом на срок его полномочий и при этом вместе с председателем государственного совета реализуют определенные представительские функции, т. е. функции главы государства. В Швейцарии ежегодно из состава

¹ См.: Дюверже М. Указ. раб. С. 111.

² См.: Зазнаев О. И. Полупрезидентская система: политико-правовой анализ. Казань, 2006.

³ См.: Жаке Ж.-П. Конституционное право и политические институты : учебное пособие. М. : Юрист, 2002. С. 260.

сформированного союзным парламентом правительства избирается союзный президент, который председательствует на заседаниях правительства, является главой одного из министерств и одновременно выполняет представительские функции (типичные для главы государства). В то же время правительство осуществляет некоторые полномочия главы государства (например, ратификация международных договоров)¹. Если исходить из устойчивости установившихся в указанных странах государственных режимов, то вряд ли можно считать нетипичные формы правления в этих странах временными.

Это также *квазипрезидентские республики* – республики, приближающиеся по модели организации власти к президентским республикам, но не идентичные им.

Примером рассматриваемой формы правления является *теократическая республика*, в частности Исламская Республика Иран. Главное, что выделяет ее среди иных республиканских форм правления – это придание духовной власти статуса государственной и сосуществование духовной и светской властей как видов государственной власти. В систему верховных органов государства, кроме избираемых парламента (Меджлиса) и президента, возглавляющего исполнительную власть, входят институты духовной власти: *Совет экспертов* – высший религиозный орган, состоящий из 93 наиболее авторитетных исламских мыслителей, наделенных неограниченными полномочиями), *Лидер Республики*, избираемый пожизненно Советом экспертов и являющийся высшим моральным авторитетом, главой церкви (фактически духовный монарх). Отдельные авторы к теократическим республикам относят и Соединенное Королевство Великобритании, хотя, как говорят в одном из лучших городов мира, это «две большие разницы».

К нетрадиционным республикам следует относить возникшие в 60–70-е годы XX в. и сохраняющиеся в определенных «дозах» и поныне суперпрезидентские и монархические республики. В частности, *монархическая республика*, которая в чем-то сходна с абсолютной монархией, характеризуется тем, что центральной фигурой в системе власти является выступающий под различным титулом ее лидер, который остается у власти длительное время, юридически подтверждая на это свое «право» посредством различных неконституционных манипуляций.

¹ См.: Конституции государств Европы : в 3 т. / под общ. ред. Л. А. Окунькова. М. : НОРМА, 2001. Т. 2. С. 111.

Очевидно также, что к нетипичным следует относить и так называемые *неопрезидентские республики*.

§ 8. Конституционные характеристики парламентарной формы правления («парламентского правления»)

Парламентарная форма правления, или «парламентское правление» – такая форма правления, которая характеризуется провозглашением принципа верховенства парламента, принадлежностью исполнительной власти правительству, ответственному перед формирующим его парламентом. Терминологически данная форма правления в конституциях зарубежных стран обозначается по-разному: «конституционная монархия» (Дания, Люксембург, Великобритания), «парламентарная монархия» (Испания), «наследственная монархия» (Норвегия), «демократическая республика» (Италия, ФРГ, Чехия, Словакия) и др.¹ Одинаково широко распространена в условиях как монархического, так и республиканского строя. Способ замещения поста главы государства, как отмечалось, принципиального значения не имеет. Соответственно *парламентская монархия и парламентская республика* являются аналогами, хотя исторически среди современных форм правления вначале возникает парламентская монархия. Страны с такой формой правления – это наиболее развитые и стабильные государства Европы (все страны ЕС), а также Канада, Япония, Австралийский Союз, Новая Зеландия, Индия, Южная Корея, Южно-Африканская Республика, а также Таиланд, Бангладеш, Пакистан и др.

Правомерность обособления такой формы правления обусловлена теми процессами, которые происходят в государственности различных стран. В частности, уже давно замечено, что различия между монархией и республикой постепенно стираются; представление о монархии как о власти одного человека уже не соответствуют действительности; возникает большое количество государств со смешанными формами правления. Наиболее фундаментальное основание существования такой синтетической модели власти связано с непосредственной государственно-правовой формой реализации принципа народного суверенитета. Не случайно, что синонимом парламентского правления является представительное правление.

Главные отличительные признаки парламентарного режима:

¹ Обоснование этой формы правления см.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 4. Ч. I. С. 111–114.

1) организация государственного механизма на принципах частичного разделения властей;

2) формирование правительства парламентом при минимальном участии главы государства (назначает премьером лидера победившей на парламентских выборах партии или лицо, пользующееся доверием парламента. При этом правительство формируется партиями, обладающими большинством в парламенте и оно ответственно перед парламентом. В ряде стран уже сформированное правительство (его состав и программа) должно получить одобрение парламента (инвеституру);

3) провозглашение принципа политической (конституционной) ответственности правительства перед парламентом: парламент формирует правительство, которое перед ним же и ответственно. Как отмечал А. Эсмен, парламентское правление есть не что иное, как министерская ответственность, доведенная до ее крайних пределов. Оно впервые появилось в Англии, но мало-помалу обошло все свободные страны Европы. Англия и ее колонии, Франция, Бельгия, Голландия, Испания, Австро-Венгрия, Греция, Румыния, Швеция, Норвегия, Дания (мы указываем только главные страны) – одинаково практикуют его. Между странами, усвоившими себе представительное правление, явно не признают его: в Америке – Соединенные Штаты и республики Центральной и Южной Америки, взявшие за образец конституцию Соединенных Штатов; в Европе – Швейцарская демократия, Германская Империя и большинство отдельных государств, составляющих ее. Парламентское правление прежде применялось исключительно в конституционных монархиях. Но пример Франции показывает, что оно вполне совместимо и с республиканской формой¹;

4) носителем исполнительной власти является правительство; оно же, учитывая новейшие тенденции развития государственности (ослабление роли парламента и усиление роли правительства), занимает ключевые позиции в системе разделения властей;

5) при парламентарном правлении президент – номинальный глава государства. Его статус может быть выражен формулой «царствует, но не правит». При этом глава государства может наделяться различным объемом полномочий, но принимаемые им решения приобретают юридическую силу при условии их контрасигнации, т. е. скрепления подписью главы правительства или соответствующего министра;

¹ См.: Эсмен А. Общие основания конституционного права. Глава вторая. Представительное правление. Глава Пятая. Парламентское правление или правление кабинета // В кн. : Антология конституционных учений. С. 515.

6) специфический порядок избрания президента: его избирает парламент (Венгрия, Чехия) либо расширенная коллегия, в которую включаются и члены правительства (Федеральным собранием в ФРГ, парламентом и представители областей в Италии, выборными членами парламента и законодательных собраний в Индии). Есть исключения: Болгария – парламентарная республика, но президент избирается на общенациональных выборах;

7) действует *вотум недоверия*, при вынесении которого правительство должно уйти в отставку (однако по согласованию с премьер-министром, который может распустить парламент и назначить новые выборы).

Кроме перечисленных, еще одна особенность парламентского правления – наличие расхождений между нормами конституции и фактическим положением дел (например, закрепление в конституции широких полномочий главы государства и фактически номинальная его роль в государственном механизме; юридическая ответственность правительства перед парламентом, влекущая отставку правительства – и фактическая возможность роспуска парламента по инициативе правительства главой государства). Данное обстоятельство объясняют тем, что современные парламентские монархии и республики использовали британский опыт развития парламентской формы правления – страны с «неписаной конституцией», конституционная система которой в значительной мере представлена конституционно-правовыми обычаями (соглашениями), которые образуют правовую (конституционную) основу британской модели парламентской формы правления, равно как и других парламентских монархий и республик. Неукоснительное следование сложившимся неписаным правовым обычаям представителями всех ветвей власти свидетельствует о высокой правовой культуре во властной элите. Считается, что вследствие данного обстоятельства парламентская форма правления наиболее эффективна в государствах с устойчивыми демократическими институтами и традициями и с вытекающей отсюда высокой правовой культурой населения¹.

Парламентарный режим функционирует при определенных политических условиях. Его стабильность возможна в том случае, если большинство в парламенте традиционно принадлежит одной партии или устойчивому блоку сходных по взглядам или целям партий. В такой ситуации вотум недоверия невозможен. Глава правительства че-

¹ См.: Калинович А. Э. Формы правления в правовом государстве: теоретико-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2008. С. 11.

рез партийную фракцию или блок фракций надежно контролирует общую ситуацию в парламенте.

В зависимости от обстоятельств, обусловивших выбор формы правления, государства с парламентской формой правления подразделяют на следующие четыре группы: государства с устойчивыми демократическими институтами и традициями: *парламентские монархии* Западной Европы – Бельгия, Великобритания, Дания, Нидерланды, Норвегия, Швеция и *парламентская республика* – Австрия; государства, в которых *парламентские формы правления установлены после крушения диктаторских режимов*; *парламентские республики в Азии и в Восточной Европе*¹.

§ 9. Исламская форма правления

Обычно в специальной литературе (прежде всего юридической) речь идет о мусульманском праве. Об особенностях мусульманских государств, связанной с этой формой государственного правления, хотя и пишут, тем не менее, в самостоятельный тип государства и специфическую форму правления не выделяют². Между тем среди множества современных государств мусульманское (исламское) государство, присущие ему формы правления выделяются именно своими типологическими характеристиками. Обоснована и философско-мировоззренческая основа исламской формы правления. Согласно исламским верованиям, «Халиф (правитель) не законодатель. Халиф обязан исполнять Божественные законы и предписания, переданные нашим Пророком. Именно для этого необходимо установление исламской власти и создание ее органов. Вера в необходимость установления исламской власти является частью вилаята, точно так же, как борьба и самопожертвование на пути к исламскому правлению считаются частью веры в него. ... Мы сами должны верить в необходимость установления исламской власти и создавать государственный аппарат, призванный управлять страной и исполнять Божествен-

¹ Там же. С. 12.

² Понятие исламской формы правления не имеет ничего общего с вошедшим ныне в оборот понятием «квазиисламского государства», применяемого для характеристики неправового образования, сформировавшегося на территории ряда государств Ближнего Востока. Речь идет именно о неправовом образовании (террористической организации), которое запрещено в Российской Федерации и ряде других государств. Идеология исламского государства воспринята данной организацией исключительно в конъюнктурных целях; фактические же цели, организация и деятельность упомянутого образования противоречат природе всякой государственности, включая государства, исповедующие ислам (см.: Червонюк В. И. Теория государства и права. учебник. М. : ИНФРА-М, 2006. С. 175.

ные предписания. Поэтому борьба за создание исламского правления составляет основу веры в вилайат»¹.

К обоснованию исламской формы правления обращается политическая мысль Арабского Востока, начиная уже с X–XI вв. В трудах мусульманских государствоведов (аль-Маварди., Ибн-Халдун) получает обоснование концепция халифата. В соответствии с мусульманской доктриной государства верховным носителем суверенитета в халифате является Аллах, мусульманское государство целиком строится на основе поручения, данного им общине.

Концепция халифатского правления разработана в X–XII вв. мусульманскими правоведом на основе положений Корана, требующих консультироваться и принимать решения с учетом общего мнения, а также возлагающих на общину обязанность подчиняться правителю. Мусульманская доктрина не выработала строго определенного порядка замещения поста халифа – главы мусульманского государства: по суннитской концепции это происходит не в порядке наследования верховной светской и религиозной власти или по воле предшественника халифа, а в силу особого договора, заключаемого общиной и претендентом на халифат; шиитская политическая мысль исходит из того, что имам не избирается общиной, а является прямым представителем Аллаха и пророка. Лишь пророк единолично должен назначать своего преемника, передающего власть следующему за ним «избраннику Аллаха» из числа прямых потомков Пророка по линии его зятя Али. Суннитская мусульманская правовая доктрина исходит из того, что власть главы государства не абсолютна, он не пользуется какими-либо привилегиями; напротив, шиитское учение наделяло имама абсолютной, почти божественной властью, ставило его над общиной, объявляя личность священной².

Основываясь именно на учениях средневековых мыслителей (прежде всего подходах аль-Маварди)³, современные исследователи сделали вывод о том, что халифат представляет собой определенную функцию по осуществлению верховной светской (политической) власти и поддержанию веры на уровне мусульманской общины; халифат интерпретируется как сущность мусульманской власти и специфическая форма правления мусульманских государств.

С учетом отмеченного мусульманские государства и соответствующие им формы правления обособляются присущими им особенностями.

Это, прежде всего, закрепление в конституциях мусульманских государств религии ислама. В соответствии с принятым в 1992 г. в Королевстве Саудовская Аравия Положением «Основы системы власти» (ст. 1) «Королевство Саудовская Аравия – суверенное арабское государство. Его религия – ислам, Конституция – книга Всевышнего Аллаха и Сунна Его Пророка». Статья 48 Положения устанавливает: «суды обязаны применять нормы исламского шариата при рассмотрении ими дел в соответствии с Кораном и Сунной, а также законами, декретированными правителем на основе Корана и Сунны».

Ислам выступает и государственной религией, и основой деятельности высших органов государственной власти. Так, для главы му-

¹ Правление факиха (исламское правление): институт по сбору и изданию трудов имама Хомейни. Тегеран, 2006. С. 31–32.

² Правление факиха (исламское правление): институт по сбору и изданию трудов имама Хомейни. Тегеран, 2006. С. 222.

³ Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. М.: Мысль, 1999. С. 222.

сульманского государства (не имеет значения монарха или президента) обязательным условием занятия этой должности является религиозный ценз – мусульманское вероисповедание (исключение существует только в Ливане из-за многоконфессиональности населения). Способом проведения в жизнь идеологии ислама и ее влияния на государственную жизнь, разработки и принятия важнейших государственно-правовых решений является создание специальных консультативно-согласительных органов (как правило, при главе государства), сформированных исключительно на традиционных принципах ислама. Статус такого органа (он именуется «исламский») закрепляется в конституциях мусульманских государств.

Вне зависимости от того, республика или монархия учреждена в том или ином государстве, форма правления характеризуется жесткостью и, прежде всего, чрезвычайно обширными полномочиями главы государства (монарха или президента). Исключение составляют Марокко, и с формально-юридической стороны Ирак и, возможно, Иордания. По Конституции Марокко (принята 13 сентября 1996 г.) «Марокко – демократическая, социальная и конституционная монархия» (ст. 1); «верховная власть принадлежит народу, который может реализовать ее непосредственно путем референдума или косвенным путем через конституционные институты»¹.

*Применяются неписанные традиции в основах организации власти*¹. Особенность мусульманского государства – наличие сверхмощного института главы государства, фактически и юридически определяющего стратегию развития страны. Это обстоятельство в наибольшей мере обуславливает форму правления исламских государств. По ст. 51 Конституции Судана 1998 г. каждый министр ответственен перед президентом, в то время как правительство ответственно перед Национальным собранием².

В ряде арабских государств существует почти не сохранившаяся в мире абсолютная или дуалистическая монархия (Марокко, Иордания, Саудовская Аравия, султанат Оман, шейхства Аравийского по-

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 1. Средняя Азия. С. 410.

¹ Так, в Саудовской Аравии министр по делам религии и министр юстиции назначаются из числа «аль-шейхов» – потомков Мухаммеда бен Абд-Ваххаба (1703–1792), известного в современной истории общественной мысли арабского Востока как последователь течения Возрождения в исламе на уровне XVIII в. в условиях Аравийского полуострова.

² В специальной литературе высказано мнение о безоговорочной власти премьер-министра в указанной группе государств (см. об этом: Ганковский Ю. В., Москаленко В. Н. Три конституции Пакистана. М., 1975. С. 78).

луострова). Республиканский строй (Алжир, Египет, Ирак, Ливан, Ливия, Судан, Северный Йемен, Мавритания) нередко принимает форму суперпрезидентской республики. Монарх, а равно президент страны наделяется значительными прерогативами и юридически имеет возможность активно воздействовать на каждую ветвь власти. События недавней так называемой «арабской весны» в значительной мере вызваны в том числе и этим обстоятельством.

В государственном механизме мусульманского государства особая роль принадлежит армии. Иногда влияние армии на политическую систему проявляется в существовании органов верховного командования армией, осуществляющих государственные функции (Алжир, Египет, Судан). Так, в соответствии с Конституционной декларацией Египта от 30 марта 2011 г. конституционно учрежденный Высший совет Вооруженных сил осуществляет управление страной (ст. 56). Справедливости ради заметим, что в действующей Конституции Египта 2014 г. этого положения нет. Согласно ст. 203 Конституции на учрежденный Совет Национальной Обороны под председательством Президента Республики (его члены – Премьер-министр, Спикер Палаты Представителей, ряд министров и военачальников) возложена «ответственность за рассмотрение вопросов, связанных с методами обеспечения безопасности страны, обсуждение бюджета вооруженных сил...».

Особенностью мусульманского государства и присущей ему формы правления является и то обстоятельство, что типичные для немусульманских стран государственные функции возложены на негосударственные органы¹. Так, в Конституции Египта 2014 г. идет речь об Аль-Азхаре (Al-Azhar) – независимом научном исламском институте, «которому принадлежит исключительная компетенция по своим вопросам. Это основной орган по религиозным наукам и исламским вопросам. Он несет ответственность за проповедование Ислама и распространение религиозной науки и арабского языка в Египте и во всем мире» (ст. 7).

Вместе с тем, следует обращать внимание и на «отклоняющиеся» от описанной формы мусульманские страны. Так, несколько нетрадиционной для исламских государств является конструкция формы правления, закреплённая в Конституции Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка от 7 сентября 1978 г. Согласно

¹См.: Зайцева Е. В. Конституционно-правовое развитие мусульманских государств (на примере Исламской Республики Пакистан, Королевства СА, Республики Судан) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

ст. 30 Конституции Президент страны одновременно глава государства, глава исполнительной власти и правительства. Он избирается гражданами на 6 лет, несет ответственность перед парламентом за надлежащее осуществление прав, исполнение обязанностей и выполнение функций на основе конституции и любого писаного закона (ст. 42). Кроме того, Конституцией предусмотрен роспуск Кабинета министров (ст. 49)¹. Нетипичной формой правления для государства, большая часть населения которого исповедует ислам, является Республика Судан. Несмотря на то, что Конституция провозглашает, что «Ислам является религией большинства населения» (ст. 1), в ней одновременно подчеркнута приверженность страны к «религиозной терпимости» (ст. 1), ставится задача защиты «от религиозных партий, политического сектантства и искоренения этнических предубеждений» (ст. 6); ст. 18 Конституции «Религия» не закрепляет ислам в качестве государственной религии, напротив, конституционно провозглашена свобода вероисповедания и совести (ст. 24).

§ 10. Эволюция и преобразование формы правления

§ 10.1. Эволюционное преобразование конституционного устройства как противоположность имитации рецепции демократических форм правления

Переход от прежнего строя к новому, совершаемый путем коренных социальных преобразований, как правило, приводит к видоизменению формы правления. Преобразование – это «крупное изменение, перемена»². Соответственно преобразование формы правления есть содержательное ее развитие, трансформация отдельных ее признаков, характеристик без изменения конституционной модели государственного устройства. Представляется, что по своей сути преобразование формы правления – это совокупность фактов, символизирующих процесс ее модификации, что по аналогии с преобразованием конституции может приобретать различные формы: «содержательное развитие», «ползучее реформирование», «эволюционное прочтение», «молчаливое превращение». Кроме того, преобразование может быть охарактеризовано и как «совершенствование», «реформирование», «трансформация».

Преобразование формы правления может быть предпринято как в процессе радикальных конституционных реформ, так и в ходе ре-

¹ См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 634.

² Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 2003. С. 584.

форм, проводимых в иных сферах общественной жизни, в том числе затрагивающих преобразование основ существующего государственного строя.

Если выделить основную и наиболее распространенную форму эволюционного преобразования организации публичной верховной власти (формы государственного правления), то в качестве таковой следует указать на *модернизацию формы правления*: это обновление, совершенствование организационной структуры верховной власти, превращение их в более современные, отвечающие новым требованиям, запросам, технико-технологическим и информационным возможностям государственности; модернизация предполагает систему мер и мероприятий по преодолению несоответствий между юридической конституцией, закрепляющей соответствующую данному строю форму правления, и фактической конституцией, отражающую реально действующий режим взаимоотношений между высшими органами государства, характер их взаимоотношений друг с другом и населением. Модернизация формы правления должна быть направлена и на то, чтобы устранить возможные перекосы в «месторасположении» высших органов государства в системе разделения властей, обеспечив рациональность и эффективность в их работе.

В теоретической литературе обращено внимание на то обстоятельство, что в современных условиях приверженность страны к той или иной модели формы правления связана с ее предрасположенностью к жесткому или мягкому варианту модернизации организации государственной власти. Если жесткая модернизация предполагает смену форм правления и в современный период в большей мере характерна для стран Азии, то мягкая модернизация форм правления и режимов в направлении демократизации характерна для целого ряда восточных монархий (преобразование абсолютных монархий Бахрейн, Оман, Катар в конституционные монархии)¹.

От преобразования формы правления посредством ее модернизации следует отличать имитацию рецепции демократических форм правления².

§ 10.2. Трансформация формы правления

¹ См.: Конюхова (Умнова) И. А. Конституционное развитие государств евразийского пространства: современные тенденции и перспективы // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 3 (22).

² Об имитационном государстве см.: Червонюк В. И., Калинин И. В. Конституционное право России. Энциклопедический словарь. М. : Юрид. лит., 2003. С. 110–111.

Трансформация формы правления – это такое ее преобразование, при котором связь вновь возникшей и прежней формы правления утрачивается полностью или имеет существенный характер. В интерпретации общей социологии трансформация всегда возможна путем целенаправленных и радикальных мер как властвующих (т. е. посредством проводимых крупных государственных реформ), так и непосредственно под влиянием действий больших групп людей, в частности посредством революции¹.

Трансформации форма правления подвергается фактически во всех случаях установления тоталитарных режимов, при этом намеревающихся внешне придать собственным действиям легитимный характер.

Так, Муссолини сохранил конституционную монархию, но вся полнота государственной власти перешла в руки партии и ее лидера – дуче. Подобное в этот же период времени имело место в Германии, где власть была узурпирована нацистской партией и ее фюрером. По Веймарской конституции Германия оставалась республикой, а Закон от 1 августа 1934 г. «О верховном главе Германии» устанавливал пост пожизненного главы государства, имеющего право назначать преемника. Согласно Закону о ликвидации бедственного положения народа и государства, принятому 23 марта 1933 г. в Германии, вся законодательная деятельность была фактически закреплена за правительством. Оно наделялось полномочиями принимать любые законы без какой-либо санкции парламента (рейхстага). При этом допускалось, что такие законы могли и не соответствовать конституции. Международные договоры не нуждались более в ратификации парламента. Канцлер наделялся исключительными прерогативами на разработку и внесение на рассмотрение правительства проектов законов. Последние вступали в силу на следующий день после их утверждения².

Однако не следует связывать трансформацию исключительно с целенаправленными мерами по преобразованию формы правления, и притом исключительно в негативном смысле. Трансформация возможна и посредством неакцентированных «мер», к числу которых, как представляется, следует относить протестные акции, усиливающую роль партий в государственном механизме, что получило выражение в феномене «партийного государства», и др.

§ 10.3. Стабильность конституции и стабильность формы правления

Конституционная практика выработала ряд механизмов защиты конституций от непродуманных изменений, которые одновременно выступают юридической формой защиты фундаментальных конституционных ценностей, консервации закрепленных в основном законе страны политических и социально-экономических институтов, т. е. охраны того конституционного строя, который рассматривался как

¹ Штомпка П. Социология. Анализ современного общества / пер. с польск. С. М. Червонной. М. : Логос, 2005. С. 559.

² См.: Мамрашов Т. С. Современные тенденции эволюции форм государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2007. С. 14.

исторически справедливый и единственно правый при учреждении конституции. При этом принцип «стабильности» выдвигается независимо от времени принятия конституции, национально-правовых традиций, объема «нерушимых» конституционных норм, технического построения соответствующей юридической конструкции.

В частности, это наличие в системе охраны конституции механизмов, которые ограничивают возможности коренного реформирования или изменения ее положений о конструкции власти. *Юридической гарантией стабильности конституции, как известно, является особый порядок внесения в нее изменений и дополнений*, призванный обеспечить как стабильность, так и динамизм развития конституции. Чтобы избежать внесения неоправданных поправок в конституцию, применяется более или менее усложненный механизм ее изменений и дополнений, включая закрепление в национальных конституциях процедуры «жесткого» пересмотра.

Еще одним из механизмов придания стабильности национальной конституции является *наличие в ней так называемых неизменяемых норм*, т. е. норм, которые устанавливают пределы возможного изменения основного закона. Тем самым если ряд конституционных положений могут быть изменены и дополнены в установленном основным законом порядке, то отдельные принципиальные, особо значимые предписания вообще не подлежат изменению. Так, согласно ч. 4 ст. 89 Конституции Франции, «республиканская форма правления не может быть предметом пересмотра». Согласно ст. 91 Конституции Казахстана, «установленные Конституцией унитарность и территориальная целостность государства, форма правления Республики не могут быть изменены». Наличие указанных конституционных механизмов означает, что частичный пересмотр конституции не влечет изменения формы правления. Конституция Габона 1991 г. устанавливает: «Республиканская форма правления Государства, так же как и плюралистический характер демократии, являются незыблемыми и не могут послужить предметом для осуществления каких-либо изменений» (ст. 117).

Изменения формы правления вне пересмотра конституции. Динамизм конституции и динамизм формы правления – явления совместимые. Однако эта конституционная максима в действительности далеко не всегда соблюдается. Очевидно, что если бы это было так, то дихотомия «юридическая – фактическая конституция» имела бы гипотетические формы проявления. Конституционная практика указывает на то, что способы изменения формы правления вне пересмотра конституции в разных странах могут быть различными. Так, в США

официальное толкование норм федеральной Конституции расширяет полномочия конституционных органов власти, прежде всего главы государства. Из этой практики высшего судебного органа родилось понятие «резервные полномочия Президента США».

В европейских странах романской ветви права (Испания, Италия, Франция) этим целям служат не только периодически вносимые в основные законы поправки, но и использование такого конституционного механизма, как принятие органических законов.

В странах с неустойчивыми конституционными традициями чаще всего применяется практика расширения объема полномочий ключевых институтов власти путем текущего законодательства, прежде всего внесением изменений в законодательство о статусе высших органов государства. Это не касается принятия упомянутых органических законов, поскольку их издание предусмотрено бланкетными нормами национальных конституций (Франция, Испания, Италия, Греция и др.; например, ст.ст. 6, 23, 34, 46 Конституции Франции).

Таким образом, стабильность конституции, как и ее динамизм, находится в прямой зависимости с феноменами стабильности и динамизма формы государственного правления. В то же время подвижки в содержании конституции не всегда сопряжены с динамикой формы правления, которая нередко оказывается нейтральной к тем или иным конституционным процессам. Более того, социально оправданные изменения в конституционном тексте нередко не вызывают соответствующих изменений в форме правления, но способствуют ее сохранению и укреплению. Точно так же консервация конституционных институтов не всегда способствует стабильности формы правления. Под влиянием иных факторов, не связанных с изменением конституционного текста, форма правления может изменяться. В любом случае изменения в конституции должны следовать за изменениями в форме правления.

Таким образом, стабильность формы правления не обязательно обусловлена стабильностью юридической конституции. Всякие ее изменения, помимо установленного порядка пересмотра, вносят дисбаланс в статус высших органов государства, что неизменно влечет трансформацию и в форме правления.

*§ 10.4. Конституционные реформы и протестные акции
как способ преобразования (коррекции) формы правления
в современной практике зарубежных стран*

Проблема эта не изучена. Между тем конституционная реальность целого ряда стран свидетельствует о том, что данный способ и в современных условиях не является редкостью. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что география использования данного способа преобразования или коррекции формы правления имеет достаточно широкое распространение. Так, в 60–80 годы XX в. стихийные выступления населения в странах африканского континента приводили к тому, что форма правления в некоторых из них в течение не продолжительного времени изменялась по несколько раз (военные путчи и перевороты в отдельных странах не принимаются в расчет). В тех странах, где существующая форма правления способствует консервации неконституционных режимов, подобный способ реформирования государственного устройства, что называется, запрограммирован. Именно это и произошло в 2007 г. в Непале, сохранившем так называемую индуистскую монархию (насчитывающую более 240 лет), при которой глава государства наделялся неограниченными полномочиями. В 2006 г. недовольство народа авторитарными методами управления страной и любовью королевского двора к роскоши выплеснулось на улицы. Переходная Конституция Непала от 15 января 2007 г. установила, что Непал является независимым неделимым суверенным светским федеративным демократическим республиканским государством. Главой государства, согласно Конституции (ст. 36, «а»), является Президент, избираемый Учредительным собранием на основе политического консенсуса (ст. 36, «в»). Конституция учредила Совет министров и Законодательное собрание¹.

Причины, вызвавшие в 2007 г. сложный конституционный кризис в Кыргызстане, кроются не только в личности главы государства, но и в самой системе правления. Протестные акции и народные волнения ускорили процесс смены формы правления. Одобренная на референдуме 27 июня 2010 г. Конституция Кыргызской Республики в ст. 1 декларирует, что Кыргызская Республика (Кыргызстан) является суверенным демократическим правовым светским унитарным социальным государством.

Имеющие несколько иные основания, но все те же протестные акции, происходившие в странах Арабского Востока, если не привели, то, во всяком случае, способствовали трансформации формы правления в ряде этих стран.

¹ См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 531.

§ 11. Государственный режим как категория конституционного права: понятие и разновидности

Если форма правления есть модель организации высшей государственной (верховной) власти, конституционная схема расположения высших органов государства в системе разделения властей (в государственном механизме), то государственный режим характеризует реальное поведение высших структур власти, динамику их взаимоотношений, применяемые властные ресурсы, определенные компетенционными нормами. Государственный режим в этом (конституционном смысле) есть реально формирующаяся в контексте заданной формы правления, а также политических процессов конституционная практика взаимодействия (поведения) высших органов государства; есть система конституционных взаимоотношений, принявшая устойчивый характер. При таком подходе государственный режим рассматривается как отдельная категория, отличающаяся от политического режима – системы приемов, методов, форм, способов осуществления политической власти.

Связанность государственного режима формой государственного правления есть конституционный императив, которым публичные власти не могут пренебречь. С этой точки зрения, несмотря на «динамический» характер государственного режима, он не свободен от конституционно установленной модели поведения, можно сказать, жестко привязан к ней, обусловлен ею. Освобождение от этой связанности приводит к тому, что государственный режим складывается вне конституционных правил. Именно по этой причине в реальной политической практике складывается несоответствие между юридической и фактической конституцией.

Связанность государственного режима формой государственного правления указывает на то, что определенным формам правления соответствуют и определенные модели государственного режима. Отсюда, к примеру, абсолютной монархии соответствует режим абсолютизма. Президентской форме правления в свою очередь соответствует президентарный режим. В некоторых демократически развитых странах с этой формой правления формируется дуалистический режим, отрицающий жесткое противостояние законодательной и исполнительной властей. Такой режим, в частности, характерен для США и не специфичен для многих других президентских республик. Как разновидность государственного режима в указанном смысле предлагается использовать понятие парламентаризма – режима, при котором обеспечено не только юридическое, но и фактическое верхо-

венство высшего представительного учреждения, подчиненность и подконтрольность ему правительства. Подобный тип государственно-го режима присущ североевропейским государствам – Швеции, Норвегии, Финляндии, в определенной мере Италии, а также группе восточноевропейских стран – Чехии, Словакии, Австрии и др. В странах с парламентским правлением, где сложились устойчивые двухпартийные системы, с традиционно сильным институтом главы исполнительной власти формируется премьер-министериальный, министриальный государственный режим. К этому типу стран можно отнести Индию, Израиль и др.

В то же время в связке «государственный режим – форма правления» при определенных обстоятельствах (внутреннего и внешнего характера, политического и иного характера) в качестве доминирующего фактора и в современных условиях может выступать государственный режим. Посредством конституционных и неконституционных мер такой режим приспособливает модель власти «под себя», придавая институтам, его осуществляющим, видимый характер легитимности.

Исследователи обращают внимание на то, что в государствах бывшего Союза ССР сложившийся государственный режим следует квалифицировать как партократический: означает, что в условиях монопольного правления одной партии (однопартийной системы), имитационного разделения властей адекватность формы правления и государственного режима приобретает декоративный характер. В специальной литературе много пишут и о так называемом «персоналистском» государственном режиме¹.

Между формой правления и государственным режимом не всегда, как это может показаться, складываются однолинейные зависимости. Вследствие целого ряда обстоятельств, среди которых главным является расхождение между фактической и юридической конституцией, возможны и иные зависимости. Так, президентарный государственный режим возможен при формально отсутствующей президентской модели организации власти.

¹ См.: Краснов М. Персоналистский режим. М., 2005.

Глава 9. ГОСУДАРСТВЕННО-ТЕРРИТОРИАЛЬНОЕ УСТРОЙСТВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

§ 1. Понятие, конституционные признаки и разновидности форм государственно-территориального устройства

В отличие от понятия формы правления, характеризующего распределение власти «по горизонтали», понятие *«государственно-территориальное устройство»* (*«государственно-территориальная организация»*) отражает распределение государственной власти «по вертикали», или взаимоотношения (государственно-правовые связи) между центральной властью и составными частями государства. Государственно-территориальное устройство – субстантивный компонент государственного строя, и уже поэтому его закрепление в национальной конституции, казалось бы, является обязательным. Однако конституционная практика изобилует национальными особенностями в этом вопросе. Конституции довольно большой группы государств (Дания, Испания, Нидерланды, Португалия, Финляндия, Франция, Габон) не содержат указания относительно конкретной формы территориальной организации государства. Как правило, к числу таких государств относятся унитарные государства или государства, которые принято относить к региональным. В этом случае форма государственно-территориального устройства определяется на основе толкования ряда взаимосвязанных норм конституции (см., например, ст.ст. 2 и 3 Основного закона Дании 1953 г.; ст.ст. 102–105 Конституции Греции 1975 г.). Противоположным примером является прямое указание в конституционном тексте формы территориальной организации страны, как это, к примеру, характерно для Конституции Португалии 1976 г. (ст. 6). По Конституции Монголии «Монголия по своему государственному устройству является унитарным государством» (ст. 2). Согласно ст. 1 Конституции Намибии 1990 г., «учреждается Республика Намибия как суверенное светское демократическое и унитарное государство, базирующееся на принципах демократии, верховенства законов и правосудия для всех».

Как правило, композиционно территориальная организация страны получает отражение в специальном разделе, главе конституции. Если конституция содержит указание относительно конкретной формы территориального устройства, то такая норма по общему правилу располагается во вводной части основного закона.

Из трех возможных форм (моделей) территориальной организации – федерации, унитарного государства и регионального – наиболее распространено унитарное государство.

С понятием государственно-территориального устройства связано понятие государственной территории или *территории государства* – составной части государства. В национальных конституциях данный элемент государства получает более или менее детальное конституционное закрепление. В частности, определяются: принадлежность территории народу (ст. 2 Конституции Ирландии 1937 г.), состав государственной территории (преамбула Основного закона ФРГ 1949 г.); принципы территориальной организации государства (ст.ст. 137–139 Конституции Испании); конституционные основания и процедуры изменения территории государства (часть 1 Конституции Индии), положения, относящиеся к разграничению предметов ведения и полномочий между центральной властью государства и его составными частями, что, прежде всего, специфично для федеративных и региональных государств, и пр.

§ 2. Унитаризм и унитарное государство: понятие, виды

Унитарное государство – это государство, составные части которого (области, губернии, графства) не обладают политической автономией (признаками государственного суверенитета). Конституционные признаки унитарного государства заключаются в следующем:

1) государство в лице центральной власти определяет административно-территориальное устройство страны (т. е. из каких административно-территориальных единиц состоит страна), правовой статус административно-территориальных единиц, предметы их ведения и полномочия, взаимоотношения с центральной властью, уровни (ступени) административно-территориального деления порядок формирования органов власти и их подконтрольность и др. Так, согласно Конституции Анголы губернатор провинции (наиболее крупного административно-территориального образования), назначаемый президентом «после консультации с премьер-министром», является представителем правительства в соответствующей области, занимается прямым управлением провинцией, обеспечивает нормальное функционирование местных административных органов, и подотчетен Правительству и Президенту Республики;

2) центральная власть осуществляет прямой или косвенный контроль за деятельностью органов государственной власти на местах. Конституционно закрепляется право на местное самоуправление.

В то же время существует закрепленное законом право центральной власти на вмешательство в дела местного самоуправления;

3) государство имеет единую конституцию и единую правовую систему; единое гражданство; единую систему высших органов государства (президент или монарх, парламент, правительство), единую судебную систему;

4) входящие в состав унитарного государства автономии не приобретают той степени политической автономии, которая характерна для регионального государства; юридически не влияет на тип (модель) государственно-территориального устройства государства пребывание в его составе территориальной автономии с признаками политической автономии. При этом центральная власть может предоставлять отдельные преимущества таким территориям, но при этом с унитарной государственностью «не расстается». Так, в состав КНР входят конституционно признаваемые автономии (всего 100), между тем как по всем перечисленным выше признакам Китай остается достаточно централизованным унитарным государством (притом, что в Конституции специальное указание на унитарный характер государства отсутствует). В состав Азербайджана на правах автономии входит Нахичеванская (Нахчыванская) автономная республика, имеющая свой законодательный орган (Али Меджлис) и исполнительный орган власти (Кабинет министров республики), институт высшего должностного лица. Тем не менее, согласно Конституции, «Азербайджанское государство – демократическая правовая светская унитарная республика» (ст. 1). Точно так же в составе Таджикистана находится Горно-Бадахшанская автономная область, имеющая свои органы законодательной и исполнительной власти (ч. 1 ст. 68). Конституция страны определила, что Республика Таджикистан – унитарное государство, его «территория неделима и неприкосновенна» (ст. 1)¹. Может быть, несколько сдержаннее проблема решена в Конституции Узбекистана. В состав данного государства входит Республика Каракалпакстан, объем полномочий и предметов ведения которой, согласно положениям главы XVII Конституции, даже больше, чем имеет субъект федеративного государства. Анализ конституционного текста обращает внимание на отсутствие в Основном законе специальных положений, определяющих конкретную форму государственно-территориального устройства страны. Случайно или намеренно конституционный зако-

¹ См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 747–780.

нодатель сохранил молчание по такому важнейшему вопросу конституционного устройства можно лишь предполагать. В то же время ст. 3 Конституции содержит положения, косвенно указывающие на принцип унитаризма, положенный в основу территориальной организации страны¹. В составе Украины находятся разностатусные территориальные образования, уже приобретшие черты, присущие региональному государству. Конституция страны между тем жестко придерживается принципа унитаризма.

Очевидно, что определенная мера (закон) централизации и децентрализации все же существует в отношении территориальной организации страны. Нарушение этой меры в какую-либо сторону всегда создает риски ослабления государственности и даже ее разрушения.

§ 3. Территориальная автономия

В современных условиях унитарное государство эволюционирует, соответственно в его составе появляются территориальные образования, наделяемые той или иной степенью автономии. Очевидно, что у государства, территориальная организация которого подвергнута той степени децентрализации, при которой существовавший прежде способ распределения власти «по вертикали» более не удовлетворяет устойчивому развитию государственности, появляется необходимость замены принципа унитаризма иным, более всего отвечающим сложившейся территориальной организации государства. В этой связи принципиально важно иметь представление о том, до какой степени может развиваться территориальная автономия в составе единого неделимого государства (не структурированного на относительно обособленные государственно-подобные образования). Понятно, что конституционная практика должна иметь достаточно ясные представления о том, в какой момент развивающаяся государственность требует усовершенствования территориального устройства страны.

В конституционном праве понятие автономии интерпретируется как предоставление любой части государства или части его какой-либо формы самостоятельности (Корсика во Франции, Иракский Курдистан). По общему правилу статус автономии определяется в национальной конституции. Так, в Конституции Финляндии специально оговаривается автономный статус Аландских островов (ст. 111).

¹ См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 747–780.

При этом в отдельных случаях автономия может обозначаться с использованием термина «республика», что указывает на признание за такими территориальными образованиями признаков государства (ст. 70 Конституции Узбекистана). Факторы включения в состав государственной территории автономий разнообразны. По Конституции Филиппин автономные регионы создаются в местностях с мусульманским населением, призваны отобразить отличия «в историческом и культурном наследии, экономической и социальной структуре» (ст. 10).

В конституционной теории все автономии по степени самостоятельности принято подразделять на следующие виды:

1) *политическая (законодательная)*. Существует в Северной Ирландии, на Корсике, Аландских островах (Финляндия), Азорских островах (Португалия), в Гренландии и на Фарерских островах (Дания) и др. Как правило, такая автономия формирует избираемый ее населением местный парламент (в Северной Ирландии нижняя палата избирается, а верхняя назначается британским парламентом), который формирует правительство территории. Представителем центрального правительства является назначенный губернатор (государственный комиссар на Фарерских островах и т. д.). При этом степень политической автономии различна. Так, Дания в отношении автономий сохраняет только контроль в сфере иностранных дел и обороны; Испания всеми органами власти осуществляет такой контроль (Конституционный суд, Счетная палата). С течением времени данная форма может эволюционировать, вплоть до полного отделения территории от государства, в которое она входила. Так, проведенный в 2008 г. референдум в Гренландии обозначил позицию населения как полное отделение от Дании. Сформированы высшие органы власти, введен государственный язык, отвечающий коренному населению. Попытку обособиться от Испании в 2017 г. предприняла Каталония; на референдуме население автономного сообщества однозначно высказалось за выход из состава испанского государства. Позиция Каталонии, однако, входила в противоречие с конституцией страны и большинство ее населения отрицательно отнеслось к сепаратистским настроениям каталонцев. Жесткая позиция государственных властей Испании нивелировала попытку Каталонии выхода из состава единого государства. По минованию определенного времени и сами каталонцы свой эмоциональный порыв оценили по государственному, или с позиции конституционности принятого ими решения о сецессии. В последнее время аналогичную попытку предпринимает Корсика, имеющая статус политической автономии в составе Франции;

2) *административная автономия*. Получила распространение в КНР, где национальные меньшинства составляют 8 % населения, но занимают 50–60 % территории страны. Закон КНР от 31 мая 1984 г. о национальной районной автономии предусмотрел создание трех видов автономных образований: автономный район, автономный округ, автономный уезд. Конституция установила, что национальная автономия «осуществляется в районах компактного проживания национальных меньшинств». В отличие от политической автономии властвование на подобных территориях не отличается от местного самоуправления, осуществляемого в обычных административно-территориальных единицах. Как следует из Конституции КНР, на таких территориях (в национальных автономиях) «создаются органы самоуправления, осуществляются автономные права» (ч. 2 ст. 4)¹. Согласно Конституции Республики Ангола 1992 г. в составе государственной территории «существуют местные автономии (п. «d» ст. 54); в стране существует административная децентрализация и передача полномочий, без ущерба единству правительственных и административных действий (п. «e» ст. 54).

Наличие автономий в составе унитарного государства – это сигнал государственной власти о том, что к таким образованиям она не может подходить с общими стандартами. Тем более, это относится к так называемым политическим автономиям, которые одновременно децентрализуют государство, внося в него элементы регионализма и даже преобразуя его в региональное или федеративное государство

§ 4. Регионализм и региональное государство.

Конституционные механизмы противодействия сепаратизму

Наличие в составе государства множества территориальных автономий указывает на то, что классическая модель унитарного государства не позволяет с достаточной полнотой отобразить его (государства) территориальную структуру. Этой цели отвечает конструкция регионального государства (часто обозначаемое как регионалистское государство). Начиная со второй половины XX в. наблюдается появление уникальной формы территориальной организации государства, сочетающей в себе одновременно черты и унитарного, и федеративного государства. Региональное государство – это государство, в котором его составным частям в значительной степени осуществлена передача полномочий от центра. Можно сказать, что региональное

¹ См.: Конституции государств Азии. В 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан.

государство является следствием эволюционировавшей автономии. Это своего рода промежуточный тип государственно-территориального устройства. Такое государство, приобретая некоторые черты федерализма, существенно отличается от унитарных государств, занимая промежуточное место между этим и федеративным государством. Региональное государство обеспечивает перераспределение многих полномочий в пользу административно-территориальных единиц высшего уровня; имеет территориальные единицы с автономным статусом или национально-территориальные единицы, наделенные полномочиями, близкими к субъектам федерации.

Считается, что первоначальным фактором, способствующим регионализации унитарных государств является экономический – формирование экономических рынков, несовпадение экономических интересов территориальных единиц с интересами государства в целом, движение капитала за пределы территориальных единиц. Недовольство территориальных единиц государства порождает необходимость в обеспечении сохранения целостности государства при поддержании его этнического, культурного многообразия. В качестве одного из способов поддержания целостности государства используется наделение территориальных единиц полномочиями в определенных областях. При передаче значимых государственных функций территориальным единицам это может привести к появлению в составе государства сильной автономии, способной подорвать суверенитет государства.

Феномен регионализации оправданно связывать и проявлением фактора глобализации. По этой версии государству становится все труднее справляться с рядом своих функций, прежде всего социальной, оно вынуждено делиться властью как с наднациональными структурами, так и собственными территориальными единицами, в первую очередь крупными.

Регионализация государства проходит в несколько этапов¹: на первом этапе государство наделяет территории определенными полномочиями, чтобы подавить их недовольство, но при этом сохранить монополию управления в руках центральной власти; политические функции государства на данном этапе принадлежат центральной власти; на втором этапе происходит складывание нации на данной территории – появление общенационального языка, культурных ценностей, полномочия в сфере культуры переходят из центра к территориальным единицам, происходит сплочение народа, проживающего на данной территории, что приводит к росту требований, а затем усилению властных полномочий. Постепенно политические функции государства переходят к территориальным единицам, усиливая децентрализацию власти. Чем больше функций государство передает своим территориальным образованиям, тем сильнее становится автономия, тем радикальнее становится форма регионализации.

Существует несколько форм регионализма. Умеренная форма предполагает сохранение относительной автономии в рамках законодательства государства, радикальная – изменение автономии на законодательной основе в сторону ее усиления. Наиболее радикальной, экстремальной формой регионализма является сепаратизм – социально-политическое движение, направленное на выход территории из

¹ См.: Гоптарева И. Б. Федеральная государственность и проблема регионализации: политико-правовой аспект // Право и политика. – 2005. – № 9. – С. 4.

состава государства с целью создания нового государства или присоединения к другому государству.

Таким образом, регионализм является промежуточной формой государственно-территориального устройства, формирующейся в унитарном государстве в результате социально-культурных, политических движений территориальных образований государства, направленных на получение самостоятельности в решении определенных вопросов. При предоставлении таким территориальным образованиям значительных политических полномочий возможно появление стремления к обособлению и перерастание процесса регионализации в форму сепаратизма.

В современных условиях процессы регионализации опережают процессы федерализации. Они затронули ряд европейских государств, в частности Францию, а после признания воеводств в 2001 г. самоуправляемыми территориями – Польшу и другие страны. Как уже отмечалось, крайней формой проявления регионализации является сепаратизм. В новейшее время это в особенности остро проявилось в одном из автономных образования Королевства Испания – Каталонии.

Новая волна движений, направленных на выход из состава Испании, связана именно с желанием обретения финансовой автономии, которую Испания предоставить отказалась¹. Масштабные акции протеста за независимость Каталонии прошли 11 июля, 23 августа 2010 г.; 27 сентября 2012 г. Каталония провозгласила проведение референдума 9 ноября 2014 г. о провозглашении независимости². 23 января 2013 г. Каталония провозгласила себя суверенным политическим и правовым субъектом³. Декларация несколько раз приостанавливалась Конституционным судом Испании: вначале на 5 месяцев⁴, затем на неопределенный срок⁵, а впоследствии была признана не соответствующей Основному закону страны⁶.

Массовые акции в поддержку независимости продолжились 11 сентября 2013 г. и 2014 г. – в День борьбы Каталонии за свои права⁷. В этот день в 2014 году был проведен опрос населения, который показал, что около 81 % – за независимость Каталонии⁸.

¹ Frederic Berard, Stephane Beaulac. The Law of Independence: Quebec, Montenegro, Kosovo, Scotland, Catalonia // Butterworths (Canada) Limited, 2017. P. 94.

² Резолюция 17/X парламента Каталонии от 27 сентября 2012 г. о начале диалога с правительством Испании о возможности проведения опроса о будущем Каталонии // Официальный бюллетень парламента Каталонии. – 2013. – № 4.

³ Резолюция 5/X от 23 января 2013 г. // Официальный бюллетень парламента Каталонии. – 2013.

⁴ Оспаривание Постановлений АС № 1389/2013 и Резолюции 5/X парламента Каталонии // ОГБ. – 2013. – № 112.

⁵ Постановление Конституционного суда Испании от 11 июля 2013 г. № 156/2013 // ОГБ. – 2013. – № 167.

⁶ Gillespie R., Gray C. Contesting Spain? The Dynamics of Nationalist Movements in Catalonia and the Basque Country // Routledge; 1 edition, 2015. P. 29.

⁷ Xavier Cuadras Morato. Catalonia: A New Independent State in Europe?: A Debate on Secession within the European Union // Routledge, 2016. P. 218.

⁸ Benjamin Haspel. Nou Estat D'europa: Catalonia's Quest for Independence // Pennsyl-

27 сентября 2014 г. сторонники независимости получили большинство на выборах в местный парламент Каталонии и вновь объявили о проведении референдума по вопросу независимости от Испании, закон о проведении которого был отменен Конституционным судом Испании уже 30 сентября¹.

Проведение нового референдума было назначено на 1 октября 2017 г. Несмотря на усилия властей Испании для предотвращения проведения референдума, угрозы тюремного заключения политиков, призывающих участвовать в референдуме, объявление проведения референдума незаконным Конституционным судом Испании, референдум все-таки состоялся. За независимость проголосовали 90,18 % при явке 43,03 %. 27 октября 2017 г. была объявлена независимость региона. Тогда власти Испании утвердили возможность применения ст. 155 Конституции Испании, по установленной процедуре был распущен парламент и правительство автономии, введено прямое правление и назначены новые выборы 21 декабря 2017 г., по результатам которых победила партия, отстаивающая территориальную целостность Испании (в то же время партиям, выступающим за независимость Каталонии, удалось получить абсолютное большинство – 70 мест из 135)².

Угрозы центральных властей Испании были приведены в исполнение: 3 ноября 2017 г. политическим лидерам борьбы за независимость Каталонии были предъявлены обвинения в мятеже, организации восстания и незаконном расходовании государственных средств, в связи с чем они были арестованы. Президент Женеалитата Каталонии К. Пучдемон покинул Каталонию, скрывшись в Брюсселе; в последующем и ему были предъявлены обвинения. Согласно ст. 155 Конституции Испании, прямое правление в Каталонии продолжилось до назначения нового главы правительства в установленном законом порядке³.

Отчасти, хотя, может быть, менее радикально, проявления сепаратизма наблюдаются в Новой Каледонии, где еще в 1988 г. был проведен референдум по ее самоопределению, на котором только 36,9 % высказались за независимость. В настоящее время движение в сторону самоопределения приобрели новые очертания: 19 марта 2018 г. Конгресс Новой Каледонии утвердил решение о проведении нового референдума за независимость от Франции, который намечен на 4 ноября 2018 г. Предполагается, что при достаточной явке и одобрении независимости Новой Каледонии может быть принята Декларация независимости; в этом случае судьба автономии будет поставлена в зависимость как от решения Совета Безопасности (при рассмотрении вопроса на Генеральной Ассамблее требуется признание Новой Каледонии 2/3 государств – членов ООН), так и от публичных властей Франции.

Таким образом, сепаратизм как наиболее радикальная форма регионализации государственно-территориального устройства, выражающаяся в политических движениях с целью выхода из состава государства, достаточно распространен в современном мире даже в самых «благополучных его регионах как в форме ирредентизма, предполагающего присоединение к соседнему государству, более близкому с точки зрения культуры, так и в форме сецессии – выхода из состава государства и образования нового государства. При этом во

vania State University, 2017. P. 36.

¹ John H. Elliott. Scots and Catalans: Union and Disunion // Yale University Press, 2018. P. 28.

² George Kerevan. Catalonia Reborn: How Catalonia Took on the Corrupt Spanish State and the Legacy of Franco // Luath Press Limited, 2018. P. 164.

³ Eric Thomsen. Catalonia – Way to Conflict // Vesternas, 2018. P. 563.

всех случаях проблема выхода из состава государства заключается в сложности признания законности таких изменений¹.

По конструкции власти региональное государство во многом сходно с федеративным, что проявляется: а) в наделении наиболее крупного территориального образования в составе государственной территории правом законодательствовать. Так, согласно конституции Италии области могут издавать законодательные акты по вопросам градостроительства, организации ведомств областного подчинения, сельского и жилого хозяйства (всего по 18 позициям); б) предоставлении территориальному образованию финансовой автономии; в) наличии в составе территории государства автономии, причем в тех случаях, когда территориальное образование характеризуется многонациональным составом населения, образуется политическая (законодательная) автономия (Шотландия – в Великобритании, Гренландия – в Дании, Аландские острова – в Финляндии и др.). Статус такой автономии сходен с правовым статусом субъекта федерации. В то же время региональное государство отлично от федеративного. Федеративное устройство предполагает множественность носителей власти (правительств) в то время как при децентрализации единственный источник власти остается сосредоточенным на общегосударственном уровне. Власть оказывается разделенной только между территориальными образованиями различных уровней.

¹ В специальной литературе обращается внимание на следующие условия признания сепарации законной: возможность сепарации установлена национальной конституцией; необходимость деколонизации народа; аннексия территории после 1945 г.; государство нарушает принцип равноправия и право народов на самоопределение; взаимное согласие государства и территориальной единицы, а также грубое, дискриминационное, продолжительное нарушение прав человека и основных свобод, эксплуатация одной социальной группы другой.

Односторонний выход из состава государства, как это следует из сложившейся практики, зависит от нескольких обстоятельств: 1) народ должен выразить желание на выход из состава государства на референдуме; кроме того, такое решение не должно быть двусмысленным и должно быть легитимировано на основе международной практики, судебных прецедентах. Однако это не является решающим фактором для отделения от государства; 2) данная территория должна обладать достаточными силами и средствами для выхода из состава государства, причем они должны превышать силы самого государства, которое в свою очередь стремится к сохранению суверенитета и территориальной целостности; 3) выход из состава государства и образование нового должны быть признаны ведущими мировыми державами (см. об этом: Aleksandar Pavkovic. *Identity, Self-Determination and Secession* // Routledge, 2018. P. 46.; Milena Sterio. *Secession in International Law: A New Framework* // Edward Elgar Publishing, Incorporated, 2018. P. 143; *Conclusions and Recommendations of the Regional Conference of the Commonwealth of Independent States* // *Secession and International Law*. P. 261.

Особенность *регионального государства* в том, что по степени децентрализации (декоцентрации) это государство, которое еще нельзя отнести к федерации, но по своему конституционному своеобразию, взаимоотношению центральной власти и регионов, конституционной ментальности населения этих территорий это уже не унитарное государство. В таком государстве, как и в федеративном, действуют две системы публичных властей – на общегосударственном уровне и на уровне отдельных территорий. Так, в Италии на общегосударственном уровне есть парламент, президент, правительство, на областном уровне – законодательные собрания и джунты (областное правительство). В Испании на общегосударственном уровне – Генеральные Кортесы (парламент), Король, правительство; на уровне автономных сообществ также сформированы органы государственной власти – представительные и исполнительные. В Демократической Республике Конго общенациональными органами власти являются президент, парламент правительство; на уровне провинций – областные собрания – «директивный орган провинции», который принимает решения в рамках полномочий, предоставленных провинции, и контролирует Областное правительство, областные и местные государственные службы. Путем издания указов осуществляет свою законодательную власть» (ст. 197). В свою очередь Областное правительство состоит из Губернатора, вице-губернатора и областных министров (ст. 198).

В региональных государствах верхняя палата парламента формируется подобно верхней палате федеративного государства. Так, согласно ст. 57 Конституции Италии сенат республики избирается на базе областей. В Испании сенат является палатой территориального представительства (ст. 69 Конституции 1978 г.). По Конституции Демократической Республики Конго «сенаторы представляют свои области» (при том, что «их мандат является национальным»). Они избираются «на второй степени выборов Собраниями провинций» (ст. 105).

В некоторых случаях региональным образованиям предоставлено право участвовать в законодательном процессе на общегосударственном уровне (ст. 75 Конституции Италии 1947 г.). Очевидно, что формирование регионального государства имеет свои закономерности. При этом понятно, что такая форма территориальной организации не может быть декретирована «сверху». Можно предположить, что вызревание региональной государственности происходит эволюционно, имеет свои этапы восхождения и отказа от прежних устаревших форм устройства. Процесс эволюции не может оставаться «незамеченным» государственной властью, не рискующей породить сложные конституционные риски. Важно, чтобы симптомы регионализма, уже зая-

вившие о себе, получали конституционное признание. При этом неважно то, что само понятие регионального государства не присутствует в конституционном акте. Более значимой является закрепление в нем конструкции власти, способа распределения полномочий между разными ее уровнями и др. Отмеченное обстоятельство не всегда верно оценивается в специальной, даже компетентной литературе.

Так, распространенным является вывод о том, что Демократическая Республика Конго – «унитарное децентрализованное государство»¹. Это ошибочный взгляд, не соответствующий реалиям. ДРК – региональное государство, значительно тяготеющее к федеративному устройству. Так, часть 7 Конституции 2006 г. «О государственных учреждениях» содержит главу II «О провинциях», включающую две части: «О политических институтах провинций» (ст.ст. 195–200) и «О распределении полномочий между центральной властью и провинциями» (ст.ст. 201–206). Соответствующие положения Конституции определяют исключительную сферу деятельности центральной власти и провинций, а также зону конкуренции между двумя эшелонами государственной власти. Для обеспечения согласия между самими провинциями, с одной стороны, и центральной властью – с другой была основана *Конференция Губернаторов*, на которой председательствует глава государства и роль которой – служить совещательным органом для двух государственных инстанций. Согласно Конституции институтами провинций являются: 1) Областные собрания; 2) Областные правительства. Провинции (наиболее крупные территориальные образования страны) основаны в соответствии с принципами, изложенными в ст. 3 Конституции. Территориальное разделение внутри провинций определено органическим законом. Таким образом, налицо конституционно формирующееся региональное государство².

§ 5. Федерализм и федеративное государство: понятие, конституционные признаки, виды.

Способы разграничения компетенции в федеративном государстве.

Институт федерального принуждения

Федерация – это сложное государство, составные части которого обладают политической автономией (признаками государственного суверенитета). Как форма территориального устройства государства федерация менее распространена в сравнении с унитарной формой. В современном мире 1/9 часть государств (24 государства) являются федеративными. Однако они занимают значительную часть территории и населения. После Второй мировой войны число федеративных государств возросло в 3 раза, хотя в конце XX в. несколько федераций распались (Индонезия, Ливия, Уганда, СССР, ЧССР, СФРЮ). В то же время возникли новые – Аргентинская Республика (1989), Бельгия (1993), Эфиопия (1994), Ирак (2005), Республика Судан (2006).

Федеративные государства образуются следующими способами: в результате договора между независимыми субъектами о создании

¹ См., Политические системы современных государств : Энциклопедический словарь: в 4 т. Т. 4. Африка. С. 432.

² Червонюк В. И., Гасанов К. К., Хазов Е. Н. Конституционное право зарубежных государств : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015. С. 329–330, 353–354.

нового государства с превращением участников договора в субъектов федерации. Именно так 13 американских штатов, отстаивающих независимость от британской короны, договорились о создании нового государства – США; путем присоединения к государству новых территорий и наделения их правами субъектов федерации. В частности, к США присоединены путем завоевания Техас, покупки – Луизиана и Аляска; в результате повышения статуса прежних региональных образований и превращения их в субъекты федерации (края, области, города федерального значения – в Российской Федерации); путем эволюции конфедерации в федеративное государство с превращением независимых государств в субъекты федерации (объединение семи княжеств Персидского залива в представлявших прежде конфедеративную форму в федерацию – Объединенные Арабские Эмираты).

Исходя из природы федерации можно выделить следующие две группы ее признаков.. *Первая группа признаков* указывает на то, что федеративное государство отлично от унитарного (наличие двух уровней власти, двух систем права и др.); *вторая* – что федерация, несмотря на свою специфику, – государство целостное, единое и неделимое, обладающее суверенитетом и непререкаемой властью на территории. С этим связано конституционное непризнание за субъектами федерации суверенитета, запрет сепарации, верховенства федерального права и др.

В зависимости от того, какой принцип положен в основу образования субъекта федерации – национальный, территориальный или смешанный, различают: *территориальные федерации* (США, ФРГ, Республика Судан, Бельгия, Эфиопия) и *национально-территориальные федерации* (Индия). Критерии однородности субъектов федерации с точки зрения их государственно-правовой природы и различий в статусе позволяют выделить федерацию *симметричную* – с однопорядковыми субъектами и объемом полномочий (Австрия) и *асимметричную* – наличие в составе федерации, кроме субъектов, и других территориальных образований (федеральные территории – в США, Мексике, Австралии, Бразилия).

В зависимости от правового способа закрепления федеративного союза, т. е. в зависимости от вида (формы) правового акта, учредившего федерацию, принято выделять *договорную* – федерацию, образованную «снизу», и *конституционную, или законодательную*. Последняя образуется актом центральной верховной власти. Применительно к объему компетенции федеральных и региональных органов власти, характеру взаимосвязей федерального центра и субъектов фе-

дерации различают две модели: *централизованную* (ФРГ, Индия и др.) и *децентрализованную, дуалистическую* (Канада, Бельгия, США). Если применительно к первой компетенция федерации расширяется, то в федерациях, тяготеющих к децентрализации, напротив, акцент сделан на праве субъектов (Канада, Бельгия).

§ 6. Федерация и конфедерация. Квазиконфедерация

Конфедерация – это союз суверенных государств, созданных для достижения определенных целей (политических, военных, экономических). Имея сходство с федерацией, конфедерация, вместе с тем, существенно отличается от нее. Ее сущностные отличительные особенности:

1) *правовой основой образования конфедерации является международно-правовой договор*. Это обстоятельство является основным государственно-правовым критерием для характеристики того или иного государственного образования в качестве конфедерации;

2) *конфедерация – это временное межгосударственное образование, которое распадается после достижения тех целей, ради которых оно было учреждено*;

3) *государства – члены конфедерации в полном объеме сохраняют за собой суверенитет*, а значит, субъекты конфедерации обладают правом сепарации; им принадлежит право нуллификации, или отказа в признании, а равно и применении актов союзной власти; они имеют право устанавливать таможенные и иные ограничения, препятствующие передвижению лиц, товаров, услуг и капиталов;

4) *в конфедерации создаются наднациональные государственные органы* (те из них, которые необходимы для осуществления задач, особо выделенных в договорных актах). Отсутствуют судебные органы, ограничен круг исполнительных органов власти. Парламент конфедерации формируется представительными органами государств-членов. Создаваемые на постоянной основе государственные органы конфедерации лишены властных полномочий. Акты конфедеративной власти имеют существенную специфику: они не содержат норм прямого действия и адресуются не гражданам, а органам власти государств – членов конфедерации; механизм обеспечения таких норм сходен с механизмом действия международно-правовых норм.

Считается, что в настоящее время конфедераций в мире нет. В то же время конфедеративные элементы присутствуют у ряда союзов, к примеру Британского содружества, СНГ, ЕАЭС. В определенной мере к конфедерации можно отнести Европейский союз, такие сообщества, как Бенилюкс, Асеан, Карибское сообщество.

Квазиконфедерация – это более тесный союз в сравнении с конфедерацией и менее тесный, чем федерация; союз между неравными частями (часто географически удаленными друг от друга). Такие отношения существуют между метрополией и бывшими колониями, сохранившими экономическую и государственно-правовую связь с первыми и в то же время настаивающими на собственном суверенитете. Иногда такой союз образуется вследствие исторических традиций, например Дания и Фарерские острова (находящиеся в океане и по другую сторону Атлантики), Гренландия; Голландия и Нидерландские Антильские острова (Кюрасао, Бракайро – в Карибском море); США и Пуэрто-Рико (ассоциированное государство); Великобритания и острова Пролива, остров Мэн (имеют свои парламенты и вековую государственность).

К условиям такого союза относятся: а) наличие одного из сильных государств, к которому тяготеет иное государственное образование; б) добровольность такого союза; в) большая эффективность такой политико-правовой связи в сравнении с другими формами.

Является ли такая форма образований предпочтительнее единого государства? Очевидно, нет. В то же время бесконечное дробление когда-то единого государства на составляющие не является позитивным. В этой связи логично и предположение о возможности применения такой формы государственно-территориального устройства к тем государствам, где из-за проблемы сохранения государственной целостности сохраняется сильная напряженность и даже проливается кровь, гибнут мирные люди, совершаются террористические акты. Очевидно, что при определенных обстоятельствах это могло бы коснуться целой группы государств, в том числе некоторых из бывших республик Союза ССР.

§ 7. Конституционный статус нетипичных территориальных образований. Переходные формы территориального устройства

Наряду с симметричным государственно-территориальным устройством территориальная организация ряда государств характеризуется асимметричным устройством. В федеративных государствах – это так называемые *федеральные территории* – части федерации, имеющие особый статус в сравнении с субъектами федерации (Австралия, Венесуэла, Индия и др.). Это особые территориальные образования, не имеющие права принимать законы. Они управляются в основном из центра федеральными органами или назначенными чиновниками; могут наделяться ограниченными правами самоуправления, т. е. иметь различные формы автономии. Население федеральной территории участвует в формировании парламента страны.

Столичные округа. Это специальные политико-территориальные единицы, место пребывания правительства страны и расположения столицы. Чаще всего образуются в федеративных государствах и именуются *федеральным округом* (США, Австралия, Мексика). В основе разработанной в США концепции создания федерального округа опасения законодателей, что штат, в котором расположена столица, получает таким образом преимущества.

Не все столицы государств имеют особый статус и выделяются в особые столичные округа. Особенность в том, что столичные округа характеризуются меньшей степенью самостоятельности, чем другие субъекты федерации или политико-территориальные единицы (в США Колумбия в отличие от штатов не имеет законодательных прав, обладает ограниченными правами самоуправления; права участия в выборах добились только в 1961 г. при внесении соответствующей поправки). В федеративных государствах столичные (федеральные) округа находятся в центральном подчинении. Сходная ситуация и в унитарных государствах. К примеру, Париж – это и департамент, и община.

Особый статус имеют создаваемые в ряде стран *специальные округа* – специализированные территориальные подразделения, созданные для управления отдельными вопросами. Это судебные, школьные, полицейские, больничные и др. (США). Во Франции они именуются территориальными коллективами. Являются сугубо административными, т. е. управляются сверху, или политико-территориальные, либо политико-административными, т.е. самоуправляемыми. Их границы не совпадают с границами территориальных образований.

Зависимые территории – территории, которые не являются полностью самостоятельными, имеют ограничения в статусе и отличающиеся передачей части или полностью управления какой-либо стране (обычно бывшей метрополией). Такой статус предоставляется бывшим колониям, обычно значительно удаленным от государства, патронирующего данную территорию (Соединенное Королевство, Дания, Нидерланды, Франция). Зависимость территории различна: от полной передачи метрополии до максимального самоуправления (кроме внешней политики и обороны). Так, в США жители заморских территорий не обладают правом участвовать в выборах Президента и Конгресса; имеют свои законодательные собрания, губернаторов, избираемых населением. Но решения законодательных органов требуют одобрения Конгресса. Принято выделять незаселенные территории (атоллы, военно-морские базы) и территории, имеющие постоянное население (т. е. населенные пункты). В Соединенном Королевстве различают две категории зависимых территорий: коронные земли с самостоятельным

управлением, не входящие в Европейский союз, но часть, объект британского законодательства (кроме вопросов жилищного, трудового законодательства), так называемые бейлевики (территория под управлением бейлифа – представителя короля); заморские территории. В США в статусе зависимых территорий, имеющих индивидуальный статус, выступают ассоциированные государства (Пуэрто-Рико).

Особая разновидность территориальных образований – *резервации* – территория, на которой проживают представители коренного населения (индейцы). Имеются органы самоуправления – племенные советы, наделенные ограниченными правами. В основном резервации управляются федеральными структурами. Существуют социальные программы федерации и штатов. Индейцы являются гражданами США, однако им предоставлены определенные преференции: отмена обязанностей уплаты налогов, участия в выборах органов власти федерального и регионального уровней¹. Во Франции – это малонаселенные или необитаемые острова, расположенные далеко от метрополии (Гвинея, Гваделупа, Мартиника, Ренюньон, а также острова – Валлис и Футюна, Французская Полинезия, Новая Каледония, французские Антарктические земли). Все они (кроме необитаемых Антарктических земель) по конституционной реформе 2003 г. получили статус территориальных коллективов.

¹ В других странах американского континента решение данной проблемы поднято на конституционный уровень. В частности, Конституция Гватемалы содержит специальный раздел третий «Индейские общины». Согласно бланкетной норме Конституции предусматривается, что «вопросы, относящиеся к этому разделу, решаются специальным законодательным актом». Кроме того, в ст. 66 («Защита этнических групп»), включенной в данный раздел Основного закона, констатируется, что «на территории Гватемалы проживают различные этнические группы, среди которых фигурируют индейские группы, которые свое происхождение ведут от индейцев майя». Конституция обязывает государство признавать, уважать и поддерживать «их стиль жизни, обычаи, традиции, социально-организационные формы, ношение индейских костюмов женщинами и мужчинами, языки и диалекты» (см.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 173).

РАЗДЕЛ III. ИНСТИТУТЫ ПРЯМОЙ ДЕМОКРАТИИ, ВЫБОРЫ, ОБЩЕНАЦИОНАЛЬНОЕ (НАРОДНОЕ) ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО. ИЗБИРАТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Глава 10. КОНСТИТУЦИОННЫЕ ИНСТИТУТЫ НЕПОСРЕДСТВЕННОЙ ДЕМОКРАТИИ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

§ 1. Народовластие и его конституционные формы. Народное (общенациональное) представительство и непосредственная демократия

Доктрина и практика конституционализма основывается на идее суверенитета народа: народ есть источник и одновременно носитель власти. Эта идея, пришедшая в новейшую конституционную историю из глубины веков, признается и закрепляется всеми конституционными системами. Принцип народного суверенитета имплицитно предполагает закрепление в национальных конституциях двух различающихся способами и формами волеизъявления форм осуществления народом государственной власти: представительной и непосредственной демократии.

Народное (общенациональное) представительство – это конституционная форма осуществления народовластия через представительные органы публичной власти и иные выборные органы. Это могут быть единоличные органы, избираемые на всеобщих выборах, а также органы, формируемые непрямыми выборами (вторичное представительство). Считается, что представительный способ осуществления власти имеет ряд преимуществ (обеспечивает представительство различных социальных и политических интересов, рациональность, оперативность и профессионализм деятельности и др.), но в то же время не исключает опасности узурпации власти, а также искажения воли представляемых.

Непосредственная демократия является высшим выражением народовластия и означает принятие обязательного и окончательного решения народом (его частью, например территориальным сообществом) или решающее участие в принятии соответствующими органами такого решения. Характерные черты непосредственной демократии: это одна из форм участия граждан в осуществлении народовластия. Право на участие в непосредственном волеизъявлении имеют определенные субъекты на основе гражданства, проживания на определенной территории, членства в трудовом коллективе или иных объединениях граждан; прямое волеизъявление не опосредуется какими-

либо органами, оно оформляется актами непосредственной демократии. Практически все современные демократические государства в качестве безусловно высших форм прямой демократии признают свободные выборы и референдум.

Императивные формы непосредственной демократии – референдум, плебисцит, выборы, отзыв, собрания граждан и другие формы *гражданских инициатив* – исключают опосредующее звено при принятии решения народом и являются важной формой его прямого правления. *Консультативные формы непосредственной демократии* – коллективные консультации (обсуждения), петиции, гражданские инициативы и некоторые другие представляют собой возможность участия народа (его части) в осуществлении государственной власти. Обе названные формы непосредственной демократии тесно связаны и дополняют друг друга, что способствует их эффективности.

Все формы прямой демократии институционализируют непосредственное властное волеизъявление обладателя государственной власти, выражают его суверенитет. Выделение этих форм прямого правления имеет объективный характер, они применимы в различных конституционных системах. Таким образом получает действительное воплощение высший принцип демократического строя: «правление народа, по воле народа и для народа».

§ 2. Референдум: понятие, виды, основания и процедуры проведения

В зарубежной конституционной практике и конституционной теории под референдумом понимается вынесенное народом обязательное решение, выраженное в законе или в действиях правительства; это голосование по вопросу общегосударственного или местного значения. Если посредством выборов формируются представительные органы власти и замещаются выборные должности, то референдум предназначен для непосредственного принятия избирателями решения, не требующего утверждения государственным или иным органом. Является универсальным институтом прямой демократии, хотя в сравнении с выборами в некоторых странах на общенациональном уровне применяется редко или эпизодично (Великобритания, Бельгия, Нидерланды, ФРГ, Россия).

Иногда плебисцитарным именуют также референдум, когда на голосование ставится вопрос о доверии государственному лидеру, о судьбе какой-либо территории.

По сфере применимости различают референдумы: на общегосударственном, региональном и местном уровнях (Италия, Швейцария и др.), на региональном и местном (США, Канада), центральном и местном (Беларусь). По предмету регулирования различают конституционные, законодательные, международно-правовые и административные референдумы. Основания для их проведения, как правило, определены в законодательстве. В частности, в ряде стран предусматривается обязательное вынесение на голосование любой поправки к конституции (Швейцария, Дания, Ирландия, 49 штатов США). По правовым последствиям референдумы подразделяют на *постановляющие*, когда принимаются общеобязательные решения, не требующие утверждения, и *консультативные*, не имеющие юридической силы. Однако, строго говоря, последние референдумом не являются, напоминая более всего плебисцит. По основаниям проведения различают референдумы: *обязательные* (их проведение прямо предусмотрено конституционной нормой или законом) и *консультативные* (проводятся инициативно, в том числе по усмотрению органа, правомочного назначить или не назначить проведение референдума, как это, к примеру, следует из ст. 141 Конституции Швейцарии). В последнем случае референдумы, проводимые по инициативе избирателей, путем сбора их подписей, в конституционной лексике именуются петиционными (ст. 75 Конституции Италии). Если референдумы применяются в законотворческом процессе, то их подразделяют на те, посредством которых законы принимаются или отменяется или приостанавливается их действие.

Порядок проведения референдума именуется *референдумным процессом*. *Предмет референдума* составляют вопросы (отдельный вопрос), подлежащие решению на референдуме. Формулировка предмета в бюллетене, именуемая формулой референдума, может быть двух видов: а) закрытой в режиме ответов «да» и «нет»; б) свободной, обозначаемой как народный выбор. В этом случае избирателю предлагается несколько вариантов решения вопроса, один из которых ему и надлежит выбрать.

Национальное законодательство редко определяет предмет референдума, но почти всегда обозначает временные и иные пределы его применения. Так, проведение референдума недопустимо в период действия чрезвычайного и военного положения и в течение 90 дней после их отмены, а также в течение 90 дней после проведения на той же территории выборов или другого референдума (Испания). Как правило, референдум не проводится в отношении законов о бюджете,

центральных налогах и сборах, по международным обязательствам страны (Венгрия). Запрещается в течение установленного срока повторное проведение референдума. Так, в Испании повторный референдум по одному и тому же вопросу можно провести не ранее чем через 3 года.

Законодательство страны определяет порядок проведения референдума. В частности, обозначаются субъекты выдвижения инициативы его проведения, устанавливается процедура признания референдума состоявшимся (не состоявшимся), определяется юридическая сила актов референдума и др. Устанавливаются процедуры подсчета голосов и установления результатов референдума, определяется юридическая сила решения, принятого на референдуме. Принятое на референдуме решение признается общеобязательным при условии, что референдум являлся постановляющим. При этом по юридической силе такие решения по общему правилу (обыкновенно) приравниваются к обычным законам. Но если предметом референдума являлись вопросы о принятии, изменении или отмене конституции, то такое решение по своей юридической силе превосходит силу обычных законов. Обусловлено это тем обстоятельством, что субъектом принятия решения на референдуме является исключительно народ, которому конституционно принадлежит учредительная власть.

§ 3. Народная законодательная инициатива и народное вето

Являясь разновидностями гражданских инициатив, обе эти формы прямой демократии в сравнении, прежде всего, с выборами и референдумом имеют иное конституционное значение. В частности, решение, принятое в ходе реализации права народной законодательной инициативы, не носит характера окончательного; обязательным является само решение инициировать данную процедуру. В отличие от референдума и выборов народная законодательная инициатива и народное вето не могут считаться универсальными формами непосредственной демократии. Возможность применения ее на общенациональном уровне предусматривается конституциями небольшой группы государств (Австрия, Испания, Италия, Швейцария, Филиппины и некоторые др.). К тому же фактическое ее применение остается эпизодическим явлением. Так, в Италии из небольшого числа народных законодательных инициатив принят только один закон по вопросу о предоставлении кредитов кооперативам.

В конституционно-правовом смысле *народная законодательная инициатива представляет собой право народа вносить законопро-*

екты в представительный орган власти (парламент) и/или предлагать законопроекты и вводить их в действие путем голосования, минуя представительные учреждения.

Конституционалисты обращают внимание на сходство народной законодательной инициативы с коллективной петицией, хотя справедливо отмечают, что последняя не влечет обязанности рассмотреть предложение, сформулированное в виде статей закона и принять по нему решение (В. В. Маклаков).

Порядок реализации народной инициативы в тех странах, где она допускается, урегулирован специальными законодательными актами.

Так, согласно ст. 71 Конституции Италии, «народ осуществляет законодательную инициативу путем внесения от имени не менее 50 тыс. избирателей законопроекта, составленного в форме статей закона». А в соответствии со ст. 75 Конституции Италии, «когда того требует пятьсот тысяч избирателей или пять областных советов, назначается референдум для отмены, полностью или частично, закона или акта, имеющего силу закона». В Бразилии 1 % избирателей от общего их числа правомочен инициировать процедуру законодательной инициативы путем сбора подписей; В Румынии таким правом наделены 250 тыс. избирателей (ч. 1 ст. 73 Конституции). Эффективно институт народно-законодательной инициативы действует в Швейцарии, в особенности на уровне небольших горных кантонов.

Согласно Конституции Колумбии (ст. 170), десятая часть граждан, внесенных в избирательные списки, вправе обращаться в избирательную организацию с просьбой о проведении референдума об отмене закона. При этом конституционно установлено, что закон отменяется, если за его отмену проголосовало более половины граждан, принявших участие в референдуме, при условии, что в нем приняла участие четвертая часть граждан, внесенных в избирательные списки. Конституция одновременно устанавливает и пределы народной законодательной инициативы. Соответственно «на референдум не выносятся законы об одобрении международных договоров, о принятии бюджета и касающиеся регулирования налоговых отношений»¹.

Конституционно устанавливаются и пределы народной законодательной инициативы. В Испании (ст. 87 Конституции) народная законодательная инициатива не может иметь места по вопросам, отнесенным к предмету регулирования органических законов, законов о налогообложении, международным отношениям и по вопросам помилования, а также планирования общей экономической деятельности. Конституционно или законодательно предусмотрены процедуры сбора подписей в поддержку законодательной инициативы и ее реализации. По общему правилу после проверки подписей в поддержку инициируемого законопроекта и их удостоверения (в том числе с точки зрения репрезентативности – по Конституции Бразилии избиратели – инициаторы закона должны представлять не менее 5 из 26 штатов) проект закона (или законодательное предложение) передается в парламент, где рассматривается по установленной регламентными нормами законодательной процедуре.

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 596.

Конституционной практике известно *народное вето (аброгативный референдум)* – наложение запрета на законопроект либо отмена полностью или частично принятого парламентом закона избирателями путем сбора подписей и последующего голосования на референдуме. Наиболее интенсивно применяется в Италии. Процедуры сходны с описанным выше институтом. Предусмотрен конституциями и законодательством 24 штатов США, применяется в ряде кантонов Швейцарии и земель ФРГ; закреплен в Конституции Италии и уставах большинства ее областей. В Италии примерно за 25 лет на общенациональном уровне состоялось 45 голосований по отмене положений принятых законов. Инициатива применения народного вето может исходить как от граждан (Италия, Швейцария), так и от депутатов (Дания).

§ 4. Отзыв депутатов и выборных должностных лиц и голосование на референдуме о досрочном прекращении полномочий

В конституционном праве отзыв квалифицируется как голосование лиц, уполномоченных наделять выборным мандатом то или иное лицо, по вопросу о досрочном лишении его полномочий.

Считается, что как элемент императивного мандата отзыв специфичен исключительно для социалистических стран, являясь формой ответственности перед избирателями (к примеру, ст. 77, ч. 2 ст. 102 Конституции КНР, ч. 2 ст. 79 и ч. 1 ст. 115 Конституции СРВ, принятой 28 ноября 2013 г.). В соответствии со ст. 47 Закона о выборах во Всекитайское собрание народных представителей и местные собрания народных представителей различных ступеней 1995 г. и Правилами выборов от Народно-освободительной армии Китая в ВСНП и местные собрания народных представителей от уездной ступени и выше 1996 г. отзыв депутатов, избранных прямыми выборами, производится путем прямого голосования избирателями соответствующего избирательного округа. Отзыв депутатов, избранных путем многостепенных выборов, производится большинством голосов депутатов собрания народных представителей, избравшего данного депутата, а в период между сессиями данного собрания народных представителей – большинством голосов членов его постоянного комитета. Решение об отзыве депутата доводится до сведения постоянного комитета СНП вышестоящей ступени. Отзываемый депутат имеет право присутствовать на заседании, где происходит его отзыв, и выразить в письменной форме свое мнение.

Однако, кроме КНР, отзыв имеет гораздо более широкое применение. При этом первоначально *отзыв* получил широкое распространение в конституциях некоторых кантонов Швейцарии, в последующем – в США. К примеру, в Калифорнии действует более 50 различных статутах об отзыве муниципальных чиновников и более 40 различных статутах об отзыве чиновников самоуправлений в сельских местностях. Всего на окружном и муниципальном уровнях отзыв так или иначе находит применение в 36 штатах. При помощи отзыва «народ» может снять с поста выборное должностное лицо (функционера) до истечения срока его полномочий, если тот не справляется с возложенными на него обязанностями или совершает поступок, свидетельствующий о том, что он не будет в будущем пользоваться доверием представляемой им группы или партии. Инициирование процедуры отзыва «функционера» возможно путем подачи петиции, под которой собрано необходимое по закону число подписей избирателей. При условии, что «функционер» отказывается сложить с себя обязанности в течение 5 дней после регистрации петиции, его фамилия вместе с фамилией выдвигаемого вместо него кандидата заносится в избирательный бюллетень для специальных выборов, которые должны состояться в течение 20-дневного срока¹.

Сфера применения отзыва в современной Швейцарии ограничивается несколькими кантонами, причем, кроме права отзыва отдельных функционеров (выборных должностных лиц, за исключением судей), там возможен и отзыв законодательных собраний в целом. Однако

¹ В литературе по конституционному праву данные обстоятельства зачастую не учитываются, отмечается, что в США отзыв применяется только в 12 штатах. При этом упускается из виду тот факт, что распространенность механизма отзыва в данной стране связывают не с идеологическими соображениями, а конституционными реалиями: население многих графств (наиболее крупных административно-территориальных образований, на которые поделены штаты) избирает должностных лиц, в частности, шерифа (начальника полиции и судебного исполнителя), прокурора (атторнея), суперинтенданта школ, казначея и др. Понятно, что такие лица несут ответственность перед избирателями, в том числе в форме отзыва (см.: Червонюк В. И., Калинин И. В., Мелехова А. Ю. и др. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Избирательное. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017; Червонюк В. И., Калинин И. В. Отзыв публичных должностных лиц местного самоуправления (проблемы квалификации и пределов применения в современной конституционной практике в контексте перманентных муниципальных реформ и конвенциональных норм Хартии местного самоуправления // 30-летие Европейской хартии местного самоуправления: проблемы, тенденции и перспективы : сборник материалов круглого стола. 2015. С. 42–53.

М. Ориу отмечал, что «швейцарские граждане давно уже не применяют права отзыва».

Отзыв депутатов и должностных лиц допускается и в других странах, предусматривается Конституциями Австрии, Японии, Латвии. В частности, согласно Конституции Японии (ст. 15), «народ обладает правом избирать публичных должностных лиц и отстранять их от должности». Отзыв предусмотрен действующими Конституциями КНР, Вьетнама, Кубы. Федеральным конституционным законом Австрийской Республики 1920 г. (в ред. 1929 г.) предусмотрена возможность отзыва Федерального президента.

От отзыва следует отличать *процедуру досрочного прекращения полномочий путем референдума*. В некоторых развитых странах на основании принятого на референдуме решения возможно досрочное прекращение полномочий членов представительных органов власти и выборных должностных лиц регионального уровня (например, штатов США). В конституционной практике встречаются случаи, когда посредством референдума досрочно прекращаются полномочия президента страны. В частности, в Исландии такой референдум может быть проведен на основании резолюции парламента (при отклонении резолюции на референдуме парламент подлежит роспуску); а Австрии – по требованию, предложенному на совместном заседании палат парламента (если это предложение на референдуме не будет поддержано – последствия те же).

Обращается внимание на то, что различие между отзывом и указанным референдумом в том, что голосование избирателей по отзыву проводится в пределах конкретного избирательного округа, а голосование на референдуме о досрочном прекращении полномочий – в пределах административно-территориальной единицы, субъекта федерации и даже всего государства.

Иные формы непосредственной демократии. К формам непосредственной демократии относятся также *публичные собрания (сходы) граждан*. Применяются на уровне общинной организации публичной власти. Могут выполнять функции представительного органа, а равно наделяются правом формирования органов власти (избрание старосты, решение вопросов жилищно-коммунального характера, санитарного благополучия населения территории). Правом участия в публичных собраниях наделяются лица, обладающие общей конституционной правосубъектностью.

Отмеченные формы не исчерпывают всего многообразия непосредственного волеизъявления. В странах с традиционными порядками

ми прямая демократия сопрягается с традиционными формами осуществления народоправства. В частности, Конституция Демократической Республики Конго признает «обычную власть», передаваемую в соответствии с местным обычаем, если только она не противоречит Конституции, законодательству, общественному порядку и этике. Статус обычных вождей на основании бланкетной конституционной нормы регулируется специальным законом. При этом, как следует из Конституции (ст. 207), «каждый обычный вождь, желающий исполнять полномочия выборного государственного должностного лица, должен подчиниться выборам», за исключением положений, предусмотренных в третьем абзаце ст. 197 Конституции.

Глава 11. ВЫБОРЫ И ИЗБИРАТЕЛЬНОЕ ПРАВО

§ 1. Выборы как институт конституционного права и объект регулирования

Свободные выборы – атрибутивный признак демократической государственности, во многом определяющий ее облик. С точки зрения теории конституционализма выборы представляют собой важнейший механизм воспроизводства всей системы публичной власти в соответствии с наиболее значимыми социальными интересами различных общностей людей. Таким образом обеспечивается социальная ротация или перераспределение (перегруппировка или передача) законодательных и правительственных функций и полномочий. Выборы – важнейшая конституционная форма политического самоутверждения граждан, политической самоорганизации гражданского общества, обеспечивающая его автономию, юридически признанную за гражданами и их политическими объединениями возможность быть субъектами государственной власти. Социальная ценность выборов и в том, что они служат конституционно-правовым механизмом гражданского контроля над деятельностью публичных институтов власти. Выборы законодательных и иных представительных корпораций, а равно должностных лиц органов государственной власти и местного самоуправления связывают власть ответственностью перед населением.

В формально-юридическом значении под выборами понимается процедура формирования органа публичной власти или наделения полномочиями должностного лица, осуществляемая совместным и независимым волеизъявлением граждан в форме голосования. Выборы – это способ формирования органов государственной власти, цель которых состоит в том, чтобы все граждане как носители суверенитета ответственно и компетентно формировали властные структуры. Делегация, или передача народом власти (властных полномочий), в ходе выборов, таким образом, есть фундаментальные по своему значению конституционные действия граждан и их объединений. Социальная роль выборов заключена в том, что они представляют собой институт прямой демократии, высшее непосредственное выражение народом своей власти. В формально-юридическом значении акт выборов есть акт вручения народом своим представителям права на осуществление своей власти. Выборы – это и демократический способ формирования представительных органов власти и местного самоуправления; легитимный способ конституирования системы власти, а также ее реформирования.

Выборы являются наиболее распространенным институтом прямого народовластия, представляют собой акт волеизъявления (самоуправления) народа, посредством которого формируются коллегиальные органы публичной власти – государственные институции (парламент, глава государства, высшие должностные лица исполнительных органов государственной власти субъектов федеративного государства, их законодательные органы) и органы местного самоуправления (представительные, главы местного самоуправления и др.), а в ряде стран и иные органы, осуществляющие публично значимые полномочия. Таким образом, современная конституционная доктрина под выборами понимает форму народовластия, посредством которой формируются институты государственной власти и местного самоуправления. Выборы можно рассматривать и как форму управления государственными делами.

Посредством выборов обеспечивается легитимность, стабильность и преемственность государственной власти. Акты выборов одновременно отображают волеизъявление народа и его настроение, симпатии, антипатии, отношение к власти в целом, и отдельным властным структурам в частности. Поскольку волей народа осуществляются конституирование и воспроизведение органов власти (прежде всего, представительных), выборы с полным основанием характеризуют как вид учредительной власти.

Значение выборов в механизме народовластия заключается в том, что акт выборов является важным инструментом осуществления народного суверенитета. Посредством выборов (избирательной, учредительной власти) между обществом и государством осуществляется распределение политического властвования и управления.

Назначение акта выборов проявляется в том, чтобы делегировать собранные в нем отдельные частички народного суверенитета, носителем которого является каждый гражданин, избранным представителям. Поскольку в выборах принимают участие граждане различных национальностей, то «акты выборов выступают одновременно и формой национального суверенитета»¹. С этой точки зрения выборы есть конституционно-правовой способ (средство, инструмент), посредством которого общество организывает власть, осуществляет представительство интересов различных групп людей.

Различают выборы: *всеобщие* (избирается весь состав представительного органа); *промежуточные* (проводятся в установленное кон-

¹ См.: Червонюк В. И., Калинин И. В. Конституционное право России. Энциклопедический словарь. М. : Юрид. лит. 2002. С. 234.

ституцией сроки в связи с избранием части (частичным обновлением) состава представительного органа власти); *дополнительные* (для заполнения отдельных вакансий в составе выборного органа). Понятие всеобщих выборов относится к выборам, в которых имеет право участвовать весь избирательный корпус, т. е. все избиратели, наделенные правом участия в выборах. Промежуточные, или частичные, выборы – это выборы, в которых могут участвовать избиратели отдельных избирательных единиц. Возможность частичных выборов обеспечивает частичную обновляемость органов в случае, если депутатский мандат окажется вакантным (например, в случае выхода депутата в отставку).

По территории, на которой проводятся выборы, различают *общенациональные* (избираются высшие органы государства), *региональные* (избираются региональные органы власти в федеративном или в региональном государстве), *местные*, или *муниципальные*.

В зависимости от способа голосования выборы подразделяются следующим образом: *прямые*, когда избиратели непосредственно голосуют за кандидата или партию, участвующих в выборах (таким способом формируются все нижние, а при однопалатной структуре – собственно парламент). Так, согласно ст. 59 Конституции Румынии, «Палата депутатов и Сенат избираются... прямым... голосованием в соответствии с избирательным законом»; *косвенные*, когда избиратели голосуют за выборщиков, а те – за кандидатов (применяется при выборах президента США, избрании сенаторов в парламент Франции, выборах депутатов Всекитайского Собрания Народных Представителей и Федерального совета (верхней палаты) Австрии). Как прямые, так и косвенные выборы широко распространены при избрании президентов. В частности, в 15 государствах Азиатско-Тихоокеанского региона президенты (вице-президенты) или приравненные к ним по своему конституционно-правовому статусу высшие выборные должностные лица избираются путем проведения не всеобщих выборов, а косвенных выборов, т. е. избираются парламентом либо иным специальным органом (Бангладеш, Вануату, Вьетнам, Индия, Китай, КНДР, Лаос, Маршалловы Острова, Микронезия, Мьянма, Науру, Непал, Самоа, Пакистан, Фиджи)¹. Так, подобно избранию Президента в США в Вануату выборы Президента Вануату проводятся Коллегией выборщиков в составе депутатов парламента Вануату и предсе-

¹ См.: Лысенко В. И. Избирательное законодательство и выборы в современном мире / под общей ред. В. Е. Чурова. Вып. 3. М., 2013. С. 153.

дателей местных советов в соответствии с положениями Конституции и законодательства о выборах¹. В разделе I ст. II Конституции США установлено, что «каждый штат назначает в установленном его Законодательным собранием порядке выборщиков в количестве, равном общему числу сенаторов и представителей, которых штат имеет право посылать в Конгресс...»².

Наряду с косвенными, применяются и многостепенные выборы, при которых нижестоящий орган избирает вышестоящий. В частности, многостепенные выборы применяются в КНР. В этой стране трехуровневая система административно-территориального деления: представительные органы нижнего звена административно-территориального деления избираются населением. Все остальные представительные органы, включая общекитайский представительный орган Всекитайское собрание народных представителей, избираются нижестоящими представительными органами.

В конституционной практике отдельных стран встречаются так называемые кооптированные выборы. Так, согласно Конституции Демократической Республики Конго депутаты Областного собрания (законодательный орган провинции) избираются всеобщим прямым и тайным или кооптированным голосованием сроком на 5 лет с правом переизбрания. При этом, согласно Конституции, число областных кооптированных депутатов не может превышать десятую часть от общего состава Областного собрания (ст. 197).

Существует подразделение выборов на *очередные* (проводятся в связи с окончанием конституционного срока полномочий выборного органа); *внеочередные*, или *досрочные* (проводятся в связи с досрочным прекращением полномочий выборного органа – при роспуске парламента). Различают также повторные выборы и повторные голосования.

Так, согласно § 1 ст. 258 Политической Конституция Колумбии, «в случае, когда по результатам подсчета голосов, поданных избирателями на выборах в коллегиальные выборные органы власти, на посты губернатора или мэра, либо в первом туре голосования на выборах на пост Президента Республики число незаполненных бюллетеней составляет абсолютное большинство от числа бюллетеней, признанных действительными, проводится повторное голосование. Если такая ситуация создается на выборах в единоличные органы власти, кандидаты, участвовавшие в выборах, не вправе принимать участие в новых выборах. Если такая ситуация создается на выборах в коллегиальные органы власти, не могут представляться на повторные выборы списки кандидатов от не получившей избирательной квоты политической партии или движения»³.

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 222.

² Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Государства Северной и Центральной Америки. С.675.

³ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 627– 628.

Противоположной выборам конституционно-правовой процедурой является институт отзыва. Так, по Конституции Эквадора (ст. 109) граждане имеют право решить вопрос об отзыве мандата алькальдов, префектов и депутатов за коррупционные действия и необоснованное невыполнение своего плана работы¹.

§ 2. Выборы и право: конституционная взаимосвязь.

Избирательное право

§ 2.1. О понятии избирательного права

Как феномен конституционно-правовой жизни выборы имплицитно по своей природе, можно сказать генетически, связаны с правом, являются институтом конституционного права. Обслуживающее выборы право получило название «избирательное право». При этом традиционно оно рассматривается в двух значениях: в *объективном* и *субъективном* смысле.

В *объективном* значении избирательное право рассматривается как совокупность правовых норм, регулирующих разнообразные действия носителей избирательных прав, возникающие при этом отношения по поводу выборов в органы государственной власти и местного самоуправления, а также порядок (процедуры) осуществления избирательных прав граждан в связи с проведением выборов. Избирательное право в этом значении может быть представлено как избирательное законодательство.

Не следует только упрощать его значения, сводя исключительно к оформлению некоего множества электоральных действий. «Избирательное право, – как это следует из ст. 219 Конституции Боливии, – является основой режима представительной демократии и основывается на всеобщем голосовании, прямом и равном, индивидуальном и тайном, свободном и обязательном: основанном на публичном подсчете голосов и на системе пропорционального представительства»².

Структура избирательного права в этом значении многослойна, включает несколько структурных пластов. Прежде всего, необходимо обратить внимание на обособление в нем двух генеральных совокупностей: материальное избирательное право и процедурно-процессуальное избирательное право³. Последняя нормативная общность,

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 1120.

² Там же. С. 109–110.

³ См.: Любарев А. Е. Избирательные системы: российский и мировой опыту. М. : РОО «Либеральная миссия» ; Новое литературное обозрение, 2016. С. 5–6.

как правильно замечено, составляет значительную часть (однако не по значимости – доминантными остаются материально-правовые установления, прежде всего представленные принципами избирательного права, нормами, закрепляющими избирательные права и свободы, статус субъектов избирательного права).

Возможно структурирование применительно к каждой из этих составляющих, причем по различным основаниям. Так, материально-правовые нормы могут быть подразделены в зависимости от их нормативного объема, уровня нормативного закрепления, юридической силы и юридических форм признания и др.

Что касается процедурно-процессуальной составляющей, то здесь также применим множественный критерий для ее структурирования, например в зависимости от стадий избирательного процесса, назначения и пр. В частности, все многообразие процедурно-процессуальных установлений предлагается разделить на три группы: а) регулирующие саму организацию выборов; б) призванные обеспечить формирование избирателями своей воли; в) призванные обеспечить правильное выражений воли избирателей в итогах голосования.

Избирательное право охватывает совокупность содержащихся в нормативных правовых актах правовых норм (избирательное законодательство) и фактически сложившиеся обычаи (обычное право), на основе и с учетом которого проводятся выборы. Обычное право, следовательно, является составной частью системы избирательного права.

Основное содержание избирательного права составляют процессуальные нормы, назначение которых состоит в регламентации процедуры реализации материально-правовых норм, закрепляющих субъективное избирательное право. Наличие процессуальных норм в избирательном праве, их многообразие и детализированность обусловлены спецификой предмета избирательного права, особенностями субъективного избирательного права, которое может быть реализовано только в рамках сложной правовой процедуры.

При этом обращено внимание на то, что в избирательном законодательстве есть еще две группы норм, которые имеют фундаментальное значение – от них в большой степени зависят результаты выборов. Это нормы, определяющие состав избирательного корпуса и потенциальный состав кандидатского корпуса, т. е. устанавливающие правила обретения активного и пассивного избирательного права; определяющие, как итоги голосования трансформируются в резуль-

таты выборов, – то, что принято называть *избирательной системой* (в узком смысле этого понятия)¹.

В *субъективном смысле* избирательное право квалифицируется как предусмотренное национальной конституцией и гарантированное конституционной системой основное, базисное право граждан избирать и быть избранными в органы публичной власти. Избирательное право в этом значении подразделяется на *активное* – право граждан избирать своих представителей в выборные органы власти (совокупность всех граждан, обладающих этим правом, образуют избирательный корпус) и *пассивное* – право гражданина быть избранным в эти органы. Кроме того, национальное избирательное законодательство признает и иные субъективные избирательные права.

§ 2.2. *Активное избирательное право в зарубежных странах: конституционно-правовое содержание и пределы, основания ограничения*

Активное избирательное право – это конституционно признанное (часто формально-юридически закрепленное) право гражданина избирать своих представителей в органы публичной власти (государственной власти и местного самоуправления), принимать участие в референдумах и иных политических акциях, целью которых является волеизъявление населения. Активное избирательное право обусловлено общей конституционной правосубъектностью. Его носители – все совершеннолетние граждане (исключение составляют лица с ограниченной правоспособностью и, как правило, находящиеся в местах лишения свободы по приговору суда).

Активное избирательное право ограничено преимущественно двумя-тремя цензами: гражданства, возраста и психическим состоянием своего здоровья как фактического (медицинского) основания признания лица недееспособным: «Не имеют права быть избранными граждане, признанные судом недееспособными, а также содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда».

Несомненно, первым в ряду тех условий, с которыми национальное законодательство связывает наделение физического лица активным избирательным правом, является возраст. Если не вдаваться в тонкости проблемы, то утверждение, вроде того, что такое право возникает с момента достижения 18 лет и соответственно с данного момента наступает совершеннолетие, может и не вызвать возражений.

¹ См.: Любарев А. Е. Избирательные системы: российский и мировой опыту. М. : РОО «Либеральная миссия» ; Новое литературное обозрение, 2016. С. 5–6.

В 28 государствах Европы и 22 (из 39) государств Азиатско-Тихоокеанского региона¹ совершеннолетие и соответственно приобретение активного избирательного права связано с наступлением 18-летнего возраста. Согласно Акту о народном представительстве 1983 г. Соединенного Королевства Великобритании (с изм. 2000 г.,) «лицо имеет право участвовать в парламентских выборах лишь при условии, что оно: а) зарегистрировано в установленном порядке и включено в реестр избирателей соответствующего избирательного округа; б) не лишено права голоса по установленным в законе основаниям; в) является гражданином Содружества или гражданином Республики Ирландия; г) достигло возраста 18 лет. Аналогичные требования устанавливаются в отношении избирателей на местных выборах (ст. 1). Согласно ст. 3 Акта в выборах не вправе участвовать лица, отбывающие наказания в исправительных учреждениях по судебным приговорам, а согласно ст. 3А избирательного права лишаются лица, находящиеся на принудительном лечении в больницах для душевнобольных; лица, официально признанные недееспособными, а также лица, осужденные за последние пять лет за совершение коррупционных преступлений или преступлений в сфере избирательного законодательства»². Обязательным условием для участия в выборах является включение избирателя в соответствующий реестр избирателей.

Конституция Чешской Республики (ч. 3 ст. 18) и законодательство о выборах устанавливают, что все граждане страны, достигшие 18 лет, имеют право избирать и участвовать в выборах. Согласно положениям Конституции и законодательства о выборах лицо, отвечающее этим двум требованиям, имеет право избирать как на общегосударственном уровне, так и на уровне краев и органов местного самоуправления. Законодательство Чешской Республики не предусматривает лишения избирательных прав в качестве особого вида наказания для граждан. В правовых предписаниях о выборах предусмотрены определенные жизненные условия, при наступлении которых воз-

¹ См.: Лысенко В. И. Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Американский континент / под общей ред. В. Е. Чурова. Вып. 2. М. : МедиаПресс, 2010. С. 47.

² Лафитский Д. В., Касаткина Н. М., Орлов А. Г. и др. Современные избирательные системы. Вып. 1. Великобритания, Канада, Мексика, Польша. М. : РЦОИТ; Норма, 2006.

Следует отметить, что правом голоса не обладают пэры (за исключением пэров Ирландии), заседающие в Палате лордов. Активное и пассивное избирательное право предоставлено только потомственным пэрам, лишенным права заседать в Палате лордов после принятия Акта о Палате лордов 1999 г. (ст. 4 Акта о Палате лордов).

можны ограничения активного избирательного права у отдельных граждан. Например, при выборах в Палату депутатов предполагается достижение гражданином, даже на другой день голосования, возраста 18 лет. Однако условия участия граждан в выборах в Палату депутатов и Сенат различаются. Так, при выборах в Сенат право избирать имеют также граждане, достигшие на день голосования во втором туре выборов 18-летнего возраста (ч. 7 § 1 Закона «О выборах в Парламент Чешской Республики от 27 сентября 1995 г.).

В то же время остается довольно значительная группа государств, национальное законодательство которых устанавливает иной минимальный возрастной порог для приобретения активного избирательного права.

Так, при проведении выборов в национальные парламенты необходимо достижение следующего возраста:

1) 16 лет – в Австрии (с 2007 г.; при проведении выборов депутатов Национального совета – нижней палаты парламента); Конституция Никарагуа (ст. 47) содержит базовое положение о том, что «никарагуанцы, достигшие шестнадцати лет, могут осуществлять политические права, принадлежащие гражданам»¹); такой же порядок предусмотрен Конституциями Кубы и Эквадора²;

2) 17 лет – в 3 государствах Азиатско-Тихоокеанского региона (Восточный Тимор, Индонезия, КНДР)³;

3) 20 лет – в 3 государствах Азии и Австралии (Южная Корея, Науру, Япония);

4) 21 года – в 9 государствах преимущественно Индостана (Кирибати, Малайзия, Маршалловы Острова, Самоа, Сингапур, Соломоновы Острова, Тонга, Тувалу, Фиджи). В Европе к таким государствам относится Кипр. Отмеченное правило применяется в некоторых странах американского континента. В частности, Политическая Конституция Государства Боливия (глава V, ст. 220) устанавливает, что «избирателями являются все боливийцы старше двадцати одного года, независимо от степени их образованности и вида деятельности; единственным обязательным условием является их внесение в списки избирателей»⁴;

5) 25 лет – в 1 государстве (Филиппины)⁵.

Принципиальными особенностями отличается содержание активного избирательного права, предусмотренное Конституцией Шри-Ланки. Глава XIV Конституции «Право принимать участие в выборах и выборы» содержит ст. 90 «Право быть избирателем», согласно которой каждое лицо, если оно не дисквалифицировано, имеет право быть избирателем Президента и членов Парламента или голосовать

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 591.

² См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Американский континент. Вып. 2. М., 2010. С. 47.

³ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Азиатско-Тихоокеанский регион. Вып. 3. М., 2013. С. 111.

⁴ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 75.

⁵ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Азиатско-Тихоокеанский. Вып. 3. С. 93.

на любом референдуме при условии, что любое такое лицо вправе принимать участие в голосовании (и только если его имя включено в соответствующий список избирателей).

Одна из особенностей активного избирательного права Италии – наличие карты избирателя – официального индивидуального документа, являющегося действительным на 18 эпизодов выражения волеизъявления, в которых гражданин Италии реализует свое избирательное право или право на участие в референдуме. Карта избирателя – это постоянно действующий и единый для проведения любого вида выборов и референдумов бланк. Согласно законодательству карта избирателя четко атрибутирована – она имеет серию, номер, должна содержать следующую информацию: личные данные избирателя, место постоянного проживания, специальные пометки, связанные с ограничением избирательных прав. В случае изменения каких-либо данных избирателя эта информация должна быть занесена в карту избирателя. Закон отдельно оговаривает положение о соблюдении права на неприкосновенность частной жизни при составлении и использовании карты избирателя.

Порядок составления, содержания, учета и определения подлинности карты избирателя в Италии определяется Законом № 120 от 1999 г. Карта избирателя оформляется в муниципальной избирательной комиссии по месту жительства избирателя. Как отмечалось, карту избирателя можно использовать 18 раз: избиратель предъявляет ее перед голосованием в муниципальной избирательной комиссии, при этом уполномоченное лицо избирательной комиссии делает отметку в соответствующей текущей графе и ставит печать. После 18-разового использования карта избирателя сдается в соответствующую избирательную комиссию, а избиратель получает взамен новую карту. Для получения карты (взамен использованной) избиратель подает заявку в муниципалитет по месту жительства, после оформления карты сотрудник муниципалитета или муниципальной полиции доставляет карту избирателя на дом гражданину в запечатанном конверте. Избиратель или совершеннолетний член его семьи должен расписаться в получении карты. Для оформления карты избирателя впервые, в силу достижения избирательной правосубъектности, обращаться с заявлением не требуется¹.

Примечательно, что статус избирателя или активное избирательное право в определенных случаях национальные государства связывают с фактом постоянного проживания на его территории.

§ 2.3. Пассивное избирательное право в зарубежных странах

Являясь одним из базовых избирательных прав, пассивное избирательное право, вместе с тем, имеет принципиальные отличия от активного избирательного права: это сущностное различие проявляется,

¹ См.: Кузнецова Т. О., Ефимова Л. М., Орлов А. Г и др. Современные избирательные системы. Вып. 10. Италия, Малайзия, Перу, Сирия / науч. ред. А. В. Иванченко, В. И. Лафитский. М. : РЦОИТ, 2015.

прежде всего, в специфике его (пассивного избирательного права) реализации. Если реализация активного избирательного права сопряжена лишь с некоторыми условностями (а по сути, носит безусловный характер), то реализация пассивного избирательного права предопределена целым рядом таких условий. Причем с конституционной точки зрения набор таких условий вызывается интересами носителя активного избирательного права. Конституционная взаимосвязь активного и пассивного избирательного права, как сказали бы сторонники классической философии, в этом случае имеет диалектический характер. Такая взаимосвязь обусловлена демократическим характером публичной власти и выборов как механизма воспроизводства этой власти. Отсюда пассивное избирательное право имеет подчиненное значение в отношении удовлетворения действительных интересов носителей активного избирательного права: с формально-юридических позиций пассивное избирательное право можно рассматривать как конституционный механизм достижения целей активного избирательного права. Противоположная этой логике основывается на отрицании принципов демократии в организации властвования; в то же время действительная практика далеко не отдельных государств свидетельствует о «живучести» именно такой парадигмы властвования.

Вместе с тем, следует иметь в виду, что как всякое публичное (политическое) право, пассивное избирательное право, чтобы быть реализованным, зависимо от конституционной правосубъектности его носителя. В этом смысле, как и активное избирательное право, пассивное право не только реализуемо, но и может стать достоянием его носителя лишь с определенного возраста. Практика различных стран в этом вопросе, хотя и не подчинена каким-то единым стандартам, тем не менее, может быть подвергнута определенной систематике и соответственно некоторым образом типологизирована.

Имеют место особенности в закреплении пассивного избирательного права в национальных конституциях. По общему правилу активное избирательное право как воплощение базового принципа избирательного права формально-юридически отражается в тексте основного закона страны. Что касается пассивного избирательного права, то формула, принятая Конституцией Российской Федерации и конституциями ряда других стран, не является универсальной для всех без исключения стран. Более того, конституции значительного числа стран содержат указания относительно права быть избранным применительно к конкретным выборным должностям — чаще всего к президенту и членам

парламента. Есть страны, конституции которых не содержат установлений относительно права избираться на выборную должность. Так, Конституция Сингапура не провозглашает всеобщее пассивное избирательное право; вместе с тем, конституционно достаточно детально закреплены квалификационные требования к выборным должностным лицам, что в особенности касается кандидата на пост президента (ст. 19 Конституции во взаимосвязи с положениями ст.ст. 44, 45 и 22А).

Возраст носителя пассивного избирательного права, в отличие от активного избирательного права, значительно в меньшей мере привязан к совершеннолетию, хотя совпадение возрастного порога для обеих разновидностей избирательных прав граждан все же имеет место. При этом в одних государствах возраст для реализации активного и пассивного избирательного права – на выборах депутатов парламента (в случае однопалатного парламента) либо депутатов нижней палаты парламента (в случае двухпалатного парламента) – является идентичным.

В специальной литературе выделяются несколько подходов к возрастным критериям пассивного избирательного права. В частности, ряд стран придерживается, *единого возрастного критерия*: предполагается, что реализации активного и пассивного избирательного права обусловлена достижением избирателем минимального электорального возраста. Иными словами, пассивное избирательное право, как и активное, может быть реализовано избирателем по достижении определенного возраста. Так, при проведении выборов в представительные органы краев и в муниципальные представительные органы Чешской Республики может быть избран любой избиратель, не лишенный права избирать, в соответствии с законом. Препятствием для реализации кандидатом права быть избранным в данные органы является лишение свободы по приговору суда и другие ограничения для избирателя, упомянутые выше¹.

Единство возрастного критерия в целом ряде стран применяется при формировании как нижней, так и верхней палат национального парламента.

В этой связи, как правило, конституционно предусмотрено, что пассивное избирательное право может быть реализовано лицом по достижении возраста:

- а) 17 лет – Восточный Тимор, КНДР;
- б) 18 лет – Китай, Мальдивская Республика, Новая Зеландия, Шри-Ланка, (в 2007 г. была проведена избирательная реформа, в соответствии с которой с 19 до 18 лет понижен возраст лица для реализации пассивного избирательного права при проведении выборов депутатов Национального совета), Албания, Андорра, Босния и Герцеговина (нижняя и

¹ См.: Орлов А. Т., Мещерякова М. А., Павлов С. Я. и др. Современные избирательные системы. Выл. 8. Бразилия, Франция, Чехия, Южная Корея / науч. ред. А. В. Иванченко, В. И. Лафитский. М. : РЦОИТ, 2013. С. 260.

верхняя палата парламента), Дания, Исландия, Лихтенштейн, Македония, Мальта, Португалия, Словения, Хорватия, Черногория, Швеция; к этой группе следует также отнести ряд государств американского континента: Боливию, Гватемалу, Канаду, Белиз;

в) 20 лет – Науру;

г) 21 года – Бруней, Вьетнам, Индия (нижняя палата парламента), Индонезия (нижняя палата), Кирибати, Лаос, Маршалловы Острова, Мьянма (нижняя палата), Пакистан (нижняя палата), Самоа, Сингапур, Соломоновы Острова, Тонга, Тувалу, Фиджи (нижняя палата)¹, а также Ирландия (нижняя и верхняя палаты), Латвия, Люксембург, Сан-Марино, Словакия, Чехия (нижняя палата), Эстония², а равно ряд государств – участников ОАГ – Венесуэла, Бразилия, Мексика, Чили³;

д) 23 года – Румыния;

ж) 25 лет – Бангладеш, Бутан⁴, Вануату, Индия (верхняя палата), Камбоджа (нижняя палата), Республика Корея, Монголия, Непал, Пакистан (верхняя палата), Палау, Папуа – Новая Гвинея, Таиланд (нижняя палата), Филиппины (нижняя палата), Япония (нижняя палата), а также Литва, Кипр, Монголия, Афганистан (нижняя палата);

з) 30 лет – Малайзия, Микронезия, Мьянма (верхняя палата), Япония (верхняя палата);

и) 35 лет Филиппины (верхняя палата), Румыния (верхняя палата), Афганистан (верхняя палата),

к) 40 лет – Камбоджа (верхняя палата), Таиланд (верхняя палата)⁵, Чехия (верхняя палата).

Реализация пассивного избирательного права основывается на различающихся возрастных требованиях к кандидатам в нижнюю и верхнюю палаты парламента. В частности, в Индии, Пакистане, Гаити, Колумбии, Парагвае, Перу, Уругвае, США – соответственно 21 и 25 лет; в Малайзии – 21 и 35 лет; в Мьянме и Японии – 25 и 30 лет; на Филиппинах – 25 и 35 лет; в Камбодже и Таиланде – 25 и 40 лет⁶.

Характерным является различие в возрастных границах применительно к избранию в нижних и верхних палатах. К примеру, в Чешской Республике пассивное избирательное право в соответствии с законодательством о выборах принадлежит гражданам, достигшим возраста: 21 года – на выборах в Палату депутатов, 40 лет – на выборах в Сенат⁷.

¹ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Азиатско-Тихоокеанский регион. Вып. 3. М., 2013. С. 97–98.

² Там же. С. 98–101; Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Европейско-Азиатский регион. Вып. 4. М., 2015. С. 45–48.

³ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Американский континент. Вып. 2. М., 2010.

⁴ В Бутане закреплены минимальные и максимальные возрастные пределы реализации пассивного избирательного права. Так, согласно ст 23 Конституции Бутана кандидат на выборную должность, установленную Конституцией Бутана, должен, в частности, быть в возрасте не менее 25 лет и не более 65 лет на дату избрания (регистрации в качестве кандидата).

⁵ См.: Червонюк В. И. Конституционное право : курс лекций. Вып. 5. С. 115.

⁶ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Азиатско-Тихоокеанский регион. Вып. 3. М., 2013. С. 99.

⁷ Современные избирательные системы. Вып. 8. Бразилия, Франция, Чехия, Южная

Существуют и иные подходы. В частности, в Чешской Республике в рамках проведения косвенных выборов, в том числе избрания президента и (или) вице-президента из состава депутатского корпуса парламента, кандидат (кандидаты) должен отвечать требованиям, предъявляемым конституцией и законодательством о выборах к депутатам парламента.

Наряду с возрастным критерием, для реализации пассивного избирательного права предъявляются и иные требования: возраст носителя пассивного избирательного права («возрастной порог»); избирательная правосубъектность (право-, дееспособность); гражданство; ценз оседлости; судимость за совершение тяжких преступлений; образовательный ценз и др. Качественные и количественные параметры таких квалификаций имеют существенное страноведческое своеобразие.

Кроме того, реализация пассивного избирательного права ограничена дополнительными требованиями (цензами): прохождение обязательной военной службы (Кипр, Франция, Турция); наличие места жительства на территории данного региона или органа местного самоуправления (Норвегия, Швеция, Дания, Бельгия, ФРГ, Австрия, Швейцария и др.); владение государственным языком (Кыргызстан, Молдова, Казахстан), принадлежность к определенной религии (не только мусульманские страны) и др.¹

Примечательны дополнительные (несколько «усиленные») квалификации, которым должен соответствовать кандидат на выборные должности в Сингапуре, в особенности при выборах президента страны.

По общему правилу приобретение пассивного избирательного права в государствах – членах ЕС зависит от уровня выборов. Праву быть избранным соответствуют следующие возрастные цензы: 18 лет – на муниципальных, кантональных и региональных выборах; 23 года – на президентских и парламентских выборах; 24 года – на выборах в Сенат.

При этом требование о наличии гражданства не устанавливается применительно к муниципальным и европейским выборам, для участия в которых заявителю достаточно иметь гражданство любого государства – члена Европейского союза.

В абсолютном большинстве стран фактором, ограничивающим реализацию пассивного избирательного права, является часто конституционно (либо законодательно) декретируемый принцип несовместимости и неизбираемости – нормативно установленные правила

Корея. М. : РЦОИТ, 2013.

¹ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Европейско-Азиатский регион. Вып. 4. М., 2015. С. 46.

(требования), исключая возможность получения мандата и делающие недействительным сам факт избрания такого лица. Как отмечается в решении ЕСПЧ по делу Гитонас и другие против Греции (Case of Gitonas and v. Greece; Страсбург, 1 июля 1997 г.), институт неизбираемости известен многим государствам – членам Совета Европы; он преследует двоякую цель – способствовать надлежащему функционированию и укреплению демократического строя, чтобы, с одной стороны, кандидаты различных ориентаций обладали равными возможностями влияния на избирателей, поскольку лица, занимающие государственные должности, могут в ряде случаев иметь преимущества перед другими кандидатами, с другой – чтобы избирательный корпус был защищен от давления, оказываемого теми должностными лицами, которые в силу своего положения призваны принимать многие, в том числе важные, решения и в связи с этим пользуются значительным авторитетом у рядовых граждан, выбор которых в таких условиях может оказаться необъективным¹.

В конституционном праве зарубежных стран различают абсолютную и относительную неизбираемость. Под абсолютной обычно понимается невозможность баллотироваться ни в одном из избирательных округов, тогда как относительная неизбираемость распространяется на конкретные избирательные округа, с которыми потенциальный кандидат связан особыми служебными отношениями². Если исходить из конституционного смысла неизбираемости (назначение данного принципа избирательного права в конституционном инструментарии), то его следует интерпретировать как юридическую невозможность избираться (В. В. Маклаков). Тогда под это понятие подпадает широкий круг обстоятельств, препятствующих занятию выборной должности в государстве.

Что касается несовместимости, то она означает невозможность для избранного лица обладать мандатом³.

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып 5. Избирательное право. М., 2017. С. 79–82.

² По утверждению М. Амеллера – автора классического исследования «Парламенты», «если целью закрепления абсолютной неизбираемости является обеспечение независимости члена представительного органа, то относительная неизбираемость направлена на охрану свободы избирателя, ограничение возможностей кандидата использовать служебное положение при проведении избирательной кампании» (Амеллер М. Парламенты. М., 2010. С. 111).

³ См.: Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть : учебник для студентов юридических вузов и факультетов. 4-е изд., доп. и перераб. М. : Волтерс Клувер, 2015 С. 474.

Примером абсолютной неизбираемости являются положения ст. 58 Конституции Белиза:

- 1) никто не может быть избран в качестве члена Палаты Представителей, если он:
 - а) по своим действиям может быть признан подданным, подчиненным или гражданином какого-либо иностранного государства или правительства;
 - б) является банкротом по решению суда или иным образом провозглашен банкротом в соответствии с законом, имеющим юридическую силу в любой части Содружества;
 - с) признан согласно закону душевнобольным или имеющим иные психические расстройства;
 - д) приговорен судом к смертной казни в любой части Содружества или отбывает наказание в виде лишения свободы (вне зависимости от его разновидности) сроком свыше 12 месяцев по приговору суда, либо его тюремное заключение заменено на другое наказание по решению компетентного органа, либо он приговорен к тюремному заключению с отсрочкой исполнения наказания;
 - е) по закону был смещен с поста члена Палаты Представителей, если он занимал должность или исполнял обязанности должностного лица, в круг полномочий которого входили:
 - i) ответственность за проведение выборов или полномочия, связанные с проведением каких-либо выборов;
 - ii) ответственность за составление или пересмотр избирательных списков;
 - ф) на основании закона был смещен с поста члена Палаты Представителей в случае, если он обвиняется в совершении правонарушения в сфере избирательного права;
 - g) по закону был смещен с поста члена Палаты Представителей по той причине, что он:
 - i) занимал должность или исполнял обязанности по должности, которая несовместима с депутатским мандатом (посредством указания как конкретной должности, так и вида должностей) в соответствии с таким законом;
 - ii) служил в Вооруженных силах Белиза или принадлежал к определенной группе лиц, входящих в состав Вооруженных сил; или
 - iii) служил в полицейских силах или принадлежал к определенной группе лиц, входящих в состав полицейских сил; или является стороной по договору, или партнером фирмы, или директором либо менеджером компании, которая является стороной по договору с Правительством либо осуществляет платные публичные услуги, если по меньшей мере за 1 месяц до дня выборов он не объявил публично и не опубликовал в газете, распространяемой в избирательном округе, кандидатом от которого он является, информацию о характере такого договора и собственной заинтересованности или заинтересованности такой фирмы или компании¹.

Статья 91 Конституции Перу устанавливает круг лиц, которые не могут быть избраны конгрессменами, если не уйдут с занимаемой должности за шесть месяцев до выборов (государственные министры и их заместители, Председатель Счетной палаты и должностные лица региональных органов власти; судьи Конституционного суда, члены Национального совета магистратуры, судебной власти, Прокуратуры и др.)². Аналогично сформулировано положение ст. 198 («Об относи-

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Государства Северной и Центральной Америки. С. 102.

² См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 811–812.

тельном ограничении возможностей на занятие должностей сенаторов и депутатов») Конституции Парагвая¹.

Иная технико-юридическая конструкция для формально-юридического оформления принципа несовместимости используется в Конституции Колумбии. Конституционный законодатель предпочел заведомо избежать в правоприменительной практике столкновения закона и интересов избирателей, предложив в п. 8 ст. 179 Конституции классическое изложение данного принципа: «Никто не может быть избран более чем в один выборный государственный орган или более чем на одну выборную государственную должность, если срок соответствующих полномочий совпадает, в том числе частично. Уход с какой-либо из должностей не дает возможности занять другую»².

Если в приведенных выше случаях применяется такой прием законодательной техники конструирования установления, как метод казуального (конкретного) регулирования, то конституционный законодатель Колумбии предпочел ему метод абстрактного изложения нормы права, что, несомненно, имеет свои преимущества³.

§ 2.4. Электоральная правосубъектность

В понимании исследователей к общим чертам, присущим всем субъектам избирательного права, или, как представляется, составляющим избирательной (электоральной) правосубъектности отнесены: 1) неразрывная связь правоспособности указанных субъектов с реализацией конституционного права граждан избирать и быть избранными в органы государственной власти и местного самоуправления; 2) ограниченность их избирательной правосубъектности временными рамками избирательного процесса по формированию выборных органов публичной власти; 3) свободный, самостоятельный и публичный характер их деятельности (за исключением случаев, когда совершение тех или иных избирательных действий прямо вменено в обязанность соответствующего субъекта избирательного права); 4) возможность обжалования решений и действий любых других субъектов избирательного процесса и гарантированность рассмотрения

¹ Там же. С. 745.

² Там же. С. 600.

³ См. об этом: Червонюк В. И. Теория государства и права. М. : ИНФРА-М, 2009 ; Его же. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 412.

избирательного спора в административном и судебном порядке в рамках установленных процессуальных правил¹.

Избирательная (электоральная) правосубъектность присуща не только индивидам, представленным в качестве физических лиц (это, кстати, не только избиратели и кандидаты на выборные должности, а также иные участники избирательного процесса – доверенные лица, уполномоченные политических партий, наблюдатели и др.), но и коллективным образованиям как субъектам права. С этой точки зрения и политические партии, равно как и иные избирательные объединения – политические движения, группы избирателей – наделены свойством избирательной (электоральной) правосубъектности. Иными словами, субъекту избирательного права и избирательного процесса имплицитно присуще свойство избирательной (электоральной) правосубъектности. Можно сказать и несколько иначе: обладание избирательной (электоральной) правосубъектностью позволяет лицу (физическому или юридическому) выступать субъектом избирательного права и избирательного процесса.

С рассматриваемых позиций правомерно вести речь об общей и специальной правосубъектности в избирательном праве. Носители специальной правосубъектности, обладая общими признаками, характерными для общей правосубъектности, вместе с тем, наделены и иными статусными особенностями.

Как правильно замечено, специфические черты отдельных видов субъектов избирательного права» (это и есть носители специальной избирательной, или электоральной, правосубъектности) обусловлены назначением и характером выполняемых ими функций. Таковыми являются: а) независимость в рамках своей компетенции и от органов исполнительной власти, политических партий и иных организаций при осуществлении своих функций и полномочий, обязательность принятых актов для всех участников избирательного процесса (избирательные комиссии); б) обеспечение реализации и защиты избирательных прав граждан, других участников избирательного процесса (избирательные комиссии, суды общей юрисдикции, иные субъекты

¹ Биктагиров Р. Т. Субъект избирательного права Российской Федерации: конституционно-правовое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 23–24; Шапиев С. М., Биктагиров Р. Т., Шапиев А. С. Участники избирательного процесса: статус, полномочия, ответственность. Грозный, 2011. С. 47–48; Буравченко И. Л. Конституционно-правовой статус избирателя в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010 ; Смирнова М. А. Конституционно-правовые ограничения пассивного избирательного права в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владикавказ, 2012.

права с правоохранительными полномочиями); в) целевой, сравнительно узкий характер избирательной праводеееспособности большинства субъектов избирательного права (наблюдатели, доверенные лица, уполномоченные представители кандидата, избирательного объединения по финансовым вопросам, командиры воинских частей, руководители дипломатических представительств и консульских учреждений и др.); г) возникновение праводеееспособности у ряда субъектов избирательного права (кандидатов в депутаты, на выборные должности, их доверенных лиц, уполномоченных представителей избирательных объединений и кандидатов по финансовым вопросам) лишь после прохождения установленных законом регистрационных процедур¹.

Таким образом, субъекты избирательного права и процесса наделены особой, титульной, характеристикой, в соответствии с которой они представлены в электорально-правовом пространстве в общем и специальном статусе.

§ 3. Принципы избирательного права

Принципы избирательного права представляют собой совокупность закрепленных в законодательстве требований, следование которым обеспечивает демократический характер выборов, реализацию избирательных прав граждан в соответствии с подлинным их назначением. В соответствии с законодательством всех без исключения зарубежных стран избирательное право является всеобщим, равным, прямым, осуществляется добровольно и путем тайного голосования. Кроме того, избирательное законодательство к числу таких принципов относит и другие (свобода выборов, альтернативность, обязательность, периодичность выборов). Такой подход к пониманию принципов избирательного права вполне соответствует существующим международным избирательным стандартам. Как справедливо отмечается (Е. И. Колюшин), Венецианская комиссия достаточно четко сформулировала в 2002 г. Руководящие принципы относительно выборов: «В основе избирательного наследия Европы лежат следующие пять принципов: *всеобщее, равное, свободное, тайное и прямое избирательное право*. Кроме того, «выборы должны проводиться

¹ Червонюк В. И., Калинин И. В., Мелехова А. Ю. и др. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Избирательное право. М., 2017. С. 102.

регулярно, т. е. речь идет о принципе обязательности и периодичности выборов»¹.

Всеобщее избирательное право означает, что все граждане (а при определенных условиях – и иностранцы) независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, достигшие совершеннолетия, вправе избирать, а по достижении возраста, установленного законом, могут быть избранными в органы государственной власти и местного самоуправления.

В реальной конституционной практике даже демократических государств наблюдаются многочисленные отклонения от данного принципа. Так, «в США избиратель, имеющий судимость или находящийся в день выборов вне пределов страны, реализовать избирательное право не может. Отмечается, что по этому основанию в ноябре 2016 г. в выборах не участвовало от 4 до 10 млн граждан»².

Равное избирательное право означает, что граждане участвуют в выборах на равных основаниях. Формула принципа равенства: «один человек – один голос» (равное количество голосов), «каждый депутат представляет одинаковое число голосов». Иногда существующая в ряде стран практика так называемой избирательной географии, или геометрии (в США она определена как джерримендер – от англ. gerrymander), при «нарезании» округов нарушает этот принцип. Суть этой неправомерной акции в том, что при образовании части избирательных округов допускается значительное отклонение от единой нормы представительства. Тем самым определенные силы получают искусственно завышенное представительство в парламенте.

В соответствии с национальным законодательством равное избирательное право означает, что все избиратели, у которых отсутствуют препятствия для реализации их избирательных прав, участвуют в выборах на равных основаниях.

Относительно реализации активного и пассивного избирательного права избиратели находятся в одинаковых условиях на всех стадиях избирательного процесса, начиная с внесения их данных в список избирателей, выдвижения кандидатов, участия в избирательной кампа-

¹ Голубок С.А. Право на свободные выборы: правовые позиции Европейского Суда по правам человека и формирование международно-правовых стандартов Содружества Независимых Государств : автореф. дис ... канд. юрид. наук. СПб., 2010.

² Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник для студентов вузов, обучающихся по направлениям подготовки «Юриспруденция» / под ред. В. В. Еремяна. М. : ЮНИТИ ДАНА, 2017. С. 189.

нии, а также во время волеизъявления в процессе голосования и определения результатов голосования. Принцип равенства избирательного права по законодательству Чешской Республики означает также, что «все избиратели имеют одинаковое количество голосов, и голос каждого имеет одинаковый вес, то есть одинаково воздействует на определение результатов выборов»¹.

Принцип равного избирательного права требует наделения каждого избирателя *de jure* одинаковыми возможностями воздействовать на деятельность избранного органа. Указанный принцип включает два элемента: *равное количество голосов* у всех избирателей и *одинаковый вес их голосов*. Первое требование в одномандатных избирательных округах выражается формулой «один избиратель – один голос»; вес голосов избирателей предполагает, что каждый депутат должен представлять примерно одинаковое число населения (а в некоторых странах – избирателей). Это достигается установлением для выборов нормы представительства, в соответствии с которой образуются избирательные округа. Норма *представительства* – это количество населения (избирателей), приходящееся на одного депутата, иначе говоря, численность населения (избирателей) в избирательных округах, от которых избирается одинаковое число депутатов, должно быть тоже примерно равным. Избирательное законодательство устанавливает предельно допустимые отклонения от нормы представительства. Так, «при проведении выборов в Бундестаг отклонение численности населения от нормы представительства в одномандатных избирательных округах не должно превышать 33,33 %. Таким образом, количество депутатов, непосредственно избираемых от различных избирательных округов, должно быть пропорциональным численности населения (избирателей) этих округов»².

Принцип равного избирательного права означает также юридическое равенство избирательных прав мужчины и женщины.

В специальной литературе отмечается, что «первой страной, принявшей закон, касающийся достижения равенства между мужчинами и женщинами в политической жизни, является Франция. Это Закон от 6 июня 2000 г. № 2000-641 об обеспечении равного доступа женщин и мужчин к депутатским мандатам и избирательным функциям. Первые нововведения, установленные им, были применены в ходе муниципальных выборов в марте 2001 г. Нормы названного закона внесли изменения в Избирательный кодекс Франции и исходят из двух основных положений.

¹ Орлов А.Т., Мещерякова М.А., Павлов С.Я. и др. Современные избирательные системы. Вып. 8. Бразилия, Франция, Чехия, Южная Корея. М. : РЦОИТ, 2013. С. 185.

² Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник для студентов вузов, обучающихся по направлениям подготовки «Юриспруденция» / под ред. В.В. Еремяна. М. : ЮНИТИ ДАНА, 2017. С. 189.

Согласно первому положению принцип равенства мужчин и женщин стал обязательным для голосования на выборах всех уровней власти (во всех избирательных списках). Этот принцип реализован двумя различными способами: каждый список должен содержать как минимум по одному кандидату каждого пола (на выборах в Сенат и Европейских выборах); порядок избирательного списка должен быть представлен путем группировки по шесть кандидатов каждого пола в равном количестве (на муниципальных выборах в городах с населением более 3500 жителей, региональных выборах, а также выборах в Территориальную ассамблею о. Корсика).

Второе положение касается учета равенства между количеством мужчин и количеством женщин, представленным от каждой партии на выборах депутатов Национального собрания.

Оба положения указанного Закона от 6 июня 2000 г. не распространяются на выборы по одномандатным округам, то есть на муниципальные выборы в коммунах с населением менее 3500 жителей, кантональные выборы, выборы сенаторов в департаментах, где число таких сенаторов не превышает одного или двух»¹.

С этим принципом связан *принцип добровольности выборов*, означающий, что участие (или неучастие) в выборах, голосование за или против того или иного кандидата (партийного списка) является исключительно правом избирателя. Противоположным данному принципу является *обязательный вотум* – обязанность участия в голосовании.

Прямое избирательное право означает, что граждане голосуют на выборах в органы государственной власти и местного самоуправления за или против кандидатов непосредственно. В отличие от этого *непрямые выборы* предполагают иную технологию и имеют две разновидности: 1) *косвенные выборы*, когда выборное лицо избирается посредством института выборщиков (применяется только в США) или посредством избирательной коллегии (применяется в большинстве парламентарных стран при выборе президента); 2) *многоступенчатые*, когда избранный населением нижестоящий представительный орган избирает вышестоящий и т. д. (к примеру, выборы депутатов Всекитайского Собрания народных депутатов).

Прямые выборы согласно избирательному праву зарубежных стран означают, что избиратели голосуют за выдвинутых кандидатов лично, т. е. существует прямая зависимость между голосующим избирателем и мандатом избранного депутата. Воплощение данного принципа в избирательном процессе конкретной страны обеспечивает то, что избрание конкретных лиц в качестве депутата осуществляется непосредственно голосами избирателей.

Отмечается, что принцип прямых выборов не противоречит голосованию избирателей за списки кандидатов, представленные конкретными политическими партиями. «Список представляет собой конкретный перечень кандидатов, расположенных в опре-

¹ Орлов А.Т., Мещерякова М.А., Павлов С.Я. и др. Современные избирательные системы. Вып. 8. Бразилия, Франция, Чехия, Южная Корея. М. : РЦОИТ, 2013. С. 321.

деленном порядке. Решение о внесении той или иной кандидатуры в список кандидатов принимает соответствующая политическая партия или политическое движение накануне выборов. Это вовсе не означает, что некто посторонний делает выбор за избирателя. В данном случае список, представленный партией на суд избирателей, носит рекомендательный характер, т. е. политическая партия предлагает список, по ее мнению, достойных кандидатов в представительный орган»¹.

Можно ли согласиться с такой аргументацией или в данном случае имеет место отступление от одного из фундаментальных начал, характеризующих и собственно процедуру голосования (выборов) и саму избирательную правосубъектность носителя активного избирательного права?

Тайное голосование исключает возможность какого-либо контроля со стороны любых органов или должностных лиц, а также общественных объединений и граждан за волеизъявлением избирателей.

Очевидно, что действие данного принципа предполагает наличие соответствующих тайне волеизъявления гарантий.

Как представляется, на фоне иных базовых принципов избирательного права (избирательных прав) данный принцип, с точки зрения его подверженности определенным рискам, не относится к числу тех, которые, обременены разного рода цензами, правомерными и неправомерными ограничениями.

Свобода выборов (свободные выборы) означает, что при их организации и проведении абсолютно исключается какое-либо принуждение относительно как участия в выборах, так и непосредственно голосования. Данный принцип означает, что никто не может (не должен) оказывать воздействие на гражданина с целью принудить его к участию или неучастию в выборах, а равно на его свободное волеизъявление. В действительном, конституционном смысле, с точки зрения интерпретации «свободных выборов» конвенциональным европейским правом в контексте Дополнительного протокола к Конвенции о защите прав человека и основных свобод свободу выборов (свободные выборы) следует квалифицировать как «свободное волеизъявление народа при выборе органов законодательной власти». Тем не менее, в ряде государств (Австралия, Бельгия, Греция, Италия, Турция) участие в голосовании является обязательным для всех граждан. Соответственно неучастие в голосовании морально порицается либо преследуется законом (применение штрафов и даже лишение свободы).

Периодичность выборов – это обязательность ротации выборного органа власти в установленные законом сроки путем проведения очередных выборов. Это значит, что выборы должны проводиться в установленные сроки и через определенный законом период времени. Периодичность выборов гарантирует сменяемость (ротацию) должностных лиц и является условием легитимности существующей власти.

¹ Современные избирательные системы. Вып. 8. С. 261.

Принципиально важно то обстоятельство, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод в Дополнительном протоколе к ней использует понятие «разумная периодичность»; тем самым «разумная периодичность» представлена в качестве одного из важнейших условий свободных выборов. В этом смысле распространенная в современном отечественном государственном управлении характеристика периодичности выборов как принципа «второго эшелона», относящегося главным образом к организации проведения выборов¹, а не собственно к носителям избирательных прав, представляется по меньшей мере ошибочной.

Страноведческий подход к проблеме позволяет обратить внимание на те специфические особенности, которые присущи каждой из стран или группе таковых при отражении принципов избирательного права в национальном праве.

§ 4. Статус избирателей и кандидатов на выборные должности (страноведческая характеристика)

Статус избирателей. Избиратель – это носитель активного избирательного права и иных избирательных прав. Справедливо замечено, что «только избиратели в совокупности решают главный вопрос избирательной кампании – кто будет представлять их интересы в выборных органах государственной власти и местного самоуправления. Поэтому избиратель в полном смысле этого слова является центральной фигурой избирательного процесса»².

Правовой статус избирателя выражается в совокупности предусмотренных нормами избирательного права прав и обязанностей, преимуществ, ограничений, которыми они наделяются в связи с участием в выборах. С этим обстоятельством связана и регистрация (учет) избирателей, существующий в разных странах правовой режим составления списков избирателей.

Принцип избирательного права, причем не только всеобщего избирательного права, указывает на то методологически значимое обстоятельство, что статусные характеристики избирателя должны получить конституционное признание. Юридические формы такого признания могут быть различными – позитивация в национальной конституции или посредством конвенциональных норм. Даже самый общий анализ конституционных текстов указывает на то, что конституции современных государств не обходят вниманием эту проблему.

¹ См.: Головин С. А. Указ раб. С. 111.

² Биктагиров Р. Т. Субъект избирательного права России: теоретико-правовое исследование. Казань, 2009. С. 88.

Абсолютное большинство из них закрепляет общую избирательную (электоральную) правосубъектность: возраст, с которого она приобретается, пределы активного избирательного (реже всего) и конституционные основания ограничения права, а равно принадлежность права гражданам страны.

Более углубленный взгляд на проблему позволяет обнаружить группу стран, конституции которых с принципиально иных позиций представляют конституционный образ избирателя (равно как и кандидатов на выборные должности)

Статус кандидатов на выборные должности. Очевидно, что в том виде, как пассивное избирательное право закреплено в конституционном тексте, оно может быть квалифицировано лишь в качестве элемента избирательной (электоральной) правосубъектности каждого гражданина. Соответственно и титул кандидата на выборную должность носитель данного права может приобрести лишь при определенных условиях, которые исчерпывающе предусмотрены национальной конституцией или законодательством о выборах. Не должны вводить в заблуждение утверждения вроде тех, что все конституционные права с момента их закрепления в конституции являются субъективными правами. Это утверждение легко опровергается внимательным анализом конструкции пассивного избирательного права. Систематическое истолкование всех требований, предъявляемых избирательным законодательством к носителю пассивного избирательного права позволит составить точное представление относительно данной конструкции. Этот вывод основан на различении права, закрепленного в норме, и права, реализуемого в конкретном поведении.

Следовательно, для получения статуса кандидата на выборную должность необходимо соответствовать тем условиям (квалификациям), которые оговорены законом. Кроме того, даже при отсутствии юридических препятствий к получению данного титула требуется удостоверение факта признания данного лица в качестве кандидата. Таким юридическим фактом является процедура регистрации.

Квалификации для приобретения статуса кандидата закрепляются в национальных конституциях (базовые требования) и в законодательстве о выборах. Конституции целого ряда государств содержат в своих установлениях исчерпывающий набор тех требований, которым должен соответствовать кандидат на выборную должность. Лишь в отдельных конституциях можно найти указания на права и обязанности кандидата; некоторые конституции устанавливают гарантии статуса кандидатов.

В частности, Конституция Эквадора в разделе IV «О демократическом участии» (глава 1 «О выборах») устанавливает ряд требований, предъявляемых к кандидатам на выборные должности. Согласно ст. 101 Конституции не могут быть кандидатами ни на какую выборную должность те, кто в рамках уголовного процесса за преступления, предусматривающие лишение свободы, осуждены или чье дело было рассмотрено на пленарном заседании, даже если во втором случае был вынесен оправдательный приговор; публичные должностные лица свободного назначения и перемещения и служащие, назначенные на определенный срок и др.¹

§ 5. Конструкция избирательной системы в контексте эволюционирующего конституционализма

§ 5.1. Смена парадигмы в оценке природы избирательных систем²

Как показывает анализ проблемы, традиционное понимание избирательной системы основывается на двух посылах: либо на абсолютизации одного из признаков данного феномена (так называемое понимание избирательной системы в узком смысле), при котором ему придается прагматический смысл – использование в качестве критерия типологизации избирательных систем; либо придании данному понятия чрезмерно абстрактного значения, сводя его к совокупности возникающих в связи с проведением выборов отношений (понимание избирательной системы в широком значении).

Несмотря на различие отмеченных позиций, есть то общее, что объединяет эти подходы: избирательная система рассматривается вне связи, во-первых, с электоральной правосубъектностью, реализацией избирательных прав граждан и, во-вторых, с феноменом свободных выборов – важнейшим конструктом конституционного строя. Формальные характеристики избирательной систем заслонили ее действительное социально-ценностное предназначение. Между тем никакие избирательные системы, отмечает известный американский конституционалист Д. Горовиц, не отражают механически и пассивно предпочтения избирателей, существующую социальную стратифика-

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 1118–1119.

² Утверждение новой парадигмы в понимании избирательной системы представлено в работе: Червонюк В. И. Конструкция избирательной системы в контексте конституционно гарантированных свободных выборов и утверждения представительных начал в практике российского конституционализма // Вестник Московского университета МВД России. – 2016. – № 7. – С. 43–47.

цию или распределение влияния между политическими партиями. Напротив, каждая избирательная система, обладая своим набором «предвзятостей», способна сформировать и изменить «эти особенности окружающей среды», в том числе характер выбора, осуществляемого электоратом. Иными словами, избирательная система может оказать решающее воздействие на развитие политического процесса и соотношение сил в нем, на содержание и структуру социальных запросов, отображаемых в результатах голосования¹. Именно при таком подходе к данному феномену избирательная система приобретает реальное конституционное звучание, раскрывается ее действительный, конституционный смысл. Как следует из решения ЕСПЧ по делу Маттье-Моэн (Mathieu-Mohin) и Клейферт (Clerfayt) против Бельгии (Страсбург, 2 марта 1987 г.), «перед избирательными системами стоят порой почти несовместимые задачи: с одной стороны – более или менее точно отражать мнение народа, с другой – объединять различные идейные движения и содействовать формированию достаточно логичной и ясной политической воли» (п. 54)².

Таким образом, для формирования принципиально иной парадигмы и соответствующей ей конституционной конструкции избирательной системы необходимо исходить из следующих посылок.

Во-первых, являясь механизмом воспроизводства властных публично-правовых институтов, избирательная система органично связана с существующей системой власти, отражая взаимосвязь порядка (способа) проведения в стране на различных уровнях власти выборов и сложившейся социальной структуры общества, его партийной системы. Избирательная система тем самым является «продуктом» публично-правовой власти, ее инструментом. В то же время формирование избирательной системы, ее применение в отдельно взятой стране в той или иной мере подчинено существующим международным избирательным стандартам. Существующий в стране политический (государственный) режим вынужден эти стандарты учитывать.

Во-вторых, устройство избирательной системы характеризует все, что так или иначе связано с проведением выборов в отдельно взятой стране: способ назначения выборов, особенности формирования избирательной инфраструктуры (система избирательных органов, порядок их формирования, объем полномочий, связь с государственной

¹ См.: Червонюк В. И., Мелехова А. Ю., Калинин И. В. и др. Конституционное право : курс лекций: в 10 вып. Вып. 5. Избирательное право. М. 2017. С. 137–153.

² Гартцкий Л. Избирательные права в практике Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 1. – С. 89.

властью и др.; способы «нарезания» избирательных округов и формирования избирательных участков; система учета и регистрации избирателей), способы выдвижения кандидатов, партийных списков и их регистрации; порядок проведения предвыборной агитации, информирования избирателей, финансирования избирательной кампании, порядок голосования, дизайн избирательных бюллетеней; способы подсчета голосов, подведения итогов голосования и проводимых выборов; механизмы защиты избирательных прав граждан и разрешения избирательных споров и множество других аспектов реализации гражданами избирательных прав, особенности применяемых избирательных процедур и др. Понимание избирательной системы не может быть отвлечено ни от одной из ее составляющих.

В-третьих, избирательная система одновременно отражает национальные, социокультурные, конфессиональные и иные цивилизационные характеристики страны, отличается социальной обусловленностью и конституционно заданными ей целями.

В-четвертых, к выбору избирательных систем все современные демократические государства в принципе подходят с одинаковых методологических позиций, обычно ставя перед собой несколько целей: а) обеспечение представительного парламента; б) обеспечение доступности и значимости выборов; в) создание условий для обеспечения гражданского мира и согласия, а равно примирения конфликтующих между собой социальных групп населения; г) содействие созданию стабильного и эффективного правительства; д) обеспечение подотчетности правительства и представителей гражданскому контролю; е) поощрение парламентской оппозиции.

Д. Горовиц выделяет шесть целей, которым должна соответствовать избирательная система. Это: «1) получение мест пропорционально голосам – избирательная система должна приносить пропорциональные результаты, т. е. если политическая партия получает 20 % всех голосов, то она должна получить 20 % всех мест в представительном органе; 2) подотчетность избирателям – избирательные системы, которые предполагают ограничение полномочий руководящих партийных лидеров или отбор кандидатов, делают кандидатов более отзывчивыми к нуждам избирателей; 3) устойчивые правительства – если представительный орган оказывается расколотым на мелкие группы и ни одна из партий не имеет необходимого большинства мест для того, чтобы сформировать правительство, возникает необходимость образования коалиции; 4) выигрыш «победителя Кондорсе» – «кандидат, который мог бы получить большинство голосов в парном или двустороннем (один к одному) состязании с любым другим кандидатом», им является «более популярный кандидат», чью победу, как предполагается, следует предпочесть; 5) межэтническое и межрелигиозное примирение – избирательная система должна способствовать возникновению компромисса между этническими и религиозными группами; 6) предоставление постов меньшинству – избирательная система не должна приводить к политической изоляции меньшинства»¹.

¹ Цит. по: Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров А. Г. Сравнительное конститу-

В-пятых, как следует из компетентной литературы, основными факторами, оказывающими влияние на переход от одной избирательной системы к другой избирательной системе, являются: а) обеспечение стабильности и эффективности деятельности парламента как средство против досрочных выборов в условиях прохождения в парламент множества политических партий, в том числе мелких, и образование на этой основе вынужденных коалиций для обеспечения устойчивой деятельности как парламента, так и правительства, особенно в случаях, когда парламент формирует его состав на основе парламентского большинства; б) обеспечение максимального учета политического (многопартийного) многообразия как одной из ведущих тенденций европейского электорального наследия; в) содействие формированию в рамках пропорциональных избирательных систем крупных и ответственных политических партий (на этой основе избирательная система призвана играть ведущую, определяющую роль в обеспечении развития многопартийности; г) создание условий для того, чтобы была определена партия парламентского большинства для формирования устойчивого правительства (в ряде стран для достижения указанной цели избирательные системы предусматривают предоставление партии при определенных условиях электорального бонуса – дополнительного количества депутатских мандатов) для формирования правительства (наиболее характерным примером является Италия); д) использование заградительного барьера (или квот) для прохождения в парламент определенного спектра и числа политических партий, при этом в ряде стран указанный барьер понижался.

Своего рода квинтэссенцией, сущностно-содержательной характеристикой, концентрированно отображающей избирательную систему, ее идентифицирующим признаком является так называемая «электоральная формула». В свою очередь выбор формулы, по которой формируется избирательная система («электоральная формула»), и ее эффективность зависят от формы и стабильности существующих институтов, в первую очередь от стабильности системы правления и структуры партийной системы, а также во многом от политической культуры элит и граждан.

Отмеченное позволяет сформулировать следующий вывод: при анализе природы, определении типа и вида избирательной системы недостаточно ограничиваться традиционными структурными образованиями в содержании избирательной системы, как это следует из

господствующего взгляда на проблему; принципиально важно определить те характерные особенности, которые позволяют отграничить одну избирательную систему от другой, как можно более точно отобразить ее соответствие (или, напротив, несоответствие) существующим международным избирательным стандартам в этой сфере. Сами по себе выделенные в структуре избирательной системы такие ее составляющие, как избирательная организация и избирательные отношения, не отражают сущностные характеристики данного феномена. Правильно сказано: «избирательная система по своему предназначению призвана быть важнейшим политическим институтом, определяющим партийно-политическую инфраструктуру общества и, одновременно, политической технологией, призванной обеспечить реализацию политической правосубъектности граждан, общественную коррекцию качества властвующей элиты, что способствует устойчивости функционирования политической системы»¹.

Особое значение имеет не собственно компонентный набор избирательной организации – государственные органы власти, органы местного самоуправления, избирательные комиссии, политические организации общественные объединения, поскольку все это многообразие компонентов так или иначе характерно для каждой страны, воспринявшей ту или иную модель избирательной системы. Принципиально важен сам по себе состав избирательной организации, характер ее легитимности, соответственно способы формирования избирательных органов, их статус, указывающий на возможность их идентификации с так называемой избирательной властью, степень включенности в нее различных ассоциаций избирателей и др. Избирательные правоотношения – это не некая данность. Они являются результатом устоявшихся форм поведения участников избирательного процесса, их культуры, особенностей используемого ими инструментария. Избирательные системы отличаются особым, присущим только определенным их моделям, типом электорального поведения электоральной культуры, используемым набором избирательных технологий и пр.²

С рассматриваемых позиций избирательная система интерпретируется как многосоставное и многоуровневое политико-правовое образование (*конституционная конструкция*), характеризующее особую организацию и характер проведения выборов в той или иной

¹ Сосина И. А. Современные избирательные системы в аспекте политической компаративистики : автореф. дис. ... д-ра полит. наук. М., 2003. С. 11.

² См.: Червонюк В. И. Конституционное право России: Общая и Особенная части : учебник для магистрантов. 2-е изд., пересм., перераб. и доп.. М. : ИРЭ, 2015. С. 450.

стране. Избирательные системы включают как избирательную организацию, так и избирательные отношения, но далеко к ним не сводимы. Это конструкция, которая охватывает своим содержанием избирательное законодательство, устойчиво проявляющую себя избирательную (конституционную) практику. При этом для характеристики избирательной системы характерно не само по себе законодательство о выборах, но его особенности, включая особенности так называемого «партийного» права. Имеется в виду юридическая сила актов о выборах, наличие кодифицированных актов в данной сфере (избирательных кодексов), технико-юридическая особенность строения норм законов о выборах и соответственно прямой или ссылочный способ их действия, соответствие принципу правовой определенности; стабильность или неоправданный динамизм избирательного законодательства и др., что находится в непосредственной связи с реализацией избирательных прав граждан¹.

Избирательную систему отдельно взятой страны отличают, прежде всего, фундаментальные, или базовые, принципы организации и проведения выборов, существующие во внутригосударственном праве ограничения активного и пассивного избирательного права. Оценка национальным законодателем характера таких ограничений может и не совпадать с позицией в международном, в частности в европейском праве.

Специфика (типологическая особенность) избирательной системы заключена и в особенностях формирования избирательной инфраструктуры, предполагающей специфику формирования избирательных округов, применяемые технологии их «нарезки» и их соотносимость с принципом равного избирательного права; особенности составления списков избирателей в контексте принципа всеобщности избирательного права; применяемую национальным законодательством страны методологию формирования и наделения статусом избирательных органов в ее соотношении с конституционным принципом народовластия (народного суверенитета).

Несомненно, сущностной особенностью избирательной системы является совокупность сложившихся в конституционной практике

¹ В этой связи популярное среди западных исследователей понимание избирательной системы как «совокупности правил голосования на выборах в представительные органы и распределения мандатов депутатов», думается, что может быть принято лишь отчасти, выполняя роль своего рода операционального понятия. (Цит. по: Берлявский Л. Г. Сравнительное избирательное право : монография. М. : Юрлитинформ, 2013. С. 80–81).

страны специфических характеристик, черт применения избирательной процедуры или осуществления избирательного процесса (собственно порядка проведения выборов). Таким образом, речь идет не о собственно компонентном составе избирательного процесса (что применительно к существующим международными избирательным стандартам более или менее стандартизировано для абсолютного большинства стран), а главным образом, об особенностях избирательного процесса в его технологико-юридическом контексте. В данном случае для исследователя представляют интерес те компоненты избирательного процесса, которые являются своего рода его идентифицирующими характеристиками. Обобщенно к таковым следует отнести:

1) установленные национальным законодательством способы выдвижения кандидатов, списков кандидатов, способы их регистрации (денежная форма выражения избирательного залога, количество подписей избирателей в поддержку кандидата, списка кандидатов, определенные законом основания отказа в регистрации и юридические средства носителя пассивного избирательного права преодолеть такой отказ и др.); наличие или отсутствие у граждан (избирателей) права непосредственно, вне институциональных форм выдвигать кандидатов, списки кандидатов;

2) наличие или отсутствие у избирателей права влиять на состав партийных списков на этапе их формирования (к примеру, через процедуру «праймериз» или первичные выборы), а равно во время процедуры голосования (в частности, через механизмы панаширования, применение преференциальных списков и др.);

3) наличие или отсутствие законодательно признанных способов консолидации избирательных объединений (интересов) или, иными словами, возможности создания избирательных альянсов;

4) устанавливаемые законодательством посредством так называемых процентных оговорок («заградительного барьера») способы консолидации избирательных объединений, а равно механизмы, ограничивающие доступ в парламент миноритарных политических партий;

5) предусмотренный законодательством порог явки избирателей, являющийся в значительной мере показателем легитимности выборов;

6) существующие в стране способы государственной поддержки политических партий во время избирательных кампаний; законодательно признанные способы голосования. Это и целый ряд других особенностей проводимых в стране выборов или, иными словами, обеспечения механизма реализации избирательных прав граждан,

включая особенности существующей в стране так называемой избирательной юстиции¹.

Несомненно, одной из значимых характеристик избирательной системы является законодательно признанный способ распределения так называемых вакантных депутатских мандатов. В последнее время данная проблема стала чрезвычайно актуальной, в том числе для Российской Федерации. Многократно возникающие в этой связи избирательные споры разрешались в том числе с участием Конституционного Суда Российской Федерации. Понятно, что важно не только само по себе разрешение такого рода споров, но и разрешение их в контексте соотношения с представительным характером законодательного органа власти².

При этом, безусловно, титульной особенностью избирательной системы является способ определения результатов голосования, отражающий, пусть и в завершающий, но, вместе с тем, принципиально важный этап выборов, тип и вид избирательной системы. Понятно также, что способ определения результатов голосования оказывается зависимым от типа и вида избирательной системы и даже от особенностей сложившейся в стране партийной системы.

Изложенное позволяет предложить следующее определение избирательной системы: *это институционализированная и социально обусловленная система конституционных органов и учреждений, гарантирующая организацию и проведение свободных выборов в соответствии с природой избирательных прав, принципами избирательного права, предпочтениями избирателей, установление их (выборов) результатов на основании действительного волеизъявления избирателей (воли народа).*

В обоснование истинности отстаиваемого подхода к пониманию избирательной системы обратим внимание на компетентную зарубежную и отечественную литературу, в которой представлен подобный взгляд на эту действительно сложную проблему доктрины и практики современного конституционализма.

В этой связи представляет интерес позиция западного исследователя Д. Рэя, который при анализе понятия избирательной системы выделяет следующие ее «три основных параметра (переменных)»: 1) способ голосования избирателей (в оригинале – *balloting as a specification of the voter's role in deciding the election*; при этом Д. Рей разделяет категори-

¹ См.: Червонюк В. И., Мелехова А. Ю., Калинин И. В. и др. Конституционное право : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Избирательное право. М., 2017. С. 156.

² См.: Червонюк В. И. Избирательные системы и представительная законодательная власть современного государства // Актуальные проблемы развития конституционализма : материалы научно-практического семинара. Рязань, 2017. С. 71–79.

ческое и ординальное голосование); 2) размер избирательного округа (различались одномандатные и многомандатные округа); 3) электоральная формула¹ – ключевой фактор трансляции голосов в мандаты².

Как отмечается, идея трех переменных была затем воспринята рядом других зарубежных³ и отечественных⁴ исследователей с небольшими уточнениями.

Идея Д. Рэя оказалась близкой пониманию воинствующим сторонникам «узкого» понимания избирательной системы. В этой связи предлагается к трем параметрам Д. Рэя добавить еще один, что в совокупности будет сведено к четырем параметрам: 1) избиратель голосует за конкретного кандидата (конкретных кандидатов) или за партию (возможен и комбинированный вариант одновременного голосования за кандидата и партию); 2) способ голосования (категорический, одобрительный, кумулятивный, преференциальный); 3) величина округа (одномандатный или многомандатный); 4) метод перевода голосов в мандаты.

Как подчеркивает данный автор, нормы, определяющие избирательную систему, «разбросаны по разным частям избирательного закона» и обычно включают: 1) правила образования избирательных округов; 2) правила формирования партийного списка (если система предусматривает голосование за списки кандидатов); 3) содержание избирательного бюллетеня; 4) правила голосования (заполнения бюллетеня) и правила признания бюллетеня недействительным; 5) правила голосования (заполнения бюллетеня) и правила признания бюллетеня недействительным; 6) правила определения результатов выборов.

Принципиально важен вывод автора: «Только описание всех этих норм вместе может дать правильное представление об избирательной системе, действующей на конкретных выборах»⁵.

Таким образом, избирательная система в ее истинном понимании не сводится к пусть и весьма значимому, но все же лишь к одному из своих элементов (способу подсчета голосов избирателей); точно так же избирательная система не представляется бессодержательной абстракцией – совокупностью формирующихся в связи с проведением выборов отношений, хотя и предполагает наличие таких отношений. По своему конституционному содержанию избирательная система

¹ В среде современных отечественных политологов понятие «электоральная формула» иногда используется как синоним понятия «избирательная система» (см., например: Голосов Г. В. Сравнительная политология. СПб., 2001. С. 188; Скрипкина Ж. Б. Избирательные системы технологии. М., 2005. С. 102; Подвинцев О. Б., Голосов Г. В. Избирательная система // Выборы и электоральная политика : словарь. СПб., 2010. С. 60). У Д. Рэя, как это следует из его концепции, электоральная формула – один из основных концептов, характеризующих избирательную систему.

² Rae D. W. The Political Consequences of Electoral Laws. New Haven, 1971. P. 15–23. Цит. по: Любарев А. Е. Избирательные системы: российский и мировой опыт. М., 2016. С. 18–19.

³ См.: Таагепера Р., Шугарт М. С. Описание избирательных систем // ПОЛИС. – 1997. – № 3. – С. 114–136.

⁴ Голосов Г. В. Сравнительная политология. СПб., 2001. С. 212.

⁵ Любарев А. Е. Избирательные системы: российский и мировой опыт. М., 2016. С. 21.

многоуровневая и включает: 1) избирательную инфраструктуру; 2) избирательное законодательство (разноуровневое материальное и процессуальное); 3) органы, его применяющие; 4) избирательную практику – избирательные действия (действия, поведение, реализующее нормы избирательного законодательства), складывающиеся на их основе избирательные правоотношения, практику разрешения избирательных споров в административно-правовом и судебном порядке.

В сущностном значении утверждаемый подход к пониманию избирательной системы позволяет соотнести ее типы (в их рамках – виды) с фундаментальными началами конституционализма, квалифицируя их как демократические или недемократические, обеспечивающие возможность реализации принципа народного суверенитета (делегация властных полномочий своим представителям) или препятствующие достижению этой конституционной цели. На этом же основании становится возможным оценивать качество избирательного законодательства, его конституционность, эффективность избирательной практики его применения, прогнозировать реализуемость (нереализуемость) избирательных прав граждан, в конечном счете – устойчивость и прогрессивный характер всей конституционной системы.

Принципиально важным является и мировоззренческое значение утверждаемого подхода: он позволяет внедрить в массовое конституционное правосознание отвечающую современным демократическим стандартам электоральную формулу, не сводимую к тем элементам, которые уже предложены политической и государственведческой доктриной.

§ 5.2. Избирательные «семьи» и их разновидности

Мировой конституционной практике известно несколько моделей, или типов, избирательных систем, причем критерием обособления одной модели от другой являются известные способы распределения мандатов между кандидатами в зависимости от итогов голосования. Отмеченный критерий указывает на главное, сущностное в избирательной системе – не только на то, каким образом определяются итоги голосования, но и на то, какой способ представительства положен в основу формирования представительного органа законодательной власти. Таких способов существует несколько, и каждый из них, будучи применен к одним и тем же итогам голосования, может дать иной результат. В зависимости от применения таких способов различают следующие основные типы избирательных систем: мажоритарную, пропорциональную и смешанную. Кроме того, выделяются еще

и полупропорциональные избирательные системы (которые не следует смешивать со смешанными системами).

Типы избирательных систем определяются принципами формирования представительного органа власти и соответствующим порядком распределения мандатов по итогам голосования, также предусмотренными в законодательстве о выборах. Считается, что, поскольку в различных странах принципы формирования выборных органов власти и порядок распределения мандатов различны, то реально существует столько модификаций избирательных систем, сколько и государств, использующих выборы для формирования органов государственной власти. Однако многовековой историей развития представительной демократии выработаны два базовых типа избирательных систем – мажоритарная и пропорциональная, элементы которых так или иначе проявляются в многообразных моделях избирательных систем в различных странах.

Мажоритарная избирательная система (от франц. *majorite* – большинство) представляет систему определения результатов выборов, согласно которой избранным по избирательному округу считается кандидат, получивший установленное законом большинство голосов. Это старейшая из всех существующих систем, практикуемая при формировании парламентов, выборах президентов. Достоинство мажоритарной системы – в результативности (выборы во всех случаях заканчиваются победой одного из кандидатов), персонифицированности, т. е. каждого депутата избирают в личном качестве (избиратель голосует не за список кандидатов, а за конкретного кандидата), в непосредственной связи избранного депутата и избирателей; среди недостатков – невысокая представительность или репрезентативность победившего депутата, потеря голосов избирателей, голосовавших за проигравшего кандидата.

Различают три разновидности мажоритарной избирательной системы: согласно *мажоритарной избирательной системы абсолютного большинства* (французская модель, применяемая при проведении выборов главы государства) избранным считается кандидат, за которого отдано абсолютное число голосов (50 % + 1 голос); на основании *мажоритарной избирательной системы относительного большинства* (английская модель, применяемая в 42 странах) победителем признается тот кандидат, который набрал относительное большинство голосов по сравнению с иными соперниками; по *мажоритарной избирательной системе квалифицированного большинства* для победы на выборах необходимо набрать фиксированное или оп-

ределенное число (25 %, 30 %, 2/3, 3/5) голосов избирателей, участвующих в выборах.

Для *пропорциональной системы* характерно распределение мандатов в представительном органе власти пропорционально поданным за партийные списки (кандидатов на выборные должности) голосам. Пропорциональная избирательная система представляет систему пропорционального представительства партий и движений в парламенте, основанную на том, чтобы каждая партия (движение) получали в парламенте или ином представительном органе число мандатов, пропорциональное числу голосов, поданных за ее кандидатов на выборах. То, что ставят в заслугу мажоритарной системе, является недостатком пропорциональной, прежде всего неперсонифицированный характер выборов. К тому же при неразвитости партийной системы избирателю практически невозможно найти «свою» партию. Именно по этой причине в целом ряде стран либо применяется модифицированная пропорциональная система (*системы панаширования, преференциального голосования, кумулятивного вотума, единственного непередаваемого голоса, единственного передаваемого голоса* и др., всего около 100 модификаций), либо она применяется наряду с мажоритарной системой (*смешанная избирательная система*). В таком или ином реформированном в сравнении с их классическими аналогами виде представлены избирательные системы в современных зарубежных странах.

Соответственно *смешанная избирательная система* предполагает сочетание принципов мажоритаризма и пропорционализма. К примеру, половина депутатов Бундестага (парламент ФРГ) избираются по мажоритарной системе абсолютного большинства, другая половина — по пропорциональной, т. е. по партийным спискам. Это так называемая симметричная избирательная система, в том числе применяемая в Российской Федерации при избрании депутатов Государственной Думы Федерального Собрания. Встречаются и иные комбинации. Так, в Австралии палата представителей избирается с применением мажоритарной системы абсолютного большинства, сенат — на основе принципа пропорционального представительства. Формирование нижней и верхней палат Парламента Японии (палаты представителей и палаты советников) предполагает использование одновременно двух этих систем при выборах членов каждой из них.

§ 5.3. Проблема выбора избирательной системы

Проведенный специализированными международными структурами по вопросам выборов анализ показал, что в мировой избирательной практике применяются апробированные избирательные системы.

К их числу, по мнению компетентного экспертного сообщества относятся:

1) мажоритарная избирательная система относительного большинства – применяется в 47 государствах, в том числе превратившись на практике в исключительно «партийную» систему выдвижения, избрания кандидатов (Соединенное Королевство Великобритании);

2) система блокового «кандидатского» голосования – используется в многомандатных избирательных округах: избиратель имеет столько голосов, сколько кандидатов включено в избирательный бюллетень, соответственно избранным признается кандидат, получивший наибольшее число голосов избирателей (применяется в 15 странах);

3) система «блокового партийного» голосования – находит применение в многомандатных избирательных округах; избиратель голосует исключительно за партию (жесткий список), и партия, получившая наибольшее число голосов избирателей, получает все депутатские мандаты в многомандатном избирательном округе (применяется в 4 странах);

4) система альтернативного голосования – применяется в одном избирательном округе при предоставлении избирателю права на выражение предпочтения в отношении кандидатов. В случае если кандидат не получил 50 % голосов, кандидат с наименьшим количеством голосов избирателей исключается и его голоса (предпочтения) распределяются среди остальных кандидатов до избрания одного кандидата (применяется в 3 странах);

5) система двухтурового голосования – применяется в случаях, если в первом туре ни один из кандидатов не получил абсолютного большинства голосов, как правило, более 50 % (22 страны);

6) пропорциональная избирательная система (74 страны);

7) система одиночного передаваемого голоса – применяется в многомандатном избирательном округе при первоначальном установлении квоты (первых) голосов избирателей для признания кандидата избранным; в случае если кандидат не достиг указанной квоты, кандидат с наименьшим количеством предпочтительных голосов избирателей исключается и его голоса (первая и другая предпочтения) распределяются среди остальных кандидатов (2 страны);

8) смешанная (классическая) избирательная система – первоначально распределяются мандаты по избирательному округу, затем между партийными списками кандидатов (9 стран);

9) смешанная (неоклассическая) избирательная система – фиксированная часть депутатов избирается по избирательному округу, другая фиксированная часть – по партийным спискам (17 стран, включая Российскую Федерацию);

10) система одиночно передаваемого голоса – применяется в многомандатных избирательных округах, в которых избиратель голосует только за одного кандидата и набравший наибольшее число голосов избирателей признается избранным (4 страны);

11) система голосования «Борда» – применяется как в одномандатном, так и в многомандатном избирательном округе с предоставлением избирателю права на преференции и придание им соответствующего удельного веса. Кандидат, набравший наибольший удельный вес преференций, признается избранным (1 страна);

12) система ограниченного голосования – применяется в многомандатном избирательном округе при предоставлении избирателю голосов, число которых меньше, чем число кандидатов в избирательном бюллетене – (1 страна)¹.

Отмечается, что избирательные системы 1–3 относятся к мажоритарным; 6–7 являются исключительно пропорциональными; 8–9 относятся к смешанным; 10–12 выступают разновидностями других систем организации выборов, являются своего рода самостоятельными видами избирательных систем².

В поисках подходящей для конкретных условий «места и времени» избирательной системы и выборных технологий экспертное сообщество выработало обширную систему критериев, которым должны соответствовать упомянутые системы и технологии с тем, чтобы минимальная демократия могла выполнить свои функции.

Многие зарубежные исследователи сходятся во мнении, утверждая, что такими критериями, являются: а) наличие стабильного эффективного правительства; б) профессионализм депутатов, их личная ответственность и наличие связи между народными представителями и избирателями; в) наличие сплоченных и дисциплинированных политических партий, которые играют интегрирующую роль в общест-

¹ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Вып. 3. М., 2013. С. 38.

² См.: Современное зарубежное избирательное право : монография / под ред. А. Г. Орлова, Е. А. Крамянской. М. : МГИМО-Университет, 2013. С. 304.

ве и учитывают национальные интересы; г) точность представительства, т. е. отражение воли народа, предпочтений избирателей, учет мнений как можно большего их числа; д) восприятие избирательной системы общественностью в качестве легитимной; е) право избирателей отстранять членов правительств; ж) ответственность правительства перед избирателями; з) представительство меньшинства; е) расширение возможностей для выбора избирателей.

Отдельными экспертами предлагаются и иные критерии, к которым относят: возможность сформировать правительство большинства, благотворное влияние выборов народных представителей на функционирование правительства; запрет на участие в выборах экстремистских и прочих неконституционных партий; предопределение действий правительства результатами выборов и представительство местных интересов; право избирателей принимать решения относительно определения вариантов правительственных действий; предопределение действий правительства; наличие эффективного парламента, способного осуществлять контроль за деятельностью правительства; социально-демографическое представительство в парламенте; рост возможностей для участия избирателей наличие эффективного парламента, способного осуществлять контроль за деятельностью правительства; социально-демографическое представительство в парламенте; рост возможностей для участия избирателей; межэтническое и межрелигиозное примирение¹.

Все это указывает на то, что современные избирательные системы должны отличаться лабильностью, конкурентностью, но не жестким противостоянием, направленностью на решение базовых задач общества, его интеграцию. Иными словами, применение избирательной системы должно обеспечивать консолидацию общества, в конечном счете – общенациональный успех, а не успех отдельных групп, создающих себе многочисленные преференции за счет абсолютного большинства граждан страны.

Если коротко обобщить показатели социально приемлемой избирательной системы, то такая система должна гарантировать достижение двух весьма противоречивых целей: 1) формирование эффективно работающего и ответственного правительства; 2) способность обеспечить адекватное представительство в выборных органах государственной власти.

¹ См.: Право избирать и быть избранным в российских политических реалиях: основные конституционно-правовые проблемы : учебно-методический комплекс / рук. авт. кол. и отв. ред. проф. С. А. Авакьян. М. : Юстицинформ, 2015. С. 447–449.

§ 6. Организация проведения выборов в зарубежных странах. Избирательный процесс

§ 6.1. Понятие избирательного процесса

С точки зрения социотехники избирательный процесс предстает как публичный конкурентный политический процесс, в рамках которого разворачивается политическая правосубъектность граждан-избирателей и посредством их волеизъявления воспроизводится и легитимируется деятельность представительных, а также выборных институтов власти и управления. В формально-юридическом значении¹ избирательный процесс есть совокупность: 1) *избирательных действий* (назначение выборов, составление списков избирателей; выдвижение кандидатов и их регистрация; определение результатов голосования и др.); 2) предусмотренных законом *процедур* их совершения; 3) возникающих на основе действий, деятельности поведения различных субъектов избирательного права и процесса правоотношений или юридически значимых избирательных коммуникаций (коммуникативных связей); такие связи и отношения характеризуются: а) наличием сторон, представленных носителями избирательных прав и обязанностей; б) взаимными правами и обязанностями, которые предусмотрены нормами избирательного законодательства; в свою очередь «материальной» основой прав и обязанностей участников электоральных правоотношений являются интересы. С некоторыми оговорками можно сказать, что избирательный процесс – это организация проведения выборов, или порядок проведения выборов, всей избирательной кампании.

Группа относительно однородных действий и соответствующих им процедур образуют *стадию избирательного процесса*. Логике выборов (как объективному основанию) и структурированным в соответствии с ней группами избирательных действий в составе избирательного процесса обособляются следующие стадии: 1) назначение выборов; 2) образование избирательно-территориальных единиц; 3) формирование избирательных комиссий; 4) выдвижение и регистрация кандидатов, списков кандидатов; 5) информационное обеспечение и информирование избирателей; (6) финансирование избирательной кампании; 7) предвыборная агитация; 8) голосование, уста-

¹ Сосина И. А. Современные избирательные системы в аспекте политической компаративистики : автореф. дис. ... д-ра полит. наук. М., 2003. С. 12.

новление итогов и определение результатов выборов; обнародование результатов выборов.

Это основные стадии, которые могут быть дополнены факультативными: проведение повторных, дополнительных выборов; разрешение избирательных споров.

Выделение отмеченных стадий не является произвольным актом, и поэтому всякие «упражнения» с систематикой объективно обособляющихся циклов процесса выборов чреваты нарушениями избирательных прав, неэффективностью избирательного процесса и пр.

Если руководствоваться практическими целями, то всю совокупность выделенных стадий можно «собрать» применительно к двум крупным этапам избирательного процесса: 1) предварительный; 2) основной. Каждый из них инкорпорирует несколько групп однородных избирательных действий (равно как и процедур, которым эти действия должны быть подчинены). Предварительный этап связан с формированием *избирательной инфраструктуры* и включает соответственно формирование избирательных органов, образование территориальных избирательных единиц (избирательных округов и избирательных участков), регистрацию избирателей. Основной этап консолидирует под своим началом следующие стадии: выдвижение и регистрация кандидатов (списков кандидатов); информирование избирателей и информационное обеспечение выборов; предвыборная агитация; финансирование выборов; голосование, подсчет голосов, определение итогов голосования и результатов выборов, официальное опубликование данных о выборах. Несколько обособленно от всех стадий «располагается» стадия назначения выборов – основной юридический факт, с которым связаны все последующие действия и решения участников избирательного процесса. Для некоторых стран (к примеру, США) эта стадия имеет упрощенный характер, но эта особенность не исключает ее (стадию назначения) из общего числа избирательных циклов, но лишь обращает внимание на специфику технико-юридической формы введения в избирательный процесс.

§ 6.2. Назначение выборов

Назначение выборов – это начальная стадия избирательного процесса, когда уполномоченный на то орган государства в установленном законом сроки провозглашает в издаваемом им акте дату проведения выборов. Следовательно, назначение выборов есть установление официальной даты голосования. С точки зрения конституционно-процессуального права назначение выборов представляет собой сово-

купность последовательно, в рамках установленных законом сроков реализуемых действий по принятию уполномоченным на то должностным лицом, органом публичной власти, иным определенным законом органом решения о назначении выборов и по официальному опубликованию этого решения. Назначение выборов одновременно выступает и как механизм, и как важнейшая конституционная гарантия обеспечения соблюдения требований обязательности и периодичности (в надлежащие сроки) проведения выборов. Это тот юридический факт, с которым национальное избирательное законодательство связывает старт очередной (внеочередной или досрочной) избирательной кампании. Это основной юридический факт, с которым связаны все последующие действия по проведению выборов. После назначения или объявления выборов определяются сроки проведения всех остальных мероприятий избирательной кампании. Национальное законодательство определяет общий и особый порядок назначения выборов, в том числе сроки – продолжительность организации и проведения основных, очередных и досрочных выборов. В нормативных правовых актах о выборах закрепляется перечень уполномоченных органов и должностных лиц, на которые возложена конституционно-правовая обязанность назначения и проведения выборов.

Согласно национальному законодательству выборы назначает уполномоченный на то орган или должностное лицо. Порядок назначения выборов определяется конституционно-правовым перечнем государственных органов или должностных лиц, правомочных принимать решение об их назначении. Во всех монархических государствах, где существует институт выборного монарха, применяется специальный порядок избрания монарха¹. Одна из моделей порядка и

¹ Избрание нового выборного монарха как главы государства производится уполномоченным на то конституцией органом и в сроки, принимающие во внимание со-
вмещенный статус выборного монарха и главы государства. Так, в соответствии со ст. 10 Конституции Камбоджи камбоджийская монархия является выборной. В случае смерти Короля Камбоджи не позднее чем 7 семь дней Тронный совет избирает нового Короля Королевства Камбоджа пожизненно. В состав Тронного совета входит Председатель Сената (верхней палаты парламента), Председатель Национального собрания (нижней палаты парламента), Премьер-министр, главы орденов Маханикай и Тхаммаюникай, первый и второй заместители Председателя Сената, первый и второй заместители Председателя Национального собрания. Организация и деятельность Тройного совета регламентируется законом (ст. 13 Конституции Камбоджи). В соответствии со ст. 14 Конституции Камбоджи Королем Камбоджи становится член королевской семьи в возрасте не моложе 30 лет, являющийся прямым потомком Короля Анг Дуонга, Короля Нородома или Короля Сисовата (см.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 180).

сроков назначения парламентских выборов закрепляет правомочие главы государства (в частности, президента) назначать парламентские выборы, другие модели – правомочие парламента, в том числе его руководителя, либо премьер-министра, либо правительства. Как правило, президентские выборы назначаются парламентом (одной из его палат), в том числе его руководителем в соответствии с конституционными положениями, либо главой государства¹, либо срок их проведения конституционно предписан.

Конституционно или законодательно определяются сроки и дата проведения выборов. При этом относительно срока принятия решения о назначении и проведении всеобщих прямых президентских выборов в национальных конституциях содержатся различные варианты (модели), однако преобладающим является установление фиксированного срока (в течение 60 либо 90 дней, либо 4 месяцев) либо периода в пределах от 3 до 2 месяцев (от 120 до 30 дней либо между 90 и 60 днями, либо от 70 до 40 дней, либо не позднее чем за 1 месяц и не ранее чем за 2 месяца) до истечения конституционного срока полномочий главы государства (Восточный Тимор, Бангладеш, Кирибати, Республика Корея, Мальдивская Республика, Монголия, Сингапур, Шри-Ланка)². Возможно применение так называемого рамочного предельного максимального-минимального срока для определения сроков проведения президентских выборов; в этом случае в целях заполнения вакансии выборы проводятся в период между 90 и 60 днями до истечения срока полномочий.

По Конституции Малайзии Верховный глава Малайзии (Янг ди-Пертуан Агонг) избирается Советом правителей на фиксированный срок полномочий, равный 5 годам, из числа 9 наследственных правителей (султанов) штатов Западной Малайи. Совет правителей предлагает должность Янг ди-Пертуан Агонга тому Правителю, имеющему право на избрание, штат которого стоит первым в избирательном списке, упомянутом в Приложении третьем к Конституции Малайзии, а если он отказывается от этой должности, то Правителю, штат которого стоит следующим в этом списке, и так далее, пока Правитель не выразит своего согласия на занятие этой должности (см.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 247).

¹ Так, в Восточном Тиморе президентские выборы назначает непосредственно Президент Восточного Тимора как глава государства. В соответствии со ст. 86 Конституции Президент Восточного Тимора наделен полномочиями назначать даты президентских выборов в соответствии с законом, распускать Национальный парламент в случае возникновения серьезного кризиса, препятствующего формированию Правительства или одобрению государственного бюджета, длящегося более 60 дней, после проведения консультаций с политическими партиями, входящими в состав Национального парламента.

² См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Вып. 3. М., 2013.

Так, согласно Конституции Исламской Республики Пакистан от 12 апреля 1973 г. (ст. 41) избрание на должность Президента Пакистана должно осуществляться не ранее чем за 60 дней и не позднее чем за 30 дней до окончания срока пребывания в должности действующего Президента Пакистана. Если эти выборы не могут быть проведены в вышеуказанный период времени в связи с тем, что Национальное собрание распущено, они должны состояться в течение 30 дней после всеобщих выборов в Национальное собрание¹.

При назначении очередных выборов польский законодатель использует правило зависимости от истечения срока полномочий соответствующего государственного органа. Конституционные сроки полномочий Президента Республики и парламента составляют соответственно 5 лет и 4 года. Таким образом, раз в 5 лет должны проводиться очередные президентские, а раз в 4 года – очередные парламентские выборы.

Реже применяется такой способ, как установление в Конституции фиксированной календарной даты для проведения всеобщих прямых президентских выборов (США, Исландия).

Точно так же разнообразны подходы к назначению парламентских выборов. В одних государствах парламентские выборы назначает глава государства (Албания, Болгария, Венгрия, Греция, Дания, Ирландия и др.), в других – парламент, в том числе его руководитель (Македония) либо премьер-министр (Андорра), либо правительство по предложению премьер-министра (Ирландия), либо парламентские выборы должны проводиться в установленный (фиксированный) конституцией и законодательством о выборах срок (Швеция)².

Конституционное законодательство оговаривает *основания назначения выборов*. В частности, основанием для назначения президентских выборов по законодательству зарубежных стран являются: а) истечение конституционного срока полномочий; б) образование вакансии, в том числе в связи с процедурой импичмента в отношении президента; в) иные основания, предусмотренные конституцией и законодательством. В случае досрочного прекращения полномочий органов или депутатов, влекущего за собой неправомочность органа, досрочные выборы должны быть проведены не позднее чем через 6 месяцев со дня такого досрочного прекращения полномочий. Законодательство о выборах устанавливает, что решение о назначении выборов должно быть принято в определенные сроки.

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан, 2010. С. 712.

² Кроме того, распространены и иные варианты (модели), когда глава государства назначает выборы по предложению Премьер-министра (Исландия, Латвия, Литва, Люксембург, Норвегия, Хорватия, Эстония); в ряде государств парламентские выборы назначает парламент (Македония, Монголия). В конституционной практике зарубежных стран известна и так называемая модель единой компетенции по вопросам назначения, когда как президентские, так и парламентские выборы назначает в соответствии с императивным указанием национальной конституции парламент (Монголия).

§ 6.3. Предварительный этап избирательного процесса.

Формирование избирательной инфраструктуры

Регистрация (учет) избирателей и составление списка избирателей. *Это этап избирательной кампании (стадия избирательного процесса), связанный с составлением списка избирателей – документа, содержащего в алфавитном или ином порядке перечень граждан, обладающих активным избирательным правом и проживающих на территории избирательного участка.*

Назначение составления списка избирателей заключается в том, чтобы предоставить возможность каждому избирателю отдать свой голос, тем самым гарантируя принцип всеобщности выборов, и исключить участие в выборах лиц, не обладающих активным избирательным правом. Регистрация избирателей и составление списков избирателей, которые имеют право принять участие в голосовании, относятся к тем начальным стадиям избирательного процесса, при отсутствии которых сам процесс голосования, а следовательно, и выборов становится невозможным. Принципы и порядок формирования списков избирателей во многом могут свидетельствовать о демократизации проведения выборов, являясь одной из главных гарантий реализации принципа всеобщего избирательного права. Регистрация избирателей позволяет сформировать так называемый юридический избирательный корпус. В современных условиях регистрация и составление списка избирателей имеет еще одно значение – информационно-технологическое. Подчеркивается, что отмеченная процедура воспринимается как технический инструмент избирательными органами, а равно иными государственными структурами для того, чтобы электоральным органам планировать, организовывать, влиять и контролировать избирательные механизмы гражданского участия.

Доктринально различают два основных вида регистрации избирателей, в зависимости от того, «на ком лежит бремя регистрации»: публичная (обязательная) и личная (добровольная); первую еще именуют пассивной, вторую – активной. Кроме того, система регистрации избирателей может быть также постоянной, предполагающей, что зарегистрированный по месту жительства избиратель не должен более перед каждыми выборами проходить эту процедуру. Исправления в списках избирателей вносятся лишь при изменении ими места жительства, фамилии либо утрате избирательных прав или смерти. Временная система регистрации избирателей предполагает, что перед каждыми выборами составляются новые списки избирателей, соответственно все избиратели регистрируются вновь.

Одна из особенностей регистрации избирателей и их участия в голосовании – выдача избирателю удостоверения как основного документа для участия в голосовании (Багамские Острова, Белиз, Боливия, Гренада, Коста-Рика, Панама, Перу, Сальвадор)¹.

Формирование избирательных территориальных единиц. Избирательные округа и избирательные участки. *Избирательный округ – это территориальная (избирательная) единица (территория), от которой непосредственно гражданами избираются депутаты, а также выборные должностные лица.*

В зависимости от того, какое количество депутатов избирается, различают одномандатные, многомандатные. единый (национальный) избирательные округа. Одномандатный (одноименный, или унитарный) – округ, от которого по мажоритарной системе избирается один депутат; многомандатный – округ, от которого избираются несколько депутатов и при этом за каждого из них избиратели голосуют персонально; *единый (общенациональный) избирательный округ* – округ, представленный всей территорией государства, в котором предвыборную борьбу ведут избирательные объединения. Кроме того, в избирательной практике целого ряда зарубежных стран практикуется использование специальных избирательных округов.

Образование (нарезка) избирательных округов – это формирование особых территориальных единиц, от которых избирается один или несколько депутатов либо должностных лиц. Все без исключения избирательные округа должны формироваться в соответствии с принципом равного избирательного права исходя из законодательно установленной для данных выборов нормы представительства.

Поскольку способы образования избирательных округов отражают особенности самой избирательной системы, при их (избирательных округов) образовании очевидной является зависимость избирательного округа от типа избирательной системы (а в рамках отдельного типа учитываются и его разновидности). Отсюда при проведении парламентских выборов по правилам пропорциональной избирательной системы используется модель образования многомандатных избирательных округов. Применительно к отдельной группе стран учреждаются избирательные округа, призванные учесть национальный состав населения.

¹ См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Американский континент. С. 97–98.

Избирательное законодательство устанавливает, что все (одно-мандатные и многомандатные) избирательные округа должны образовываться с соблюдением следующих требований: а) учитывать примерное равенство числа избирателей с некоторым допустимым отклонением от средней нормы представительства избирателей; б) избирательный округ образует единую территорию, не допускается образование избирательного округа из не граничащих между собой территорий, за исключением анклавных территорий; в) учитывается административно-территориальное устройство (деление) и др.

Порядок образования избирательных округов определяется национальным законодательством и отличается существенными особенностями. Так, законодательство ряда государств устанавливает порядок, в соответствии с которым избирательные округа определяются к каждому новым выборам. В практике некоторых государств встречается и иной подход – утверждение избирательных округов на длительный срок (иногда свыше 10 лет, с учетом переписи населения каждые 10 лет и другие варианты).

Публикация (обнародование) схемы образованных избирательных округов, включая ее графическое изображение, осуществляется соответствующим представительным органом государственной власти, органом местного самоуправления осуществляется в сроки не позднее чем за 5 дней после ее утверждения.

В отличие от избирательного округа *избирательный участок есть образуемая в границах избирательного округа территориальная единица, предназначенная для регистрации избирателей, проведения голосования и подсчета голосов.*

При образовании избирательных участков национальный законодатель исходит из необходимости создания максимальных удобств для участия избирателей в голосовании. Это проявляется в создании не только стандартных, но и специальных избирательных участков, в том числе в местах временного пребывания избирателей, а также за пределами территории государства, и, кроме того, в установлении максимальной численности избирателей на избирательном участке. Для определения численности избирателей, приходящихся на один избирательный участок, национальные законодатели используют разные подходы (модели). Однако доминирующим является установление верхнего предела численности избирателей на избирательном участке.

В Афганистане, в отличие от других государств, образуются раздельные мужские и женские избирательные участки для голосования избирателей-мужчин и избирателей-женщин, а также для голосо-

ния представителей национального меньшинства – кучи. С учетом этого регистрация избирателей является активной, а составление списков избирателей производится по гендерному и национальному признакам¹.

Избирательные органы. *Это самостоятельные и независимые избирательные органы (комиссии, бюро, трибуналы, электоральные советы и др.), нередко специально учреждаемые, которые организуют и обеспечивают проведение выборов.* Избирательные органы встроены в механизм выборов, имея своей главной целью обеспечение при их проведении реализации избирательных прав граждан. Правильно сказать, что избирательные органы благоприятствуют и гарантируют осуществление избирательных прав в соответствии с их действительным назначением и конституционно признанными целями. С рассматриваемых позиций у избирательных органов, каким бы статусом их не наделяло государство, нет иных целей, помимо тех, которые вытекают из содержания избирательных прав граждан.

В доктрине выделяют следующие группы (модели) избирательных органов: 1) жестко централизованную систему избирательных органов с формально-юридическим (или фактическим) признанием носителем избирательной власти; 2) обособленную, институционализированную и иерархичную систему избирательных органов во главе с центральным органом; 3) институции гражданского общества, наделенные статусом избирательного органа. Несколько обособленно от этих моделей избирательных органов можно выделить те структуры, которые в законодательстве зарубежных стран и в специальной литературе обозначают термином «организатор выборов».

Первую группу образуют избирательные органы латиноамериканских государств, ряда государств Индостана, некоторых стран Восточной Европы, Средней Азии. Если к большинству современных демократических государств словосочетание «избирательная власть», интерпретируемое в самом общем виде как наделение государственной властью центрального избирательного органа страны, не вполне приемлемо, то иной вывод следует сделать применительно к латиноамериканской конституционной действительности. Именно для этой группы стран – Центральной и Южной Америки – понятие избирательной власти органично вписывается в конструкцию публичной власти латиноамериканского государства².

¹ См.: Лысенко В. И. Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Европейско-Азиатский регион / под общ. ред. В. Е. Чурова. Вып. 4. М., 2015.

² См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в

Второй тип избирательных органов – наиболее распространенный на разных континентах и имеет тенденцию к расширению круга стран, к нему относящихся, за счет преобразования избирательных органов третьей группы, т. е. приобретения последними статуса, которым наделены органы, отнесенные ко второй группе. Есть, правда, и другие примеры, когда из второй группы отмечается переход в третью группу, как это, в частности, характерно для современной Японии. Вместе с тем, процессы централизации и децентрализации не имеют однозначно однолинейной направленности. Так, в ряде стран заметна профессионализация избирательных комиссий. Вследствие профессионализации выборов в Японии с 1947 г. по 1996 г. была создана Общенациональная избирательная комиссия, которая полностью была независима от парламента и правительства; в последующем процессы демократизации обусловили придание избирательным органам страны иного статуса.

Третья группа объединяет органы и учреждения, наделенные прерогативами организации и проведения выборов в масштабах всей страны. Для целой группы европейских стран управление избирательным процессом на общенациональном уровне возложено на исполнительные органы государственной власти – правительство или министерство внутренних дел и др. (Греция, Кипр, Мальта, Португалия и др.)¹.

Четвертая модель избирательных органов – организаторы выборов. Как отмечалось, не во всех зарубежных странах организация проведения выборов возлагается на специально учреждаемые избирательные органы. Соответственно обособляется еще одна модель организационного обеспечения избирательного процесса в стране. В частности, при проведении парламентских выборов в Науру основными избирательными органами являются не избирательные комиссии, а высшие должностные лица по вопросам организации и проведения выборов, которыми являются Руководитель выборов, руководитель по вопросам учета избирателей и его заместитель. Указанные лица назначаются на должность решением Президента Науру на уровне 14 административных районов страны. Руководитель выборов назначает руководителей по вопросам организации выборов, которые являются одновременно его заместителями. Участковые избирательные органы формируются

10 вып. Вып. 5. С. 127–133.

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. С. 135.

в составе председателя, клерков, а также лиц, которые оказывают им помощь при подсчете голосов избирателей.

К этому типу избирательных органов можно было бы отнести органы обеспечения проведения выборов, сложившиеся в Великобритании. Исторически в Великобритании отсутствовала единая централизованная система избирательных органов; организацией выборов традиционно занимались органы власти. На национальном уровне Кабинет министров отвечал за разработку политики в области выборов путем принятия нормативных актов, относящихся к проведению выборов и подготовке нового законодательства. Однако в последнее время обозначилась тенденция к формированию специализированных избирательных органов и передаче им большего объема полномочий в сфере организации и проведения выборов.

§ 6. 4. Основной этап избирательного процесса

Выдвижение и регистрация кандидатов, списков кандидатов.

Выдвижение и регистрация кандидатов, списков кандидатов – это такая стадия избирательного процесса, содержанием которой охватывается совокупность процедур, связанных с выдвижением кандидатов (списков кандидатов), а также сбором подписей избирателей в поддержку указанной инициативы или иные формы поддержки указанной инициативы, предусмотренные законом.

Процесс выдвижения кандидатур и последующая их регистрация избирательными органами являются неотъемлемой частью и обязательной стадией любой избирательной кампании. Более того, именно на этой стадии определяется содержательная сторона конкретных выборов, поскольку появляются их главные действующие лица – кандидаты на выборные должности. Таким образом, независимо от вида проводимых выборов и используемой избирательной системы стадия выдвижения кандидатов имеет ключевое значение, во многом предопределяя всю последующую интригу выборов. Особое значение процесс выдвижения и регистрации кандидатов приобретает и в силу того, что именно на этой стадии наиболее отчетливо проявляется необходимость соблюдения баланса интересов каждого из избирателей и общества в целом. Понятно, что гарантированному национальной конституцией пассивному избирательному праву граждан противостоят интересы сообщества в целом, заинтересованного не только в достижении подлинной представительности воли избирателей, но и в формировании в результате ее волеизъявления эффективно работающих органов государства. Не случайно, что установленные в основном законе страны квалифика-

ционные требования к лицам, баллотирующимся на парламентских или президентских выборах, более жестки, чем к избирателям.

Принципиальным является вопрос о том, кому принадлежит право выдвижения кандидатов (списков кандидатов) или, другими словами, ключевое значение для всех стран имеет способ выдвижения кандидатов. Изучение проблемы показывает, что в ряде государств такое право предоставлено широкому кругу участников избирательного процесса: политическим партиям (политическим коалициям), политическим движениям, общественным организациям, политическим организациям национальных меньшинств, гражданам, группам граждан, в порядке самовыдвижения, в том числе в форме списка независимых кандидатов, в других государствах, с учетом типа избирательной системы или законодательного регулирования, только определенным субъектам избирательного процесса, например только политическим партиям, политическим коалициям. В ряде стран предусмотрено «блоковое» выдвижение кандидатов. Предполагается, что партии, которые вступили между собой в коалицию или с группами избирателей, могут выдвинуть совместных кандидатов от данных коалиций. Выдвинутые таким образом кандидаты должны быть едиными для всех партий, движений или групп граждан, которые участвуют в этой коалиции. Равным образом единый кандидат от коалиции будет единым кандидатом и для такой партии, которая, не вступая в данную коалицию, решила поддержать этого единого кандидата от коалиции. В случае проведения президентских выборов частью такой коалиции будут считаться политические партии и движения, которые публично продемонстрировали поддержку единого кандидата от этой коалиции.

Регистрация кандидатов (списков кандидатов) осуществляется на основе различных процедур и при соблюдении ряда конституционно-правовых требований. В ряде государств конституционно закреплены положения о сборе подписей избирателей и (или) внесении избирательного залога. Действующее избирательное законодательство современных государств предусматривает, что выдвижение и регистрация кандидатов, списков кандидатов может сопровождаться обязательным сбором установленного законодательством о выборах количества подписей избирателей в поддержку выдвинутого кандидата, списка кандидатов (законодательные требования в этой части существенно различаются) и (или) внесения кандидатом, политической партией (политической коалицией) избирательного залога либо сбор подписей избирателей и (или) внесение избирательного залога законодательством вообще не предусматривается (Португалия).

Финансовое обеспечение выборов в зарубежных странах. *Этап избирательной кампании (стадия избирательного процесса), характеризующийся совокупностью избирательных действий, связанных с финансовым обеспечением подготовки и проведения выборов и финансированием предвыборной агитации.* Финансирование выборов состоит из таких составляющих, как финансовое обеспечение подготовки и проведения выборов и финансирование предвыборной агитации. Финансирование выборов и избирательных кампаний участников выборов в различных государствах отличается использованием разных подходов: а) финансирование преимущественно из средств государственного бюджета; б) модель смешанного государственно-частного финансирования; в) финансирование избирательных кампаний кандидатов при условии создания собственных избирательных фондов¹.

Анализ показывает, что законодательство зарубежных стран избирательно подходит к проблеме формально-юридического определения предельных сумм расходования на избирательные кампании. Есть достаточно большая группа государств, национальное законодательство которых решает данную проблему по умолчанию, полагаясь на цивилизованное поведение участников избирательного процесса. В иных странах законодательство все же содержит установления, касающиеся предельных сумм расходования. При этом способы правового регулирования данной проблемы национальный законодатель избирает по своему усмотрению. В частности, в Польше предельная сумма расходов избирательного комитета на парламентских выборах устанавливается через определение ее лимита, на президентских – в конкретной сумме. Расходы избирательного комитета на избирательную кампанию, проводимую в виде рекламы, в том числе в прессе, не могут превышать 80 % максимальной суммы всей избирательной кампании. Расходы, понесенные избирательным комитетом в ходе избирательной кампании, покрываются из его собственных источников. Все финансовые вопросы находятся в ведении финансового уполномоченного комитета. Установлено, что им не может быть кандидат в депутаты, сенаторы либо на пост Президента Республики, уполномоченный избирательного комитета, а также лицо, являющееся должностным лицом согласно Уголовному кодексу.

Предвыборная агитация: процессуальные сроки, продолжительность, конституционные формы, ограничения электораль-

¹ См.: Калинин И. В., Червонюк В. И. Финансовое обеспечение выборов (сравнительный анализ конституционной практики зарубежных государств) // Конституционное и государственное право. – 2018. – № 1. – С. 34–40.

ной активности. Важнейшим элементом избирательной кампании на общенациональном или региональном уровне является предвыборная агитация. В избирательном процессе *предвыборная агитация интерпретируется как осуществляемая в период избирательной кампании стадия избирательного процесса, предусматривающая порядок (процедуры) осуществления представителями избирательных объединений, блоков, инициативных групп, непосредственно избирателями целенаправленных действий в поддержку и продвижение кандидатов, списков кандидатов.*

С точки зрения своего назначения предвыборная агитация представляет собой совместную деятельность отдельных политических партий, партий, заключивших избирательный пакт, партийных и независимых кандидатов, средств массовой информации по активному вовлечению в избирательный процесс граждан с целью максимального их информирования о программах партий, партийных и независимых кандидатов. Цель агитации – побудить избирателей к голосованию за кандидата, кандидатов, список, списки кандидатов, равно как и против них; в конечном итоге целью является получение кандидатами на выборные должности максимального количества голосов избирателей и занятие государственных постов.

По своему конституционному смыслу и содержанию предвыборная агитация не совпадает с понятием избирательной кампании, будучи соотнесенной с ней как целое и часть; их различие имеет пространственный и временной контекст. В принципе не совпадают они по кругу лиц, формам электоральных действий, хотя здесь линий пересечения немало. В то же время избирательная кампания и предвыборная агитация очень близки по целям, ожидаемому результату (электоральному эффекту). Именно в силу этой причины данные понятия часто отождествляют, используя их в лексике как взаимозаменяемые.

Общим принципом, на основе которого должна проводиться любая избирательная кампания, является предоставление равных возможностей для всех участвующих в ней политических партий и групп избирателей. Именно этого стремится добиться законодатель, создавая механизм защиты прав каждого из участников кампании. Выборы органично связаны с правом; воспроизводство публичной власти посредством выборов возможно исключительно в правовой форме, способами и средствами, дозволенными или не запрещенными законом, подчиняясь требованиям общедозволительного типа (принципа) правового регулирования и презумпции добросовестного поведения. Агитация, как и избирательная кампания в целом, должна проводить-

ся по принципам, в формах, в сроки и в местах, определенными законом. Еще одним из важнейших законодательно установленных принципов предвыборной агитации является принцип свободы проведения избирательной кампании (кроме ограничений, определенных в самом законе).

Правовой режим предвыборной агитации с формально-юридической точки зрения отличается наличием множества запретов и ограничений, чрезмерной детализированностью правил и процедур, обращенных к участникам избирательного процесса. Так, Закон Японии о выборах почти наполовину состоит из статей, касающихся регулирования избирательной кампании и в некоторых вопросах доходит до самых мельчайших деталей и нюансов¹.

Как правило, нормы о сроках предвыборной избирательной кампании определены единым для всех видов выборов способом.

Сроки проведения избирательной кампании для конкретных кандидатов определяются стандартно для всех видов выборов. Избирательная кампания (на этапе предвыборной агитации) начинается в день, следующий за последним днем, когда произведена регистрация кандидатов на выборы. С этого времени начинается отсчет предвыборных мероприятий. За редким исключением (как это, к примеру, характерно для Чехии) законодательство достаточно определенно указывает на время (срок) окончания предвыборной агитации. По общему правилу агитационный период заканчивается за сутки до проведения голосования. Многие государства законодательно предусматривают период «электоральной тишины», который может охватывать один или несколько дней перед днем голосования (Бутан, Индия, Индонезия, Малайзия, Монголия, Непал, Филиппины, Латвия, Словения, Хорватия), либо день «электоральной тишины» охватывает только день голосования (Маршалловы Острова).

Законодательство отличается определенностью в вопросах о том, кто может участвовать в предвыборной агитации и кому это запрещено; в каких формах допустима предвыборная агитация; где, в каких местах предвыборная агитация может проводиться и где ее проведение запрещено; каким требованиям должны соответствовать пред-

¹ В этой связи справедливо обращается внимание на то обстоятельство, что при исключительно подробной регламентации в общем малозначимых аспектов проведения избирательной кампании, таких как размер избирательных плакатов или пределы допустимого расстояния штабов кандидатов от входа в избирательный участок (помещение для голосования избирателей), закон обходит молчанием такой вопрос, как определение самого понятия «избирательная кампания» (см.: Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. С. 310).

выборные материалы и пр. Законодательно определен круг лиц и органов, не имеющих права участвовать в предвыборной агитации.

Понятие, конституционный смысл и организация голосования. С точки зрения конечного результата проводимых выборов голосование, подсчет голосов и определение результатов, несомненно, выступают заключительным и самым значимым этапом избирательного процесса, которым завершается избирательный «марафон». Это ключевая стадия всей избирательной кампании, в соответствии с которой окончательно определяются предпочтения и волеизъявление избирателей по отношению к кандидатам и избирательным объединениям. Особая социальная значимость этой части проводимых выборов обуславливает и специфику законодательного регулирования данной стадии: действующее избирательное законодательство детально и педантично «описывает» действия всех участников избирательного процесса на данной стадии. Таким образом создаются процедурно-процессуальные юридические гарантии для реализации материальных норм избирательного права, осуществления свободного волеизъявления граждан посредством тайного голосования, обеспечивается открытость и гласность действий избирательных комиссий при организации голосования, подсчете бюллетеней, оформлении избирательных документов.

Избирательное законодательство определяет два основных принципа, лежащих в основе процедуры голосования: непосредственность и тайность. Выборы проводятся путем тайного голосования. В помещении, где проводится голосование избирателей, должно быть оборудовано специальное место, обеспечивающее тайну голосования. Избирательные бюллетени опускаются в опечатанные урны для голосования, расположенные в доступном месте избирательного участка.

Законодательство практически всех без исключения зарубежных стран содержит комплекс норм, определяющих: во-первых, порядок изготовления, передачи и хранения избирательных бюллетеней; во-вторых, нормативные требования к помещению для голосования; в-третьих, порядок досрочного голосования и голосование вне помещения; наконец, в-четвертых, порядок голосования в день голосования. Таким образом, создается прочный правовой режим осуществления голосования.

Мировой практике известны разные законодательные подходы к определению дат проведения голосования. В частности, законодательство некоторых государств устанавливает конкретные дни голосования. Так, Закон Финляндии «О выборах» от 18 октября 1998 г.

№714/1998 (с поправками 2002 г., 2003 г., 2006 г.) предусматривает, что голосование проводится в третье воскресенье марта месяца¹. Законодательство других стран не устанавливает даты выборов, указывая срок, временной промежуток, в который они должны состояться. При этом такой срок связывается: а) с истечением полномочий действующего органа, выборного должностного лица; б) с истечением определенного срока с начала его полномочий; в) с датой принятия решения о назначении выборов. По общему правилу голосование проводится в один день, чаще всего в воскресенье, как это, к примеру, характерно для подавляющего числа государств Европы. Однако голосование, в том числе в европейских странах, возможно и в другие дни: пятницу (Мальта), субботу (Исландия, Латвия, Словакия, Черногория, Афганистан). В Чехии голосование избирателей (первый тур) проводилось 2 дня – в пятницу и субботу². В Индии практикуется проведение выборов в федеральные органы власти в несколько циклов³.

Законодательство целого ряда государств исходит из того, что дни голосования на президентских и парламентских выборах, как правило, не совпадают; парламентские выборы предшествуют президентским выборам либо следуют за ними. Соответственно временной интервал между президентскими и парламентскими выборами может находиться в пределах 2 месяцев и более, в ряде стран такой разрыв составляет примерно 1 год. В то же время в некоторых странах парламентские, президентские и иные выборы совмещаются и проводятся в один день, как это, к примеру, имеет место в США.

Время начала и окончания голосования на выборах, референдуме устанавливается законом. Продолжительность голосования не может составлять менее 10 часов. Имеются особенности времени начала и окончания, а также общей продолжительности голосования при проведении президентских и парламентских выборов. Наиболее распространенным является голосование избирателей общей продолжительностью 12 часов, наименьшая продолжительность голосования избирателей – 4 часа, наибольшая – 16 часов, т. е. разница составляет 12 часов.

Процедура голосования осуществляется в специализированном помещении для голосования. Как правило, это общедоступные помещения. В таком помещении или перед

¹ См.: Современные избирательные системы. Вып. 3. Испания, США, Финляндия, Япония / науч. ред. А. В. Иванченко, В. И. Лафитский. М., 2009. С. 66.

² См.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Европейско-Азиатский регион. С. 123.

³ См. об этом: Червонюк В. И., Калинин И. В., Мелехова А. Ю. Конституционное право зарубежных стран : учебник : в 2-х ч. 3-е изд., обновлен. и доп. : М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. Ч. I. С. 235.

ним обязательно должен находиться информационный стенд, на котором размещается информация о всех кандидатах, списках кандидатов, избирательных объединениях, внесенных в бюллетень, а именно биографические данные кандидатов в объеме, установленном комиссией, организующей выборы, но не меньшем, чем объем биографических данных, внесенных в бюллетень. В национальном законодательстве оговаривается, что помещение должно быть обустроено таким образом, чтобы обеспечить честность и непредвзятость процесса голосования. Каждый избирательный участок должен быть экипирован в обязательном порядке соответствующим оборудованием. В некоторых государствах несколько избирательных участков – помещений для голосования избирателей размещаются в одном здании, образуя участковые избирательные центры (Португалия, Афганистан¹).

Волеизъявление избирателя выражается посредством заполнения им избирательного бюллетеня. Каждый избиратель голосует лично, голосование за других лиц не допускается. Закон может определять иные возможные способы голосования, которые позволят предоставить большие гарантии реализации свободного волеизъявления граждан.

Избирательные бюллетени заполняются избирателем в специально оборудованной кабине или комнате, в которых не допускается присутствие иных лиц. Тем самым обеспечивается принцип тайного голосования. Процедура заполнения избирательного бюллетеня, как и голосования, на избирательном участке обычно стандартна. Существуют и «свои» («национальные обычаи») технологий заполнения избирательных бюллетеней.

В ряде государств – участников Организации Американских Государств акт голосования сопровождается процедурой «помечания пальца руки избирателя чернилами или специальным составом». Такая процедура, в частности, законодательно закреплена в Антигуа и Барбуде, Багамских Островах, Барбадосе, Гренаде, Боливии, Гайане, Суринаме. В Боливии у избирателя помечается несмываемыми чернилами указательный палец правой руки как свидетельство участия в голосовании. В Белизе при голосовании указательный палец правой руки избирателя помечается несмываемыми чернилами в целях недопущения многократного голосования. Та же процедура существует в Гайане, Гренаде, Суринаме, Монголии, Черногории и Афганистане. Она направлена против использования «грязных» технологий во время голосования, в частности чтобы исключить повторное и даже многократное голосование одним и тем же лицом на разных избирательных участках (в Российской Федерации такие технологии получили название «карусели»).

В тех странах, где действует правило обязательного вотума, существуют особенности признания избирателя принявшим участие в голосовании.

¹ Так, при проведении 5 апреля 2014 г. выборов Президента Афганистана 28443 участковые избирательные комиссии были объединены в участковые избирательные центры (кластеры) – 6775 (в зданиях медицинских учреждений, мечетей и др.), в которых одновременно располагалось несколько УИК (фактически по состоянию на 30 марта 2014 г. было образовано 6423 избирательных центра, включающих 20795 избирательных участков, в том числе 12222 – мужских и 8573 – женских избирательных участков; из указанных 6423 избирательных центра по различным причинам, в том числе соображениям безопасности, 5 апреля 2014 г. не были открыты всего лишь 352 избирательных центра) (см.: Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Европейско-Азиатский регион. С. 115). Точно так же размещение нескольких избирательных участков (помещений для голосования избирателей) в одном здании допускается и в Португалии: в соответствии с законодательством на территории прихода образуется один избирательный участок, однако в границах больших приходов образуется, как правило, несколько избирательных участков (иногда в помещении одного здания одновременно размещается несколько участковых комиссий).

Помимо традиционного способа голосования, в ряде стран применяются альтернативные способы: голосование по почте, голосование через доверенное лицо (by proxy), процедуры электронного голосования избирателей.

Заключительная стадия избирательного процесса связана с подсчетом голосов и установлением итогов выборов.

РАЗДЕЛ. IV ОРГАНИЗАЦИЯ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ

Глава 12. ИНСТИТУТ ГЛАВЫ ГОСУДАРСТВА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

§ 1. Понятие института главы государства и его место в системе разделения властей. Юридическая форма главы государства

Место главы государства в системе высших органов государства определяется следующим.

Во-первых, глава государства – это лицо, занимающее высшее место в иерархии государственных институтов. При этом, как следует из конституций многих стран, глава государства может: а) не входить в какую-либо из ветвей власти, как это, в частности, предусматривает Основной закон ФРГ, согласно абз.1 ст. 55 которого «Федеральный президент не может входить в состав ни правительства, ни законодательной корпорации Федерации или земли»; б) входить только в состав исполнительной власти, как это предусматривает разд. 1 ст. II Конституции США, ст. 9 Конституционного акта Канады 1867 г. (Конституции страны); в) одновременно входить и в законодательную, и в исполнительную власть. Так, согласно ст. 79 Конституции Индии Парламент Союза состоит из Президента и двух палат.

Наконец, конституция страны может «сохранять молчание» по данному вопросу (Конституции Японии, Болгарии и др.), хотя из взаимосвязанного анализа ряда конституционных норм юридическая определенность все же очевидна.

Иногда глава государства конституционно наделяется такими статусными характеристиками, которые выделяют его в системе власти. Так, Конституция Республики Судан 2005 г. наделила Президента Республики титулом «правителя» и обладателем «наивысшей верховной власти в стране» (ст. 42).

Во-вторых, и это, пожалуй, самое главное в характеристике данного института, глава государства, вне зависимости от места расположения в системе разделения властей, осуществляет верховное представительство страны как во внутриполитической жизни, так и на международной арене; он обеспечивает устойчивость государства внутри него и на международной арене. Особо это проявляется в кризисных условиях, в том числе в странах с неустойчивыми политическими традициями. Это обстоятельство особо выделяет главу государства в системе институтов публичной власти. В кризисных ситуациях, во время роспуска парламента или отставки правительства

именно глава государства обеспечивает нормальное функционирование всех конституционных ветвей властей. Обеспечение государственного единства, выполнение функции объединяющего и организующего начала в системе публичной власти и одновременно осуществление координирующе-арбитражной роли, таким образом, выступают важнейшими прерогативами главы государства, можно сказать, его политической миссии. Именно эти конституционные характеристики данного института и подчеркивают современные национальные основные законы. По Конституции Испании (ч. 1 ст. 56) «Король является Главой Государства, символом его единства и постоянства, выступает арбитром между учреждениями и оказывает сдерживающее воздействие на их регулярную деятельность, осуществляет высшее представительство Испанского Государства в международных отношениях...». Президент, согласно Конституции Италии (ст. 87), «представитель национального единства», а согласно ст. 123 Конституции Португалии обеспечивает «национальную независимость, единство государства и нормальное функционирование демократических институтов»; в соответствии со ст. 80 Конституции Румынии выступает «гарантом национальной независимости, единства и территориальной целостности страны; по Конституции Греции (ст. 30) является «регулятором государственного строя». Даже в тех странах, где глава государства полностью лишен каких-либо властных прерогатив, как это характерно, к примеру, для императора Японии, он, согласно национальной Конституции, является «символом государства и единства народа». Наиболее колоритно данная особенность главы государства оттенена в Конституции Франции 1958 г.: «Президент Республики следит за соблюдением Конституции. Он обеспечивает своим арбитражем нормальное функционирование публичных властей, а также преемственность Государства. Он является гарантом национальной независимости, целостности территории, соблюдения международных договоров» (ст. 5). Именно эти обстоятельства определяют место главы государства в системе верховной власти: по праву он занимает первое место в иерархии высших органов государства, будучи обремененный особой политической ролью.

При этом, конечно, не следует абсолютизировать значение данного института, сила и значение которого в целом ряде стран основывается главным образом на традиции или на харизме носителя данного титула. Поэтому утверждение известного государствоведа о том, что «с точки зрения до конца не понятого и непоследовательного буржуазного демократизма, институт главы государства, не имеет никаких разумных оснований для своего существования»¹, не лишено оснований. Конституционное устройство современ-

¹ Мишин А. А. Государственное право буржуазных и развивающихся стран. М.,

ных государств снабжено достаточными механизмами уравнивания властей, и глава государства зачастую выполняет роль одного из таких механизмов. Безусловно, отмеченное не имеет отношения к так называемым персоналистским государственным режимам. События последних лет с очевидностью доказали, что как только действие данного механизма (персоналистского режима) ослабляется, рушится вся государственная система.

В-третьих, согласно фактической конституционной презумпции глава государства не подлежит привлечению к юридической или политической ответственности. Предполагается, что наличие такой ответственности лишало бы главу государства качества высшего органа государственной власти. В монархических странах такая ответственность может быть в форме абдикации – отречения. При республиканском режиме возложение ответственности на президента возможно, но только за совершение тех деяний, которые называет основной закон страны. В принципе положение Конституции Анголы о том, что «Президент Республики не несет ответственности за действия, проводимые во время выполнения им своих обязанностей, за исключением случаев подкупа или государственной измены» (ч. 1 ст. 65), отображает сущность титула президента как главы государства и наиболее колоритной фигуры в системе верховной власти страны. Так, согласно ст. 65 Конституции Чехии Президент подлежит преследованию только за государственную измену и только перед Конституционным судом по обвинению Сената. Принцип неответственности главы государства имеет свои исторические обоснования. С точки зрения доктрины конституционализма он, прежде всего, обусловлен тем обстоятельством, что глава государства признается лицом неприкосновенным.

Неответственность главы государства выражается в *институте отложенного преследования*. Так, согласно Конституции Франции 1958 г. (в ред. Конституционного закона от 23 февраля 2007 г.) Президент не может в течение срока его мандата свидетельствовать перед любым французским органом правосудия или административной власти, к нему не могут быть предъявлены иски и не могут совершаться следственные действия, вестись предварительное расследование или преследование. Течение любого срока давности или обращения в суд приостанавливается (ч. 2 ст. 67). Судопроизводство и процедуры возобновляются не ранее чем по истечении 1 месяца, следующего за прекращением полномочий (ч. 3 ст. 67).

В некоторых странах принцип неответственности главы государства воспринимается буквально и распространяется и на статус избираемого населением страны президента. Так, Конституция Замбии 1991 г. устанавливает запреты привлечения президента к какой-либо

юридической ответственности. Согласно п. 1 ст. 43 («Защита президента относительно юридических процессов») против лица, занимающего пост президента или выполняющего функции президента, нельзя учредить или продолжать никакие гражданские процессы, относительно которых подан иск против него относительно какого-либо действия или бездействия, совершенного частным образом. А согласно п. 2 той же статьи, «никакое лицо, занимающее пост президента или выполняющее функции президента, не может быть обвинено в уголовном преступлении или подвергаться уголовной юрисдикции суда относительно какого-либо действия или бездействия, совершенного в течение пребывания на должности или соответственно выполнения своих должностных функций».

Более того, иммунитет от ответственности конституционно распространяется и на экс-президентов, хотя и с некоторыми оговорками. Как следует из Основного закона страны, ни одно лицо, больше не занимающее пост президента, не может быть обвинено в уголовном преступлении или подвергаться уголовной юрисдикции суда относительно какого-либо действия или бездействия, совершенного им частным образом, находясь на посту президента, пока Национальная Ассамблея резолюцией не определит, что такой процесс не противоречит интересам государства (п. 3 ст. 46).

Аналогичные положения закреплены и в Конституции Намибии (пп. 1 и 2 ст. 31), с той лишь разницей, что «суд имеет право провести расследование действий, совершенных Президентом лично во время выполнения им своих обязанностей, лишь при условии, что Президент был смещен с должности решением Парламента..., а также при условии, что Парламент своим решением позволил такое расследование в общественных интересах, невзирая на вред, который оно может нанести достоинству должности Президента» (подп. «b» п. 3 ст. 31).

Очевидно, что эту статусную особенность главы государства Замбии (а равно некоторых других стран с укоренившейся «самобытной» культурой властвования) все же не следует воспринимать в качестве универсальной. Справедливости ради надо заметить, что формально-юридическая возможность привлечения действующего президента Замбии к конституционной ответственности в форме предъявления импичмента все же существует (ст. 37 Конституции Замбии «Импичмент президента за нарушение Конституции»).

Юридические формы главы государства производны от существующей в данной стране модели организации государственной власти, т. е. от формы правления. С государствоведческой точки зрения

можно выделить две основные и наиболее типичные юридические формы института главы государства:

1) *это единоличный монарх*, который в свою очередь может: а) унаследовать свой пост (Бахрейн, Великобритания, Бельгия, Испания, Кувейт, Нидерланды, Марокко¹, Япония); б) быть назначенным своей семьей – правящей династией (Саудовская Аравия); в) быть избранным, как правило, в сложносоставном (федеративном) государстве монархами субъектов федерации (Объединенные Арабские Эмираты), Советом правителей (Малайзия). В Свазиленде наследник престола избирается племенным советом из весьма многочисленных сыновей Короля;

2) *это единоличный президент*, избранный на конституционно установленный срок народом, парламентом или представительной коллегией.

Кроме того, существуют и *нетипичные юридические формы данного института*, которые менее распространены, однако находят применение в конституционной практике. Прежде всего, к таким формам можно отнести *институт генерал-губернатора*, распространенный в государствах – доминионах Соединенного Королевства Великобритании (Канада, Австралийский Союз, Новая Зеландия и др.).

В некоторых странах этот пост существует в форме *высшего коллегиального органа, формируемого парламентом на определенный конституцией страны срок* (Куба).

Определенное (внешнее) сходство характеризует юридическую форму главы государства в так называемых директориальных республиках (Сан-Марино, Швейцария, Науру). По Конституции Швейцарии (главы 3–4) парламент (Союзное собрание) избирает из числа швейцарских граждан директорию (Союзный совет), выступающую одновременно «коллективным главой государства», «коллективным президентом» и правительством, функционирующую на основе коллегиального принципа (президент и вице-президент избираются Союзным собранием из числа членов Союзного совета сроком на 1 год, при этом переизбрание на следующий срок запрещено). Согласно ст. 3 Конституции Сан-Марино, «Капитаны-регенты осуществляют функции главы государства в соответствии с принципом коллегиальности».

¹ По Конституции Марокко (принята 13 сентября 1996 г.) «Марокко – демократическая социальная и конституционная монархия» (ст. 1); «верховная власть принадлежит народу, который может реализовать ее непосредственно путем референдума или косвенным путем через конституционные институты».

§ 2. Основания, способы и порядок замещения поста главы государства в зарубежных странах

Юридические основания и способы замещения главой государства своего поста производны от формы государственного правления.

В монархиях глава государства получает и передает свой пост и свой титул (короля, императора, эмира, султана и т. п.) по наследству. Его власть, как правило, считается непроемной от какого-либо другого органа или избирательного корпуса. Пост монарха чаще всего пожизненный (хотя иногда обязанности монархов исполняют регенты), приобретаетсЯ автоматически на основе действующего в стране порядка престолонаследия. В основу такого порядка положен принцип неделимости престола, означающий, что престол должен находиться в одном и том же роду и уходить из него при отсутствии наследников.

Различают несколько основных систем престолонаследия: *салическая* (от престола устраняются все женщины и все женские линии), *кастильская* (хотя и отмечается некоторая предпочтительность по мужской линии, однако на практике женщины наделены равным правом призыва к престолу по старшинству линий, младший брат исключает старшую сестру), *австрийская, или габсбургская* (женщины и женские линии допускаются к наследованию только при пресечении мужских линий такой династии, т. е. при их отсутствии). На равных правах с мужчинами женщины наследуют престол в Швеции.

Для современных монархий характерны специфические условия восшествия монарха на престол. Так, Король Бельгии наделается полномочиями только в результате принятия парламентом присяги монарха; принадлежности к господствующей религии (Соединенное Королевство, Дания, Норвегия, Швеция и др.); обязательность заключения брака наследником престола с согласия действующего монарха или парламента (ч. 4 ст. 57 Конституции Испании, п. 2 ст. 28 Конституции Нидерландов). Как отмечалось, в некоторых странах монархи избираются (Малайзия, ОАЭ). В ряде европейских монархических государств, в случае вакантности престола и отсутствия законного наследника, решение о преемнике монарха передается парламенту. Так, согласно Форме правления 1974 г. (Конституции Швеции), если королевская династия угаснет, Риксдаг (парламент) назначает регента и его заместителя (ст.ст. 3–6 главы 5). В государствах Арабского Востока вопрос о престолонаследии в каждом конкретном случае находится на усмотрении королевской семьи, которая свободна в выборе и не обязательно передает престол старшему сыну оставившего пост

монарха. При несовершеннолетии монарха или его длительной болезни (а равно при его отсутствии) предусмотрен институт регенства.

Конституционный статус монарха определяется как основным законом страны, так и действующими в национальной правовой системе конституционными традициями. Монарх имеет исключительное право на особый титул (короля, императора, шаха и т. п.) и государственные регалии, или символы верховной власти (трон, корону, скипетр и др.). За монархом по устанавливаемому парламентом страны так называемому цивильному листу признается право на содержание его личного двора. Конституция Бельгии 1831 г. (в ред. 1994 г.) предусматривает, что цивильный лист устанавливается на период каждого царствования (ст. 89).

В условиях республиканской формы правления президент избирается посредством прямых или косвенных выборов. Прямыми выборами избираются преимущественно главы в президентских и полупрезидентских республиках (за исключением Индонезии и США). Тем самым президент получает «прямой» мандат от избирателей, придавая данному институту вместе с этим высшую степень легитимности. Стремление усилить статус главы государства обусловило применение такого способа выборов и применительно к парламентарным режимам (Австрия, Ирландия, Румыния, Болгария). Большинство парламентарных стран приемлют избрание президентов посредством косвенных выборов. Он может избираться парламентом (Венгрия, Чехия) либо расширенной коллегией, в которую включаются и члены правительства (Федеральным собранием в ФРГ, парламентом и представителями областей в Италии, выборными членами парламента и законодательных собраний в Индии).

Кроме президента, в президентских и смешанных республиках избирается также вице-президент (буквально: взамен, вместо) – второе лицо после президента. Это должностное лицо, призванное замещать президента в экстраординарных случаях (смерть и другие, не позволяющие исполнять обязанности). В Республике Судан президент назначает двух вице-президентов, которые одновременно наделяются статусом члена Совета министров (ст. 63 Конституции). Способы избрания вице-президента различны: по одному партийному списку (США, Болгария); путем назначения президентом (Египет). В тех странах, где не предусмотрен пост вице-президента, главу государства замещают иные должностные лица, обычно председатель верхней палаты парламента или правительства (ст. 7 Конституции Франции). По общему правилу национальные конституции устанавливают ква-

лификации для занятия поста президента. К таковым относятся: возрастной ценз (как правило, нижний его предел); ценз гражданства, притом, что в отдельных странах (США, Намибия, Колумбия, Монголия, Филиппины) только получивший по рождению гражданство, а не в порядке натурализации, вправе баллотироваться на пост президента. Применяются и иные требования для реализации пассивного избирательного права.

Так, согласно ст. 19 Конституции Сингапура («Требования к кандидату в президенты и недееспособность Президента») лицо соответствует требованиям, предъявляемым к кандидату в президенты, если: является гражданином Республики Сингапур; имеет возраст не моложе 45 лет; обладает качествами, предусмотренным § 2«с» и «d» ст. 44¹; не подпадает под дисквалифицирующие обстоятельства, предусмотренные ст. 45; убедило членов Комиссии по выборам Президента в своей честности, порядочности и хорошей репутации; на момент выдвижения своей кандидатуры не принадлежало ни к какой политической партии; в течение не менее 3 лет до момента выдвижения своей кандидатуры занимало должность: министра Правительства, Председателя Верховного суда, Председателя Парламента, Генерального прокурора, Председателя Комиссии государственной службы, Генерального аудитора или постоянного заместителя министра; председателя или высшего должностного лица одного из внутриправительственных комитетов, которые подпадают под действие ст. 22А².

По Конституции Республики Судан кандидат на пост президента должен быть: суданцем по национальности; в здравом уме; не младше 45 лет; а также в течение 7 предшествующих лет не должен привлекаться к ответственности за преступление, рассматриваемое как подлость или мошенничество (ст. 37).

Юридическим условием вступления в должность победившего на выборах кандидата является приведение его к присяге, осуществляемой в ходе торжественной процедуры, именуемой во многих странах *инаугурацией* (от лат. *inaugurare* – посвящать). Президент пользуется неприкосновенностью и наделяется рядом присущих главе государства привилегий: резиденциями, правом на штандарт, специальным вознаграждением и др.

¹ См.: Конституции государств Азии : в 3 т. / под ред. Т. Я. Хабриевой. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации ; Норма, 2010. Т. 3. С. 725.

² См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2: Средняя Азия и Индостан. С. 303.

Такие жесткие требования к претенденту на пост президента в данном государстве исследователи проблемы объясняют потребностями эффективного управления государством, в частности экономикой. По уровню жизни населения в 2009 г. Сингапур занимал 23-ю позицию в списке из 182 стран, внешний долг отсутствует. При этом страна лишена полезных ископаемых, кроме строительных материалов, графита. Это третий по величине центр нефтепереработки, развиты судостроение и судоремонт, производство морских буровых установок, активно работает сектор финансовых услуг (сингапурская валютная биржа) (см.: Мартынова М. Ю. Вводная статья к Конституции Республики Сингапур / Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 669–670).

Конституционный срок полномочий обычно составляет 4–5 лет, но в некоторых странах может быть 6-летним (Мексика) и даже 7-летним (Казахстан, Италия). Конституционно ограничивается срок пребывания в должности: двумя сроками подряд¹, не более двух сроков, только на один срок, «может быть избрано на повторный срок лишь один раз» (Конституции Республики Судан, Намибии).

§ 3. Компетенция главы государства и его правовые акты

Большинство современных конституций наделяют главу государства значительными полномочиями в разных областях. Практика функционирования конституционного механизма, реальная политическая ситуация вносят коррективы. Здесь следует обратить внимание на две тенденции: в одних странах фактически и даже формально ограничиваются полномочия главы государства, которые осуществляются правительством или передаются другим органам, в других – расширяется его компетенция, притом что далеко не всегда это согласуется с конституциями. Считается, что обе тенденции так или иначе связаны с расширением правительственной власти.

Применительно к сферам деятельности выделяют несколько групп таких полномочий. Это *представительские*, традиционные вне зависимости от формы правления, которые реализуются как внутри страны, так и вне ее. Внутри страны такое полномочие выражается конституционными формулами: «Король является главой государства, символом его единства и постоянства; он – арбитр и гарант правового функционирования государственных институтов... осуществляет высшее представительство Испанского государства» (разд. II «О Короне», ст. 56 Конституции Испании); «Император – символ единства нации и государства» (ст. 1 Конституции Японии). Применительно к внешнеполитической сфере это проявляется, в частности, в его праве назначать дипломатических представителей, вести переговоры, заключать договоры, иногда их ратифицировать (ст. 52 Конституции Франции, ст. 59 Основного закона ФРГ, ст. 87 Конституции Италии, разд. 2 ст. 2 Конституции США). Глава государства принимает верительные и отзывные грамоты аккредитованных при нем дипломатических представителей, самостоятельно аккредитует и отзывает ди-

¹ Конституция Доминиканской Республики (ст. 49) устанавливает, что Президент Республики может претендовать только еще на один срок, непосредственно следующий за первым; в дальнейшем никогда не может занимать ни эту должность, ни должность Вице-президента Республики (см.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 2. Латинская Америка и Карибский регион. С. 524).

пломатических представителей в иностранных государствах и международных организациях.

Как верховный главнокомандующий вооруженными силами (в редких случаях этими полномочиями главы отдельных государств не наделены) глава государства полномочен принимать все законные меры по обеспечению внешней и внутренней безопасности (такие меры подлежат последующему парламентскому контролю).

Во взаимоотношении с законодательной властью прерогативы главы государства следующие: назначение даты парламентских выборов, открытие и закрытие парламентских сессий, созыв и роспуск парламента (в странах со смешанными и парламентарными формами правления), почти повсеместно право отлагательного (редко абсолютного) вето, промульгации законов, а нередко и принимать в экстраординарных условиях акты, равные по силе с законами (Индия, Италия и др.). В странах с вестминстерской моделью правления глава государства – составная часть парламента.

При любой форме правления глава государства *участвует в формировании правительства* – назначении премьера. При этом в президентской республике он – единоличный носитель исполнительной власти, сильными прерогативами обладает при так называемой бифуркальной модели исполнительной власти, присущей полупрезидентским формам правления. Обладает значительными кадровыми полномочиями: право назначать губернаторов (ст. 155 Конституции Индии), префектов – в департаменты и регионы (ст. 13 Конституции Франции), «с совета и согласия Сената» – должностных лиц федерального уровня (США).

В судебной области глава государства наделяется правом помилования, входит в Высший совет магистратуры. Он вправе вводить исключительные правовые режимы; является главнокомандующим вооруженными силами страны и др. В качестве высшего представителя государства внутри страны глава государства обладает полномочиями в сфере так называемого личного статуса, т. е. в отношениях с гражданами и иностранцами. В этой связи ему принадлежат полномочия в вопросах предоставления, восстановления гражданства, на выход из него, право предоставления политического убежища иностранным гражданам, право помилования осужденных¹, право награждать государственными наградами.

¹ По Конституции Демократической Республики Конго 2006 г. Президент не только наделен правом помилования, но может отложить, смягчить или изменить наказание (ст. 87).

Реализуя конституционные полномочия, глава государства издает имеющие нормативное и индивидуально-правовое значение акты как самостоятельно, так и посредством механизма контрасигнации. Принципиально важно то обстоятельство, что глава государства конституционно во многих странах наделен правом принятия в экстраординарных условиях актов, равных по силе с законом. Так, согласно ч. 10 ст. 167 Конституции Никарагуа президент страны правомочен «в промежутки между сессиями Конгресса, если возникают для Государства чрезвычайные обстоятельства или государственная необходимость, издавать в Совете министров декреты-законы с представлением их Конгрессу в течение первых пятнадцати дней ближайшей очередной сессии»¹.

Для осуществления конституционных полномочий при главе государства создаются различные вспомогательные органы.

По Конституции Польши (ст. 143) вспомогательным органом Президента Республики является Канцелярия Президента, которую возглавляет назначаемый Президентом на должность и освобождаемый от нее Начальник Канцелярии. Согласно Конституции правовое положение Канцелярии определяется в утверждаемом Президентом уставе Канцелярии.

Некоторые из таких структур являются конституционными органами, наделяются значительными полномочиями. Это обстоятельство уже само по себе с большим сомнением позволяет зачислять такие институты в разряд вспомогательных учреждений².

Так, Конституция Анголы включает разд. II «Совет Республики». Согласно ст. 75 Совет Республики является политическим консультативным органом Президента Республики и выполняет следующие функции: а) утверждает роспуск Национальной Ассамблеи; б) утверждает отставку Правительства; в) утверждает объявление войны и обеспечение мира; г) утверждает действия временного Президента Республики в связи с назначением Премьер-министра, отставку Правительства, назначение и освобождение от должности Генерального прокурора, начальника Генерального штаба вооруженных сил Анголы, и его депутатов и начальников штабов различных ветвей вооруженных сил; е) консультирует Президента Республики в отношении осуществления своих полномочий, о которых ходатайствует Президент Республики; ф) утверждает Постановления Совета Республики.

При этом в состав Совета Республики, Председателем которого является Президент Республики, входят: а) Председатель Национальной Ассамблеи; б) Премьер-министр; в) Председатель Конституционного суда; г) Генеральный прокурор; е) Бывший Президент Республики; ф) Президенты политических партий, представленных в Национальной Ассамблее; г) десять граждан, назначаемых Президентом Республики (ст. 76 Конституции).

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 596.

² См.: Осавелюк А. М. Вспомогательные органы государства. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2018.

§ 4. Конституционная ответственность главы государства.

Импичмент: основания и процедуры

Конституционная ответственность главы государства обусловлена формой правления и связанным с этим способом замещения поста. В монархиях глава государства обычно не ответственен. «Личность короля неприкосновенна, и он не подлежит ответственности (ч. 3 ст. 56 Конституции Испании). Действует презумпция невиновности монарха – монарх не может ошибаться, поскольку он действует по совету своих министров. Применительно к странам с республиканской формой правления в конституционном праве также действует общий принцип политической неотвечественности президента.

В то же время основные законы закрепляют основания и процедуры (механизм) привлечения президента к конституционной ответственности за противоправные деяния или иные проступки. Как правило, это совершение тяжких преступлений (в Италии государственная измена или посягательство на Конституцию, в США – измена, взяточничество и иные тяжкие преступления и проступки, в ФРГ – умышленное нарушение Основного закона или другого федерального закона, в Мексике – измена родине и тяжкие уголовные преступления). Действующая Конституция Демократической Республики Конго устанавливает жесткий вид юридической ответственности – применение мер уголовного наказания: уголовная ответственность наступает в случае совершения Президентом государственной измены, намеренного (умышленного) нарушения им Конституции, а также если Президент (равно как и Премьер-министр) признан исполнителем, соучастником, сообщником важных и характерных нарушений прав человека, совершения цессии части государственной территории. Это также совершение иных «политических» преступлений, связанных с покушением на честь и порядочность, если личное поведение Президента Республики или Премьер-министра противоречит правилам приличия или если их признают виновными, соучастниками или сообщниками в хищении денежных средств, в коррупции или незаконном обогащении. Основаниями ответственности Конституция признает и злоупотребление служебной информацией, если Президент или Премьер-министр, обладая особой информацией, прежде чем данная информация станет достоянием общественности, совершает операции с товаром или манипулирует стоимостью на недвижимость, извлекая

выгоду для себя¹. Правовым основанием досрочного отстранения от занимаемой должности (импичмента) Президента Намибии, согласно действующей Конституции страны, являются «нарушение Президентом Конституции, серьезное нарушение закона, другие серьезные злоупотребления или неспособность к управлению государственными делами, что делает невозможным последующее выполнение им обязанностей должности с честью и достоинством» (п. 3. ст. 29).

Наиболее распространенной санкцией является *импичмент* – досрочное принудительное отстранение от должности. Процедуры применения импичмента во всех странах сходные: дело возбуждается парламентом, а вопрос об ответственности решает конституционный суд (Италия, Болгария), Верховный суд (Португалия, Финляндия), Высокий суд Республики (Франция). Такой механизм применим в странах континентального права. В странах общего права правосудие находится в ведении палат парламента, которые к тому же решают вопрос и о виновности президента. Нетипична форма привлечения в Австрии и Исландии, где глава государства может быть смещен с должности по инициативе парламента на основании референдума.

Считается, что досрочное принудительное отстранение президента от должности завершает процедуру импичмента. Так, Федеральный конституционный суд ФРГ согласно Закону о Конституционном суде устанавливает в решении, виновен ли Федеральный президент в умышленном нарушении Основного закона или какого-либо другого федерального закона, который должен быть точно обозначен. В случае осуждения Федеральный конституционный суд может принять решение о лишении Федерального президента его должности. Он лишается должности с момента провозглашения решения (абз. 1 и 2 § 56). Однако в отдельных странах это правило не работает. Так, согласно ст. 15 Конституционный закон Италии от 11 марта 1953 г. № 1 «Нормы, дополняющие Конституцию и относящиеся к Конституционному суду», за правонарушение, состоящее в посягательстве на Конституцию и в государственной измене, совершенные Президентом Республики, Конституционный суд, провозглашая обвинительный приговор, определяет уголовно-правовые санкции в пределах максимального наказания, предусмотренного законами, действующими на момент совершения данного правонарушения, а также

¹ См.: Червонюк В.И., Гасанов К. К., Хазов Е. Н. Конституционное право зарубежных государств / отв. ред. В. И. Червонюк. М., 2015. С. 341–342.

соответствующие ему конституционные, административные и гражданско-правовые санкции.

Глава 13. ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ. ПАРЛАМЕНТ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

§ 1. Понятие, природа, функции парламента

О происхождении парламента и его назначении. Существование государства имплицитно связано с осуществлением законодательной власти. При этом формы реализации этой власти не сводятся исключительно к деятельности парламента. Длительное время законодательствование оставалось (за некоторыми исключениями) прерогативой главы государства. И в современных условиях законодательными полномочиями наделены несколько субъектов: собственно учредитель и носитель власти – народ; правом делегированного законодательства в целом ряде стран наделяется правительство; в экстраординарных условиях национальные конституции далеко не отдельных стран уполномочивают главу государства принимать законы или акты, равные по юридической силе с законами. Следовательно, законодательная власть не сводима к парламенту, отсюда и относимый к парламенту термин «законодатель» употребляется в узком его значении. В указанном смысле парламент является специализированным органом законодательной власти.

Термин «парламент» имеет свою историю. Наиболее распространенная версия о том, что его появление в юридической лексике относится ко времени учреждения английского парламента (XIII в.). Однако, как показывает анализ проблемы, впервые термин «парламент» стал использоваться задолго до появления первых легислатур, а именно использовался в Средние века монахами, которые этим словом называли свои собрания после обеденной трапезы в монастырском саду, на которых они вели душеспасительные беседы. В последующем термин «парламент» получает распространение во Франции, где в X в. из Королевской курии (королевского совета) выделился особый судебный орган – Парижский парламент. В дальнейшем парламенты возникают в провинциях Франции. Еще более ранними срокам характеризуется возникновение парламентов на острове Мэн (в 979 г. здесь был учрежден Тинвальд, или парламент), в Исландии (считается, что парламент возник в 930 г.).

Как видно, возникновение английского парламента все же относится к более позднему периоду времени. Однако именно Англии обязано возникновение парламента как органа национального представительства. Точное время образования этого органа в английской правовой литературе не указывается. Известно лишь, что в XI–XIII вв.

при короле созывались советы в качестве вспомогательного органа¹. Первоначально эти советы включали наиболее влиятельных баронов английского королевства и представителей церкви, призванных давать советы королю по поводу налогового обложения и при издании некоторых законов. Если бароны регулярно заседали в этой палате, то они получали право после смерти передавать свое место наследникам; другими словами, постепенно палата стала состоять из сыновей своих отцов, а не из вассалов короля. В течение XIII в. король стал приглашать в этот орган и представителей от буржуазного сословия и дворянства. Их присутствие усиливало позиции короля при увеличении налогового обложения населения. Считается, что именно в 1265 г. первый министр короля Генриха III Симон де Монфо впервые созвал великий парламент, где, наряду с представителями знати – прелатами и баронами (носителями иных дворянских титулов – маркиза, виконта, графа; все дворянские сословия объединялись общим титулом – пэра), приглашенными поименно, сидели выборные представители от населения графств – по два рыцаря на каждое графство и по два представителя от каждого города. Советы при короле были признаны «Королевскими советами» в 1295 г. в качестве «трех сословий Королевства». В XIV в. бароны и представители церкви стали собираться отдельно от дворян и буржуа, образовав, таким образом, две палаты парламента – палату общин (ее стали именовать нижней палатой) для представителей третьего сословия и палату лордов для аристократии и представителей церкви. С большой долей вероятности следует признать XIV в. временем образования парламента.

Лексически термин «парламент» происходит от французского слова *parler* – говорить, разговаривать. В то же время свое укоренение термин *parliament* получает именно в Англии. Перенос французского слова на английскую почву объясняется тем, что во время возникновения этого органа в высших слоях английского общества широко употреблялся французский язык (на американском континенте слову «парламент» предпочитали слово «конгресс»). В современном понимании термин «парламент» употребляется в следующем смысле: 1) выборного коллегиального представительного учреждения, наделенного законодательными, финансовыми, контрольными и судебными полномочиями, распространяющего свою юрисдикцию обычно на всю территорию страны (притом, что в субъектах федерации также могут быть свои парламенты); 2) названия выборного учреждения.

¹ См.: Barnett // Constitutional and Administrative Law. L., 2003. P. 518.

Так это учреждение именуется в Великобритании, чей парламент по праву считается «матерью» всех парламентов, во Франции, в Гренаде, Греции, Индии, Италии, Словакии, Сингапуре, Сент-Люсии, Сент-Китсе, Чехии, Эстонии, Японии и во многих других странах. Однако парламенты могут иметь и другие названия: в США – Конгресс, в Дании – Фолькетинг, в Исландии – Альтинг, в Швейцарии и Российской Федерации – Федеральное собрание, в Финляндии – Эдускунта, в Израиле – Кнессет; распространено наименование Национальный конгресс, Законодательная (или Народная) Ассамблея (страны Латинской Америки, Азии и Африки) и т. д.

В юридической и политической лексике используется термин «парламентаризм». Будучи тесно связанным с институтом парламента, он характеризует положение последнего в системе разделения властей, его отношения с исполнительной властью. В зарубежной литературе термину «парламентаризм» придается значение синонима парламентского правления (*regime parlementaire*), при котором существует определенный способ организации и функционирования этого правления в соответствии с теоретическим местом и действительной ролью парламента, рассматриваемого в качестве места и способа дискурса, обмена мнениями, диалога и столкновения между национальным представительством и правительством и между правительственным большинством и оппозицией.

На основании такого подхода парламентаризм делится на различные формы: *мажоритарный парламентаризм* (функционирование парламентского правления, когда в парламенте одна или несколько политических партий, заключивших между собой политический союз, обладают большинством мест; обладание большинством мест позволяет правительству управлять страной до тех пор, пока оно обладает поддержкой большинства членов парламента), *рационализированный парламентаризм* – при таком парламентаризме исполнительная власть получает юридические средства для обеспечения своей устойчивости перед лицом парламента).

В западной литературе представлены и иные подходы к проблеме. В частности, считается, что парламентаризм характеризует различные состояния парламентского режима; на этом основании различают *абсолютный* и *относительный парламентаризм*. *Абсолютный* парламентаризм отражает могущество парламента, поскольку последний является центром власти, обладающей суверенитетом (парламентским суверенитетом). Такой парламентаризм существовал в Третьей и Четвертой республиках Франции. Как об этом свидетельствует конституционная история, подобное положение парламента в системе власти нередко ведет к парламентской тирании (выражение Ш.-Л. Монтескье), в конечном счете – к смене существующего государственного режима. Под *относительным* понимается парламентаризм, при котором в парламенте имеется стабильное большинство, поддерживающее правительство и преимущество исполнительной власти над законодательной (этот парламентаризм также называется мажоритарным). Относительный парламентаризм в качестве основания своего возникновения имеет демократическую изби-

рательную систему и в настоящее время наблюдается в Великобритании а равно в целом ряде других стран с так называемым парламентским правлением¹.

Возникающие парламенты не сразу обрели право осуществлять законодательную власть. Первоначально понятия «парламент» и «орган законодательной власти» не совпадали. Известно, что английский парламент в раннюю эпоху своего существования не обладал правом законодательствовать. Он ограничивал власть короля лишь установлением налогов. Но представители населения, созываемые для вотирования денежных субсидий, пользовались этим случаем для того, чтобы представлять королю жалобы на его чиновников и петиции об улучшении управления².

Современный парламент – общенациональный орган народного представительства, реализующий народный (национальный) суверенитет. Это продукт Нового времени, когда идею народного представительства объединили с идеей народного суверенитета в одну доктрину. Народное представительство стали рассматривать как орган выражения народного суверенитета. Как орган народного представительства парламент представляет народ, от которого исходит вся власть; с формально-юридической точки зрения олицетворяет законодательную власть; отличается выборностью членов парламента путем свободных общенациональных выборов, коллегиальностью обсуждения и принятия решений, имеющих общеобязательное значение; обладает контрольными полномочиями в отношении исполнительной власти – важнейшим инструментом в механизме сдержек и противовесов. Члены парламента (парламентарии) наделены особым статусом, выраженным их мандатом, и конституционно признанными полномочиями, обладают иммунитетом и indemnité.

Самостоятельность парламента в системе разделения властей, его относительная автономия и независимость конституционно гарантированы. Автономия парламента – необходимое условие обеспечения независимой и самостоятельной позиции в системе органов государственной власти и гарантия равновесия в отношении с другими властями. Парламент обладает исключительным правом решать не только вопросы организации парламента и парламентских процедур, но и вопросы персонального состава палат, бюджета палат, парламентского иммунитета и управления территорией парламента. Статус парла-

¹ См.: Villiers M. de. Dictionnaire de droit constitutionnel. P., 1998. P. 145; Foillard Ph. Dictionnaire de droit public. P., 2000. P. 334.

² См.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие : в 2 ч. М.: Московский университет МВД России, 2009. Ч. 1. С. 37–49.

мента закрепляется в национальных конституциях (Австрия, Испания, Норвегия, Франция, все страны Латинской Америки и др.); в специальных законах (органических или обычных), парламентском праве – регламентах палат (Австрия, Бельгия, Финляндия и др.), конституционных традициях и соглашениях, правовой доктрине. Конституционно предусмотрена финансовая автономия парламента: деятельность парламента финансируется из бюджета государства.

В доктрине и практике конституционализма проблема представительной природы законодательной власти¹ занимает чрезвычайное значение, обусловленное тем обстоятельством, что юридическая природа публичного представительства напрямую связана с формированием публичной воли². Представительный характер законодательной власти – это ее конституирующий, сущностный компонент. Из представительной природы органа законодательной власти можно вывести по меньшей мере два постулата, которые составляют основу всякой законодательной власти: 1) продукт законодательной деятельности произведен от характера, природы законодательного органа; 2) принять и ввести в правовую систему представительный (социально адекватный) по своим свойствам закон парламент может в том случае, если он по своей сущности является истинно представительным органом государственной власти³. Представительность определяется многими слагаемыми, большинство из которых относятся к метаюридическим. В их числе существенное значение имеют форма правления, взаимоотношения между высшими органами государства, развитость социальной и политической структур общества, качество избирательной и партийной систем, политическая культура и политическая активность избирателей и др. Считается, что в условиях парламентарного режима высшие исполнительные органы власти «более представительны» в отличие от иных конституционных режимов. Принцип политической ответственности правительства перед парламентом настраивает всю систему высших органов государства «быть представительными».

Примечательно, что один из классиков концепции народного представительства Дж. Милль исходил из того, что представительное правление пригодно для народа с высоким культурным развитием. В его понимании «представительные учреждения окажутся ма-

¹ См. об этом: Червонюк В. И. Представительная природа законодательной власти: современный контекст // Вестник Московского университета МВД России. – 2017. – № 2. – С. 130–137.

² См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 163.

³ См.: Червонюк В. И. Законодательная власть и конструкция законодательной воли (аналитический дискурс) // Вестник Московского университета МВД России. – 2017. – № 4. – С. 39–45.

люценными и будут служить только простым орудием деспотизма или интриг, если большинство избирателей недостаточно заинтересовано в управлении для того, чтобы участвовать в выборах, а если и подает свой голос, то не руководствуется соображениями общественного блага, а продает свои голоса за деньги или вотирует по наущению влиятельных лиц, расположить в свою пользу которых они желают по каким-нибудь своим частным соображениям. Такого рода народные выборы, вместо того чтобы быть обеспечением против дурного правительства, служат только лишним колесом в этом механизме»¹.

Иногда содержание представительной функции парламента закрепляется непосредственно в конституции страны (что является редкостью в сравнении с иными его функциями). Так, согласно п. 1 ст. 45 Конституции Намибии («Представительский характер Национальных Собраний») Члены Национальных Собраний являются представителями всего народа Намибии. При выполнении своих обязанностей они должны руководствоваться принципами этой Конституции, интересами общественности и собственным сознанием». По Конституции Анголы «Национальная Ассамблея представляет собой представительное собрание всех ангольцев, целью которого является выражение независимой воли народа Анголы» (п. 1 ст. 78).

Сущность *контрольной функции* проявляется в том, что в условиях демократически организованной системы разделения властей народу принадлежит право контролировать деятельность всех структур, которым он передал властные полномочия. Как общее правило, контрольная функция осуществляется в ходе разработки и принятия законов, когда депутаты, комитеты, комиссии, палаты анализируют ситуацию, изучают проблемы, делают свои оценки о работе тех или иных государственных учреждений. Прежде всего, это контроль за правительством: парламент наделен правом решать вопрос о доверии ему. Контрольные полномочия парламента реализуются посредством института депутатских запросов, обращения к членам правительства с устными вопросами и др.

Право высшего органа законодательной власти осуществлять контроль над исполнительной ветвью власти является его исключительной прерогативой, своего рода еще одной (после законодательствования) титульной функцией, которую он реализует посредством установленных основным законом страны форм и механизмов контроля за исполнительной ветвью власти, центральными органами исполнительной власти и их должностными лицами, включая право осуществления контроля высшего органа исполнительной власти.

Так, согласно ст. 66 Конституции Испании Генеральные кортесы контролируют деятельность правительства и, кроме того, обладают иными полномочиями (ч. 2 ст. 66).

¹Милль Дж. Стюарт. Представительное правление. Спб., 1907. С. 68, 84, 101.

В соответствии с Конституцией Королевства Бутан от 18 июля 2008 г. (ст. 10. 2) Парламент посредством публичного контроля политики и решения государственных дел, законопроектов и иных нормативных актов, осуществления государственных функций должен обеспечивать, чтобы правительство защищало интересы государства и действовало в соответствии с чаяниями народа. С этой же целью учреждается и механизм конституционной ответственности правительства (всей системы исполнительной власти) перед парламентом¹. По Конституции Польши члены Совета министров несут перед Сеймом солидарную ответственность за деятельность Совета министров (ст. 157.1) и индивидуальную ответственность за дела, подлежащие их компетенции (ч. 2 ст. 157)². Конституция Венгрии от 25 апреля 2011 г. в параграфе «2 ст. XXIX устанавливает, что Государственное собрание избирает Премьер-министра и избирает вотумы доверия, имеющие отношение к правительству,

Примечательно, что даже когда конституционно сильны позиции главы государства в механизме демократического государства в случаях, предусмотренных Конституцией, члены правительства одновременно подотчетны палатам Парламента (ч. 3 ст. 64 Конституции Казахстана)³. В этой же связи парламент обладает значительными контрольными полномочиями, правом создания комиссий по расследованию злоупотреблений исполнительными структурами власти, включая комиссии (комитеты) по борьбе с коррупцией, обеспечением прозрачности организации и деятельности иных властей. Согласно ст. 76.1, в Конституции Народной Республики Бангладеш от 4 ноября 1972 г. учреждается постоянный комитет по привилегиям; Парламент формирует постоянные комитеты в том числе с целью изучать и расследовать деятельность министерств по любому вопросу, отнесенному Парламентом к числу вопросов, имеющих общественную значимость; они также вправе потребовать от любого министерства предоставить через уполномоченного представителя относящуюся к делу информацию и устно либо в письменной форме дать ответы на поставленные перед ним вопросы⁴.

В Швейцарии Совет кантонов для осуществления контроля над Правительством создает две специальные комиссии, которые работают на регулярной основе (ч. 2 ст. 90 и ст. 96 Конституции): одна специализируется на управлении и администрации, другая – на финансах. Контроль охватывает все сферы деятельности Правительства, включая полицию. Комиссии имеют почти неограниченный доступ к информации, ко всем федеральным административным органам, официальным и частным лицам, а также ко всем, кто может предоставить дополнительную информацию. Правительство не может отказывать комиссиям в предоставлении необходимых сведений, сославшись на их конфиденциальность. В некоторых случаях комиссии могут снимать показания со свидетелей, запрашивать экспертов или любого рода документацию. Для особо важных случаев могут создаваться парламентские расследовательские комитеты, которые обладают почти судебными полномочиями (в более чем 150-летней парламентской истории Швейцарии было только 3 случая создания подобных комитетов). Как и в большинстве сенатов, каждый сенатор Швейцарии может задавать письменные, устные вопросы и интерpellации. Федеральный совет отчитывается о своей работе перед Федеральным собранием на его летней сессии, представляя доклад о внутреннем и международном положении конфедерации. Кроме того, по просьбе Федерального собрания или одного из двух советов он подготавливает специальные доклады⁵.

¹ См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан, С. 145.

² Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2011. С. 466.

³ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 347.

⁴ Там же. С. 89.

⁵ См.: Паргачева И. П. Особенности взаимодействия второй палаты парламента с исполнительными органами власти: мировая практика // Государственная власть и мест-

Одним из наиболее действенных конституционных средств контроля парламента над правительством являются интерpellации. Юридическая конструкция интерpellации иногда достаточно определенно представлена в национальной конституции.

В соответствии с Конституцией Парагвая (ст. 193 «О вызове на заседания Палат и интерpellации (парламентском запросе) каждая из Палат по решению абсолютного большинства своих членов может вызывать на свои заседания и направлять парламентский запрос министрам и иным высокопоставленным чиновникам Публичной администрации; директорам и управляющим автономных, самоуправляющихся и децентрализованных служб, предприятий, управляющих государственным имуществом, и тех предприятий, доля участия государства в капитале которых является преобладающей, в случае обсуждения законопроекта или рассмотрения вопросов, находящихся в сфере их деятельности. Вопросы должны представляться вызываемому на заседание лицу минимум за 5 дней до вызова. Явка указанных лиц на заседания Палат, представление ответов на поставленные вопросы и предоставление запрашиваемой информации обязательны; неявка возможна только по уважительной причине.

По Конституции «не подлежат интерpellации и вызову на заседания Палат Президент Республики, Вице-президент и судьи для предоставления сведений, касающихся судебной деятельности»¹.

Содержанием *финансовой или финансово-бюджетной функции* охватывается деятельность парламента по утверждению росписи доходов и расходов государства, т. е. бюджета государства и контролю за его исполнением, а также право устанавливать налоги, пошлины.

Обращают внимание и на *судебную функцию*, не вполне типичную для парламента, поскольку судебные полномочия – прерогатива судебной власти. Исторически это право отвоевано у монархов в сфере их правосудия. Однако в современных условиях это направление деятельности парламента существенно модифицировано и включает: деятельность следственных комиссий парламентов и их палат, по результатам работы которых зачастую возбуждается уголовное преследование в отношении должностных лиц государства; процедура импичмента, осуществление правосудия в отношении высших должностных лиц государства. Иногда верхняя палата – Палата лордов британского Парламента – выступала высшей судебной инстанцией. Алогичность этого положения устранена только с 2005 г. в связи с упразднением апелляционной юрисдикции Палаты лордов.

Что касается *законодательной функции*, то она занимает особое место в ряду перечисленных, является, можно сказать, титульной функцией. Законодательная функция проявляется в деятельности парламента по принятию законов. Посредством законодательной функции формируется правовая система государства, обеспечивается

правовое регулирование всех отношений, возникающих в обществе и требующих законодательного закрепления. Смысл законодательной деятельности парламента заключается в подготовке и принятии законов, которые прямо предусмотрены национальной Конституцией или их издание вызывается потребностями развития общества и государства в разных областях политической, экономической и социальной сферах жизни. С этим связано и то обстоятельство, что начиная с XVIII в. термин «законодательное собрание (ассамблея)» употребляется в значении равнозначного термину «парламент». Отсюда орган законодательной власти в зарубежных государствах обозначают легислатурой. Да и в самом названии парламента содержится указание на его главное предназначение. Именно как законодательное собрание обозначаются парламента в Западном Самоа, Коста-Рике, Науру, Панаме, Сальвадоре и государстве Тонга. Если наименование данного органа иное, как-то: парламент (Великобритания), Конгресс – США, Генеральный конгресс – Мексика, стортинг – Норвегия, альтинг – Исландия, Кнессет – Израиль, Генеральные кортесы – Испания, Федеральное собрание – в Швейцарии, Народное собрание – Египет и др., то в национальной конституции содержится указание о том, что именно он (данный орган власти) осуществляет законодательную власть, закрепляется перечень законодательных прав и пр.

§ 2. Компетенция парламента

При определении объема законодательных прав выделяют три группы парламента: 1) с абсолютно неограниченной законодательной компетенцией (парламент вправе рассматривать любой вопрос, как это имеет место в Великобритании); 2) с абсолютно определенной компетенцией (Франция); 3) абсолютно неопределенной (Япония); 4) относительно определенной (в федеративных государствах).

Однако какой бы способ законодательной компетенции парламента не воспринимался конституционной системой, помимо этого, существуют объективные основания ограничения законодательных прав парламента. Они предопределены самой природой конституционного правового строя, его принципами и в особенности правами человека и гражданина, которыми связан любой властный институт государства.

Наиболее типичным для определения первой группы органов законодательной власти является формула «парламент принимает законы», без указания перечня вопросов, решение которых требует принятия законов. Но отсутствие в конституции каких-либо указаний на

сей счет в равной мере можно расценивать как возможность парламента принимать законы по самому широкому кругу вопросов. В то же время утверждение о не существующих ограничениях применительно к данной группе парламентов было бы не совсем точным. На практике применяются различные способы ограничения таких прав – делегированное законодательство, принятие рамочных законов, что позволяет правительству начинять их содержание по своему усмотрению и пр.

Ко второй модели относятся государства, конституции которых содержат исчерпывающий («закрытый») перечень вопросов, по которым национальный парламент правомочен принимать законы (к примеру, ст. 34 Конституции Франции). По Конституции Анголы «Национальная Ассамблея вправе утверждать законы по всем вопросам, за исключением ограничений, установленных Конституционным законом о правительстве» (п. «b» ст. 88); конституционно Национальная ассамблея уполномочивается принимать законы по тем вопросам, которые определены конституционным установлением (пп. «a»–«n» ст. 90)

К третьей модели следует относить те страны, конституции которых весьма общим образом определяют компетенцию парламента. Так, согласно Конституции Намибии Национальные Собрания как наивысшая законодательная власть Намибии имеют право устанавливать или отменять законы для обеспечения мира, общественного строя и надлежащего управления страной в интересах народа Намибии, придерживаясь положений этой Конституции (п. 1 ст. 63). По этой же схеме определена компетенция довольно большой группы стран, притом, что технико-юридические приемы закрепления правовой основы законодательных полномочий парламента различны.

К четвертой группе стран относят федеративные государства, государства, имеющие в своем составе автономные образования (Испания, Дания – Фарерские острова и Гренландия). Относительно определенный характер компетенции парламента в этом случае обусловлен наличием у государства как исключительной, так и конкурирующей компетенции.

§ 3. Структура и порядок формирования парламента.

Особенности формирования нижней и верхней палат

Все многообразие существующих в мире парламентах характеризуется наличием в них одной или двух палат. При этом 24 существующие ныне федеративные государства имеют двухпалатные зако-

нодательные собрания, в то время как из 168 унитарных государств – только 53¹.

Палата (от лат. *palatium* – дворец, чертог) есть составная часть парламента. Соответственно структура современного парламента выражается понятиями «монокамерализм» и «бикамерализм». Бикамерализм означает существование в парламенте двух палат – нижней и верхней, организационно независимых друг от друга (раздельные заседания, несовпадающая компетенция, собственные своды правил организации и деятельности, различный объем законодательных прав и пр.). Двухпалатное строение парламента исторически обусловлено, выступает следствием компромисса между пришедшей к власти буржуазией и неохотно уступившей ей эту власть феодальной аристократией. За каждой из палат закрепилось и «свое» наименование. Наименование верхних палат объясняется тем, что в них первоначально заседали «верхи», с этим связано обозначение их сенатами (от лат. *senatus* – сенат, совет старейшин – от *senex* – старик, старец). Такое название верхних палат используется в достаточно большом количестве стран (Бельгия, Ирландия, Испания, Италия, Канада, США, Польша, Франция, Чехия и др.).

Верхние палаты принято квалифицировать в качестве вторых палат (исключение в Нидерландах, где верхняя палата Генеральных штатов именуется первой палатой. Точнее сказать, что «вторая палата», по существу, является первой в двухпалатных Генеральных Штатах Нидерландов.). Квалификация первых палат нижними также имеет свое объяснение: исторически в этих (нижних) палатах первоначально заседали «низы» общества (представители низших сословий в отличие от прелатов – аристократической знати, представлявшей верхние палаты).

В двухпалатном парламенте палаты могут быть юридически равноправными, что гораздо редко встречается (Италия). Чаще всего верхние палаты квалифицируются как «слабые». При условии такой асимметрии в парламенте нижние палаты не только обладают большим объемом полномочий, но у них имеются юридические возможности собственные решения делать решениями всего парламента. Так, верхняя палата польского парламента может лишь отсрочить принятие решения (ч. 3 ст. 121 Конституции Польши). Верхние палаты могут быть квалифицированы как «сильные» при условии, что без

¹ Подробнее см.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие : в 2 ч. М., 2009. Ч. 1. С. 111.

их согласия не может быть принят закон (например, Сенат США – разд. 7 ст. 1 Конституции США). Компетенция «сильной» верхней палаты совпадает с компетенцией нижней палаты.

Как правило, нижние палаты (иногда их именуют первыми палатами; в частности, в Никарагуа Палата Депутатов конституционно обозначается «первой палатой Конгресса») формируются путем всеобщих выборов (именно с этой палатой связана идея народного представительства). Из 72 государств, парламенты которых состоят из 2 палат, в 20 члены парламента избираются путем прямого голосования, в 19 – путем косвенного голосования, в 15 – путем наследования, в 18 преобладает смешанный способ формирования¹.

Крайне редко в некоторых странах (Египет, Кения) применяется институт назначения для формирования однопалатного парламента. Свойство представительности парламента, в первую очередь, связывается с его нижней палатой, способ формирования которой – всеобщие прямые выборы. В то же время применяются и косвенные выборы. К примеру, в мусульманских странах, в которых предусмотрена квота в парламенте для женщин, женщины-депутаты избираются парламентом (Бангладеш, Египет, Пакистан); в состав Национальных Собраний Намибии (однопалатного парламента) не более шести членов Национальных Собраний могут быть назначены Президентом страны, притом, что эти члены парламента не наделяются правом решающего голоса (подп. «b» п. 1 ст. 46 Конституции).

Иначе формируются верхние палаты. Демократизация парламентских учреждений обусловила формирование верхних палат путем прямых выборов (Бельгия, США, Япония). Распространено формирование верхних палат путем не прямых выборов, при этом такой способ применяется для выборов всего состава сенаторов (Франция), большего их количества (Италия), половины состава или части. В таких странах, как ФРГ, Австрия, Индия и др., представительство в верхних палатах определяется законодательным собраниями субъектов федерации.

При выборности де-юре в некоторых странах сохраняется элемент назначаемости при формировании верхних палат (Италия, Индия, Малайзия, Канада, Багамские Острова). Право назначения предоставлено главе государства, а в Испании – автономным образованиям. Так, в Канаде сенаторов назначает бессрочно генерал-губернатор по пред-

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 111.

ставлению премьер-министра. В Италии Президент Республики назначает в сенат пять пожизненных сенаторов из числа граждан, прославивших родину выдающимися достижениями в социальной, научной, художественной и литературной областях – так называемые сенаторы «по праву» (ч. 2 ст. 59 Конституции). Союзный совет ФРГ – Бундесрат состоит из назначаемых и отзываемых землями (правительствами земель) членов их правительств (ст. 51 Основного закона ФРГ). В состав Сената Конгресса Никарагуа в качестве пожизненных сенаторов входят «бывшие президенты Республики, которые занимали этот пост в результате прямого народного избрания» (ст. 127 Конституции).

Используется и комбинированный способ. К примеру, в Свазиленде половину состава верхней палаты назначает монарх, а другую половину избирает нижняя палата парламента. В Лесото в состав парламента, кроме назначаемых монархом лиц, входят по собственному праву так называемые традиционные (племенные) вожди, которые составляют большую часть состава палаты. Существует также членство в верхней палате парламента по должности (Южно-Африканская Республика, Чили). Но чаще всего состав верхних палат формируется путем выборов. Менее распространенной является практика прямых выборов. Такой способ применяется при формировании верхних палат в федеративных государствах,

§ 4. Внутреннее устройство палат парламента.

Порядок работы парламента: сессии и организационно-правовые формы его деятельности

§ 4.1. Внутреннее устройство палат парламента

Осуществление парламентом конституционных полномочий требует его рационального устройства. Современные парламенты имеют сложное устройство, которым охватываются постоянные и временные органы парламента (его палат), создаваемые на партийной и внепартийной основе, единоначальные и коллегиальные структуры, образующиеся только из членов парламента и включающие иных лиц, создаваемые раздельно каждой из палат (в двухпалатном парламенте) и имеющих совместную природу, и т. д.

Основными подразделениями парламента являются *комитеты и комиссии*. Такое строение имеют все парламенты мира. Причину образования подобных структур объясняют тем, что парламента или палаты многочисленны и не в состоянии оперативно решать отнесенные к его компетенции вопросы исключительно на пленарных засе-

даниях. Деятельность современного парламента многообразна и специализация такой деятельности объективно predetermined. Комитеты (комиссии) как раз и представлены членами парламента, обладающими специальными знаниями, опытом по профилю комитета (комиссии). Специализация комитетов (комиссий), таким образом, обеспечивает качественную работу парламента. При этом применительно к отдельно взятому парламенту могут создаваться только комиссии или только комитеты. Крайне редко учреждаются те и другие.

Назначение комитетов и комиссий – эффективное выполнение парламентом его функций и полномочий. Способы формирования парламентских комитетов (комиссий) различны. Общее – комплектование состава в соответствии с партийным составом палаты и с учетом численности фракций и групп и соотношения между ними в палатах. По общему правилу комитеты формируются на основе системы пропорционального представительства партий. Таким образом, персональный состав парламентских комиссий (комитетов) адекватен партийно-политическому «раскладу» в самом парламенте. Отсюда состав комиссий (комитетов) зеркально соответствует политическому составу палаты (Франция, Дания и др.). С некоторыми оговорками можно сказать, что парламентская комиссия (комитет) в миниатюре должна отображать сам парламент или его палаты. Именно это обстоятельство явилось основанием для предоставления комиссиям палат парламента Италии (ст. 72 Конституции 1947 г.), постоянным комиссиям Палат Генеральных кортесов (ст. 75 Конституции Испании 1978 г.) права принимать законы (кроме конституционных, избирательных, разрешающих ратификацию международных договоров, а также учреждающих бюджет и законы об исполнении бюджета). Аналогичным правом наделены структурные части палат парламента и в ряде других стран.

Так, согласно ст. 215 Конституции Парагвая («О делегировании полномочий») каждая из Палат абсолютным большинством голосов может делегировать комиссиям полномочия на рассмотрение законопроектов, резолюций и деклараций. Простым большинством голосов каждая из Палат может отозвать делегированные полномочия на любой стадии рассмотрения законопроекта до момента его одобрения, отклонения или утверждения комиссией.

При этом, согласно Конституции, не подлежат делегированию полномочия, касающиеся принятия закона о государственном бюджете, кодексов, рассмотрения законопроектов, регулирующих налогообложение, деятельность военных, связанных с организацией ветвей государственной власти и являющихся результатом реализации принадлежащего гражданам права законодательной инициативы, а также ратификации международных договоров¹.

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 750.

Во многих зарубежных странах парламентские комиссии делятся на постоянные и временные, или комиссии *ad hoc* (по случаю). Постоянные имеют специализированный характер, работают в определенной области: финансы, иностранные дела, образование, оборона, здравоохранение и др. Соответственно законопроекты рассматриваются комитетами по профилю. Поскольку контрольные полномочия парламента осуществляются через комитеты (комиссии), то нередко по своему названию, профилю деятельности такие структуры похожи на соответствующие министерства. Иными словами, система постоянных комиссий (комитетов) приближена к структуре правительства.

Полномочия парламентских комитетов (комиссий) достаточно широки: участвуют в рассмотрении законопроектов, иногда обладают правом законодательной инициативы, обсуждают до рассмотрения палатой, а порой вправе окончательно утверждать законопроекты. При этом основное поле деятельности комиссий (комитетов) – работа с законопроектами, подготовка предложений палате. Эта деятельность настолько значима, что в содержании законодательного производства специально обособляется комитетская, или комиссионная, стадия.

Временные комитеты (комиссии) создаются для рассмотрения одного законопроекта, отдельного вопроса; таковыми, к примеру, являются комиссии по расследованию. Создание большого количества временных комиссий ранее практиковалось в Дании.

Наряду с парламентскими комитетами и/или комиссиями, в структуре парламента создаются и такие объединения парламентариев, которые формируются на политической основе общей партийной принадлежности и именуются *фракциями* (ФРГ), *парламентскими партиями* (Соединенное Королевство), *парламентскими группами* (Испания), депутатскими клубами (Польша) и др. В качестве общего наименования чаще всего используется понятие «фракция», обозначающее в конституционно-правовом смысле объединение парламентариев, принадлежащих к определенной политпартии или политориентации¹.

Принадлежность парламентария к фракции предоставляет ему значительные преимущества, главные из которых – пропорциональное представительство в органах палаты – постоянных комиссиях (комитетах); распределение времени выступлений на пленарных заседаниях таким образом, что предпочтение всегда имеют парламентарии, состоящие во фракциях; возможность быть представленным от

¹ См.: Червонюк В.И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие. Ч. 1. С. 72–73.

фракции в руководстве палаты и пр. Кроме того, фракции в парламентских странах консультируют главу государства при образовании правительства и таким образом косвенно влияют на его состав.

Особое значение фракции имеют в британском парламенте и странах, принявших вестминстерскую модель. В таких парламентах есть правящая фракция (партии во власти) и фракция в оппозиции. Часть фракций, представленных в парламенте, но не представленных в правительстве и не поддерживающих проправительственный курс, являются *парламентской оппозицией*.

Образование фракций связано с определенными условиями. К таковым относят: 1) численность парламентариев, которая в различных странах колеблется – от 1 парламентария – в Нидерландах, 5 парламентариев – в нижних палатах Швейцарии и Австрии, 7 – в Ирландии, 10 – в Палате депутатов Греции, 20 – в Палате депутатов и 10 – в Сенате Италии, 20 и 10 – в Национальном собрании и Сенате Франции, 5 % от общего числа депутатов Бундестага (ФРГ); 2) определенными субъектами принятия решения, в частности такое решение принимают – бюро палаты (Бельгия), председатель палаты (Нидерланды, Ирландия, Дания, сенат Италии), палата коллегиально (Бундестаг ФРГ).

Руководство палат (парламентов). Нормальная деятельность парламента предполагает создание специализированных руководящих органов. Руководители палат относятся к высшим должностным лицам государства (2–3-е место в иерархии). В некоторых странах руководители палат замещают главу государства в случае его ухода в отставку или смерти. Главное условие – обеспечение внепартийности и беспристрастности в руководстве.

Принято различать следующие модели руководства парламентами (палат парламентами): 1) единоличный председатель палаты (парламента), который может иметь одного или нескольких заместителей; 2) коллегиальный орган (президиум, постоянные комиссии) руководства палатой; 3) единоличный председатель и коллегиальный орган руководства палатой (парламентом).

Как правило, председатель палаты парламента избирается из числа депутатов (исключением являются парламента таких стран, как Мальта, Замбия, Малайзия). Спикер имеет статус «слуги палаты» и не должен принадлежать к какой-либо партии. Напротив, в Конгрессе США спикер Палаты представителей является партийным лидером большинства; в Швеции председатель парламента – участвует в деба-

тах и голосовании, при этом функции тальмана в палате исполняет заместитель депутата.

Регламенты, а иногда и национальные конституции, определяют объем властных полномочий председателя: «Председатель является хозяином в здании бундестага и обладает здесь полицейской властью» (абз. 2 ст. 40 Основного закона ФРГ). Конституция Испании устанавливает, что «председатели палат от своего имени осуществляют в своих палатах административные и полицейские функции» (ч. 3 ст. 72).

Организуя работу палат, их председатели осуществляют такую важную функцию, как обеспечение порядка в палатах, в связи с чем они наделены дисциплинарной властью (правом «призыва к порядку» депутата – в Национальном собрании Франции). К неподчинившемуся депутату может быть применено порицание. В британском парламенте спикер вправе такого депутата обязать покинуть палату на весь день и даже лишить права слова на больший срок.

Статус парламентария – члена парламента. Парламентарий – это обобщенное название члена парламента: депутат – член нижней палаты, сенатор – верхней. Статус урегулирован в конституциях, специальных законах и регламентах палат. Обладают специальной правосубъектностью. Парламентарий осуществляет свой мандат (поручение, распоряжение). В конституционном праве мандат определяет отношения между избранным депутатом и избирателями. Главное предназначение парламентариев – осуществление законодательной деятельности.

§ 4.2. Фракционная структура современного парламента (конституционно-правовой анализ)

Демократическое устройство современных государств предполагает, что существующие партийные системы неизменно находят отражение (в буквальном смысле присутствуют) в организации парламента, его устройстве, в осуществляемых им производствах¹. Способ формирования состава современного парламента посредством демократических свободных выборов изначально предопределяет партийную принадлежность его депутатского корпуса. Вне зависимости от применяемого в той или иной стране типа (а в ее пределах – вида) избирательной системы выборы так или иначе происходят путем партийного представительства. Эта особенность формирования парламента возведена в ранг конституционного требования. В этой связи существующая в стране партийная система создает основу для формирования парламен-

¹ См.: Червонюк В. И. Фракционная структура современного парламента (конституционно-правовой анализ) // Вестник Московского университета МВД России. – 2015. – № 9. – С. 160–164.

та, можно сказать, в определенной мере копирующего партийную структуру данной страны. Фактор нахождения (присутствия) в парламенте политических партий, формирование депутатского корпуса на сугубо партийной основе, как представляется, является главным для понимания организации и функционирования парламента. При этом не меняет дела то обстоятельство, что в составе современных парламентов есть и так называемые независимые депутаты, поскольку существенного влияния на деятельность парламента, как показывает анализ проблемы, они не оказывают и составляют незначительную часть от общего (конституционного) состава парламента¹. Существенными преимуществами перед независимыми депутатами обладают депутаты, представленные в парламенте от политических партий.

Следовательно, дифференциация состава парламента по партийной принадлежности входящих в него депутатов объективно задана и с этой точки зрения партийные объединения в составе парламента – вполне объяснимая конституционная реальность. Воздействие на организацию и деятельность парламента политические партии оказывают через свои представительства в парламенте – фракции (партийные, депутатские объединения). Отмеченное указывает на то, что в структуре парламента партийные фракции – это важнейший компонент в организации легислатуры².

Фракционный состав парламента предполагает его структурирование, не совпадающее в том числе с принципом бикамерализма. Это группирование парламентариев по их принадлежности к тем или иным политическим партиям, прошедшим в парламент. Это также объединения парламентариев, прошедших в парламент хотя и не в составе партийных списков, но созданных на основе признаваемых ими в качестве солидаризирующих идей.

¹ См.: Сравнительное конституционное право / отв. ред. В. Е. Чиркин. М. : Манускрипт, 1996. С. 551; Червонюк В. И., Гасанов К. К., Хазов Е. Н. Конституционное право зарубежных стран: учебное пособие. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015.

² При этом, как следует из специальных исследований, характер влияния фракций на реализацию парламентом его конституционных полномочий, осуществление парламентских производств, среди которых законодательное производство относится к числу приоритетных, определяется, в первую очередь, комплексом разнообразных факторов, к числу которых относят: а) общее количество членов фракции; б) наличие устойчивой политической партии, стоящей за фракцией; в) наличие ярких и авторитетных парламентариев в составе фракции; г) уровень солидарности членов фракции во время голосования; д) число руководящих должностей в структуре палат парламента, закрепленных за членами фракции; е) характер взаимодействия с другими депутатскими объединениями, участием в коалициях; и) степень сотрудничества с исполнительными органами власти.

Фактор влияния политических партий на организацию законодательной власти настолько значительный, что уже на начальных этапах формирования парламента его организация, состав оказывается полностью зависимым от партийной системы страны и соответствующей ей избирательной системы, результатов каждых парламентских выборов и общего распределения мест в парламенте между основными политическими силами. Так, в Соединенном Королевстве Великобритании (гораздо в меньшей степени в странах, воспринявших вестминстерскую модель правления), где достаточно давно сложилась классическая двухпартийная система, функционируют две политические силы (партии) – правительственное большинство и «официальная оппозиция Ее Величества» – партия, которая завоевала на очередных парламентских выборах меньшее количество мандатов по сравнению с правительственной партией.

В ряде современных государств, в той или иной мере наследующих так называемую вестминстерскую систему правления, парламенты устроены подобным образом. В частности, согласно Конституции Королевства Бутан партия, обеспечившая на всеобщих выборах большинство мест в Национальной ассамблее, объявляется правящей партией, а вторая партия – партией оппозиции (п. 7 ст. 15)¹. Иногда национальные основные законы включают в нормативный текст рубрики, из которых прямо вытекает юридическое признание оппозиционной партии. Так, Конституция Федеративной Демократической Республики Непал содержит ст. 57А. «Оппозиционная партия», которая, хотя и не содержит дефинитивной нормы, но тем, не менее, прямо указывает на легализацию оппозиционной партии². Понятие «оппозиционные Правительству политические партии» содержит Конституция Республики Сингапур от 3 июня 1959 г. (ст. 39)³. В некоторых случаях рассматриваемое понятие можно вывести так называемым логическим путем – на основе уяснения действительного смысла конституционного положения или на основе взаимосвязанного толкования нескольких положений основного закона. К примеру, согласно Конституции Кыргызской Республики, «фракция, имеющая более половины депутатских мандатов, или коалиция фракций... выдвигает кандидата на должность Премьер-министра» (ст. 84.1)⁴. Понятно, что Конституция данной страны признает существование фракций (коалиции фракций), имеющих меньшинство, или оппозицию в парламенте.

Подобная ситуация характерна и для некоторых стран, не исповедующих вестминстерскую идеологию. Так, по Конституции Никарагуа в Палате Депутатов («первая» палата Конгресса – двухпалатного парламента страны) 28 мест (конституционный состав палаты – 42 депутата) предоставляются партии большинства и 14 – меньшинству. В Сенате («вторая» палата) соответственно 12 мест (из 16) предоставляются партии большинства и 4 – меньшинству⁵.

Что касается стран с многопартийными системами, каковых в мире подавляющее большинство, то здесь в парламенте имеет место представительство нескольких партий. Соответственно в парламентах

¹ См.: Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 134.

² Там же. С. 564.

³ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 711.

⁴ Конституции государств Азии. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 474.

⁵ См.: Конституции государств Америки. В 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка. С. 609.

таких стран (страны Восточной Европы – Польша, Венгрия, Чехия, Словакия и др.) создаются партийные фракции или группы, равно как партийные клубы.

Фракционная структура характерна и для строения парламента в составе Европейского союза. Фракции Европейского парламента – *политические группы депутатов* в Европейском парламенте (всего 751 в парламенте восьмого созыва). При этом объединение депутатов в группы происходит не по национальному признаку, а по их партийной принадлежности¹. Фракция может быть формальным представительством общеевропейской партии (европейской партии) в Парламенте. В других случаях она может быть коалицией из европейских партий, национальных партий и независимых политиков².

Оказывая влияние на формирование парламента, партийные системы существенно влияют на внутреннюю организацию и деятельность парламента. При этом структурная организация парламента охватывает его руководящее звено, постоянные и временные органы парламента (его палат), создаваемые на партийной и внепартийной основе, единоначальные и коллегиальные структуры, образующиеся только из членов парламента и включающие иных лиц, создаваемые отдельно каждой из палат (в двухпалатном парламенте) и имеющих совместную природу и др.³ Обобщенно влияние фракций на устройство парламента представлено в различных формах.

Во-первых, *фракционная структура парламента оказывает влияние на структурный состав самого парламента, его руководящие звенья*. По общему правилу руководители фракций участвуют в руководящих органах палаты. Соответственно руководящий орган палат парламента формируется в зависимости от партийного расклада в парламенте и в каждой из его палат. Председатель палаты парламента (спикер) – это, как правило, лицо, являющееся лидером или представителем политической партии, представленной большинством в парламенте (коалиции победивших партий). Высший руководящий орган палаты формируется из числа представителей фракций. Представитель наиболее крупной фракции обычно избирается председателем палаты, а представители крупных партий занимают должности заместителей председателя. Кроме того, фракции делят между собой посты заместителей председателя палаты, председателей постоянных (профильных) комитетов и комиссий. Причем эта договоренность по общему правилу оформляется «пакетным соглашением» после переговоров между различными фракция-

¹ См.: Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М. : ИНФРА-М, 2008.

² См.: Червонюк В. И. Фракционная структура современного парламента (конституционно-правовой анализ) // Вестник Московского университета МВД России. – 2015. – № 9. – С. 160–164.

³ См.: Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учебник для студентов юридических вузов и факультетов. М. : Волтерс Клувер, 2006. С. 206; Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие в 2 ч. М. : Московский университет МВД России, 2009. Ч. 1. С. 124; Чиркин В. Е. Законодательная власть в зарубежных странах. М. : Норма, 2009. С. 147.

ми, вслед за парламентскими выборами¹. В Парламенте Чехии создается руководящий коллегиальный орган палаты, каким в других странах выступает совет палаты, бюро или президиум. В его состав входят: председатель палаты, заместители председателя палаты и представители всех политических клубов на пропорциональной основе. Точно так же формирующийся в Парламенте Чехии «политический совет, являющийся неофициальным совещательным органом, воплощающим политическую самоорганизацию палаты» (собирается перед заседанием палаты, решает организационные вопросы, выясняет позиции клубов по рассматриваемым законопроектам), состоит из председателя палаты, его заместителей и представителей всех клубов, либо иных уполномоченных лиц².

Подобный порядок формирования руководящих органов воспринят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации (ч. 2 ст. 13 Регламента Государственной Думы).

Во-вторых, *партийный состав парламента предопределяет способы формирования парламентских комитетов (комиссий)*. Фракции имеют пропорциональное от своей численности представительство в постоянных комиссиях палаты. Данное правило существует в ФРГ, Бельгии, Финляндии, Франции, Норвегии, Швейцарии, Швеции и др. Комплектование состава парламентских комитетов осуществляется в соответствии с партийным составом палаты и с учетом численности фракций и групп и соотношения между ними в палатах, т. е. на основе системы пропорционального представительства партий. Таким образом, персональный состав парламентских комиссий (комитетов) адекватен партийно-политическому «раскладу» в самом парламенте. Состав комиссий (комитетов) зеркально соответствует политическому составу палаты (Франция, Дания и др.). К примеру, в Парламенте Чехии число комитетов и количество их членов устанавливаются палатой на первом пленарном заседании с учетом мнений политических клубов (18 – в нижней палате и 9 – в Сенате). Все они формируются по пропорциональному принципу и в зависимости от численности политических клубов. С некоторыми оговорками можно сказать, что парламентская комиссия (комитет) в миниатюре должна отображать сам парламент или его палаты. Именно это обстоятельство явилось основанием для предоставления постоянным комиссиям палат парламента Италии, «составленным таким образом, чтобы пропорционально отразить соотношение парламентских групп» (ч. 3 ст. 72 Конституции 1947 г.)³, постоянным комиссиям Палат Генеральных кортесов (ст. 75 Конституции Испании 1978 г.) право принимать законы (кроме конституционных, избирательных, разрешающих ратификацию международных договоров, учреждающих бюджет, балансы расходных смет и законы об исполнении бюджета, а также о законодательном делегировании, о разрешении на ратификацию международных договоров).

В-третьих, кроме влияния на структурирование и состав парламента, *фракции (партийные объединения) оказывают значительное влияние на организацию деятельности парламента, его функционирование и осуществляемые им производства*. Это в особенности касается решения ключевых проблем парламентской деятельности: назначение на должность главы правительства; распределение парламентских «портфелей» (назначение председателей парламентских комитетов (комиссий) а также их состава; принятие решения об инвеституре; принятие решения, связанного с одобрением (неодобрением) политики правительства (вынесение вотума доверия, резолюции порицания), инициирование процедуры импичмента как в отношении главы государства, так и других должностных лиц; решение комплекса вопросов, связанных с собственно законодательной деятельностью, по своему характеру и значению не совпадающих с вопросами решаемыми

¹ См.: Чиркин В. Е. Верхняя палата современного парламента: сравнительно-правовое исследование. М. : Норма, 2009. С. 60–61.

² См.: Лазарева М. Н. Современный парламент Чехии. Вологда, 2012. С. 71.

³ См.: Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие для бакалавров / отв. ред. Б. А. Страшун. М. : Юрайт, 2013. С. 309.

парламентскими комитетами (комиссиями). Как правило, распределение времени во время дебатов также зависит от принадлежности к фракции и от ее численного состава.

Таким образом, особенность структурной организации современного парламента заключается в том, что, наряду с учреждением основных его подразделений, своего рода «рабочих» органов, именуемых парламентскими комитетами и/или комиссиями, а также руководящими органами (председатель палаты, совет, бюро, президиум палаты и др.), одновременно в структуре парламента создаются и такие объединения парламентариев, которые формируются исключительно на основе общей партийной принадлежности. С этой точки зрения *в современных конституционных системах действует, можно сказать, принцип партийно-политического равновесия*. В этой связи положение § 1 ст. 58 Конституции Федеративной Республики Бразилия от 5 октября 1988 г. о том, что «при формировании бюро и каждой комиссии обеспечивается, насколько возможно, пропорциональное представительство парламентских партий или блоков, которые состоят в соответствующей палате»¹, является своего рода общим началом, характеризующим соотношение политических сил в современном парламенте. Следовательно, фракционная структура парламента, или деление депутатов на фракции, можно сказать, – титульная особенность всех современных парламентов².

§ 4.3. Организация деятельности парламента.

Парламентские производства

Как самостоятельная ветвь власти парламента обладает самостоятельностью: наделен собственным статусом, полномочиями, определенными привилегиями, материально-техническими и финансовыми ресурсами. Тем самым он не только формально-юридически, но и фактически отделен и защищен от неправового влияния могучей исполнительной власти.

В организационно-правовом смысле самостоятельность парламента в системе разделения властей вполне обоснованно связывают с наличием регламентов, определяющих его внутреннюю организацию, условия и порядок работы, технологию парламентских производств.

Действующее парламентское право достаточно детально определяет организацию деятельности парламента. В частности, определяется, что парламента функционируют сессионно (сессия – это период

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 256.

² См.: Червонюк В. И. Фракционная структура современного парламента (конституционно-правовой анализ) // Вестник Московского университета МВД России. – 2015. – № 9. – С. 160–164.

времени, в течение которого парламент может осуществлять свои полномочия и принимать решения). Предусмотрены виды сессий (очередные, внеочередные, чрезвычайные), начало и окончание их проведения. При этом используются различные способы определения правового режима проведения сессий: начало и окончание сессий определяется актом главы государства (Япония, Франция, Италия, Испания и др.) или актом самого парламента (Болгария); парламент может осуществлять свою деятельность в режиме «постоянного действующего собрания», т. е. без определения сроков его созыва (ФРГ, США, Италия, Люксембург, Нидерланды), иногда без указания продолжительности сессий; иногда начало и окончание сессий определяется нормами национальной конституции (Бразилия). Важнейшей организационно-правовой формой деятельности парламента являются *пленарные заседания*. Как правило, заседания палат открытые. Принцип открытости, публичности парламента закрепляется в конституции. Заседания палат в двухпалатном парламенте раздельное. Совместные заседания также имеют место, хотя в парламентской практике встречаются значительно реже (Ирландия, Малайзия, Великобритания, Индия). Такая организационно-правовая форма деятельности, как правило, оговорена конституцией и связана с церемониальными событиями (принятием присяги президента), пересмотром конституции, объявлением войны или чрезвычайного положения и др. Важный элемент работы парламента – *повестка дня*. Она определяется парламентом, его органами (в президентской республике) или правительством (при парламентарном режиме). Есть страны, где это определяется правительством (Италия, Индия, Испания); в Бундестаге (ФРГ) повестка заседания устанавливается советом старейшин; в Италии – утверждается конференцией председателей фракций¹.

Составляющими общей парламентской процедуры являются применяемые в структурах парламента *обсуждения* и *голосования*. Обсуждения подчинены повестке, при этом поведение парламентариев и их объединений связано требованиями соблюдения парламентской дисциплины. Нарушения могут быть различными, в том числе связанными с *обструкцией* – требованием увеличить время обсуждения, голосовать по каждой части или статье и пр.

Заседание правомочно при наличии *кворума*. Обычно требуется *большинство*, иногда 1/3 (Япония), 1/10 (Индия). Возможны иные модели определения кворума. Согласно Конституции Никарагуа (ст. 141)

¹ См.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие : в 2 ч. М., 2009. Ч. 1. С. 84–96.

кворум для проведения сессии Национальной ассамблеи составляет более половины от общего числа депутатов. Для утверждения проектов законов, указов, резолюций, соглашений и деклараций требуется абсолютное большинство голосов депутатов, присутствующих на заседании, за исключением случаев, когда Конституция устанавливает необходимость принятия решений посредством иной разновидности квалифицированного большинства¹.

Есть страны, где не требуется кворум (Израиль, Швеция, Великобритания). Механизм обеспечения присутствия депутатов – партийные структуры, имеющие в своем составе так называемых «кнотов», которые осуществляют контроль за поведением парламентариев.

Решения палаты принимаются путем *голосования*, голоса фиксируют секретари палаты; по именному призыву; с помощью электронных средств и т. д. Для принятия решения обычно требуется большинство (в Израиле от присутствующих, в Российской Федерации – от общего числа)².

§ 5. Роспуск парламента: конституционные основания и процедуры

Роспуск парламента – это досрочное прекращение полномочий парламента (одной или обеих его палат) по основаниям, предусмотренным в конституции.

Согласно ст. 85 Конституции Молдовы («Роспуск Парламента») основаниями роспуска признаются два обстоятельства: во-первых, невозможность формирования правительства или блокирования в течение трех месяцев принятия законов и после консультаций президента Республики с парламентскими фракциями; во-вторых, если парламент не выразил вотум доверия правительству в 45-дневный срок после внесения предложения, причем только после отклонения предложения не менее 2 раз. При этом «в течение одного года Парламент может быть распущен один раз» (ч. 3 ст. 85).

При демократических режимах роспуск парламента предполагает два взаимосвязанных процесса: 1) прекращение деятельности парламента и 2) назначение новых выборов. Таким образом, прекращение деятельности «старого» парламента не устраняет преемственность властей. Роспуск парламента вытекает из природы разделения властей и выступает одним из важных механизмов в системе сдержек и противовесов властей. По действующим конституциям прерогатива роспуска парламента принадлежит главе государства (Австрия, Испания, ФРГ, Япония). При этом национальные конституции устанавли-

¹ См.: Конституции государств Америки. В 3 т. Т. 3: Южная Америка. С. 614.

² См.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие. М., 2009. Ч. 1. С. 90–92.

ливают оговорки – обстоятельства, при которых глава государства может использовать право роспуска. Соответственно обязательными или дополнительными условиями для принятия главой государства такого решения выступают: а) консультации с премьер-министром (Великобритания, Испания); б) правительством (Италия); в) после консультаций с премьером и председателями палат (Франция); г) премьер-министром, председателем парламента и руководителями депутатских групп (Венгрия), председателем парламента и руководителями депутатских клубов или фракций (Черногория); д) председателем соответствующей палаты (Италия); е) парламентскими фракциями или их представителями (Молдова, Финляндия, Хорватия); ж) председателями палат и лидерами парламентских групп (Румыния); з) представленными в парламенте политическими группами, а также государственным советом, являющимся консультативным органом при президенте (Португалия). В некоторых странах главе государства конституционно предоставлено дискреционное право роспуска парламента. Так, согласно ч. 1 ст. 48 Конституции Сент-Висент и Гренадины Генерал-губернатор вправе в любое время назначить перерыв в работе Парламента или распустить Парламент¹.

В странах с юридически неравноправными палатами роспуску чаще подлежит нижняя палата, иногда верхняя автоматически прекращает свои полномочия (Бельгия, Ирландия, Польша, Япония). Конституционной практике, помимо роспуска, известны случаи *самороспуска парламента* (Австрия, Венгрия, Израиль, Киргизстан, Литва, Польша, Туркменистан, Хорватия, Черногория). В отличие от роспуска для самороспуска характерно волеизъявление не главы государства, а парламента.

Своеобразным основанием прекращения полномочий парламента, несколько совпадающим с самороспуском, является предусмотренное законодательством Бельгии *досрочное прекращение королем полномочий нижней палаты по ее «согласию»*. Согласно Конституции Южно-Африканской Республики президент распускает нижнюю палату на основании решения палаты. Мотивы такого способа роспуска, как и его основания, имеют сугубо политический характер и законодательством не урегулированы. Вместе с тем, законодательство стран развитой демократии содержит юридически определенные основания

¹ См.: Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 2. Карибский регион. С. 632.

ропуска парламента, тем самым исключая случаи произвольных действий главы государства (иного органа)¹.

Конституции некоторых стран предусматривают процедуру замещения парламента в случае его (или одной из его палат) роспуска. Так, ст. 102 Конституции Анголы устанавливает: «Национальная Ассамблея за период, когда она эффективно функционирует, во время, когда она распускается, и в других случаях, предусмотренных в Конституционном законе, замещается Постоянным комитетом», состоящим из Председателя Национальной Ассамблеи (возглавляет Постоянный комитет, назначается партией или коалицией партий, которые получают большинство голосов на выборах); 2 вице-председателей, назначаемых политическими партиями или коалицией партий пропорционально числу мест, занятых ими в Национальной Ассамблее; 12 членов, назначенных партиями и коалициями партий пропорционально числу мест, занятых ими в Национальной Ассамблее. При этом Постоянный комитет вправе: осуществлять совместно работу Правительства и администрации; созывать Национальную Ассамблею на внеочередные сессии; отстранять Ассамблею от ее обязанностей в отношении полномочий ее членов; уполномочивать Президента Республики объявить осадное или чрезвычайное положение; в исключительных случаях уполномочивать Президента Республики объявить войну и заключить мир, когда Национальная Ассамблея не проводит обычную сессию, и в случае появления срочности о созыве специального заседания; осуществлять подготовку по открытию законодательной сессии (ч. 2 и 3 ст. 102).

§ 6. Законодательный процесс

(законодательное производство): понятие и стадии

В зарубежном конституционном праве термину «законодательный процесс» отдается предпочтение термину «законодательная процедура»². Именно данный термин закрепляется в конституциях зарубежных стран. Вместе с тем, термин «законодательная процедура» имеет широкое распространение, а в системе общего (в особенности англо-американского) права он является преобладающим в законодательной

¹ Игнорирование данного обстоятельства всегда чревато серьезными последствиями для всей страны. Так, Президент Украины в 2007 г. перед опасностью утраты власти и вопреки положениям Конституции осуществил роспуск Верховной Рады, что обострило конституционный кризис в стране, дестабилизировало работу государственного механизма.

² См.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие : в 2 ч. М. : Московский университет МВД России, 2012. Ч. 2. С. 111.

лексике. Его распространение на континентальные системы права также очевидно. Соответственно в теории и в конституционной практике парламентские процедуры стали интерпретировать в двух значениях: во-первых, как «парламентский закон», т. е. как совокупность процедурных правил, которыми каждая из палат парламента руководствуется в своей деятельности, основанных на законодательных актах, регламентах палат, авторитетных научных работах, прецедентах и традициях; во-вторых, в значении основных форм деятельности парламента («процедурные формы»), которые складываются из отдельных правил и в совокупности характеризуют порядок работы парламента.

В формально-юридическом значении понятие «процесс» означает определенную совокупность юридически значимых действий, формирующихся на их основе правоотношений, соответствующих законодательным действиям процедур. Соответственно в конституционно-правовом смысле законодательный процесс есть зафиксированные правом *законодательные действия и законодательные процедуры «производства»* законов. При этом понятием законодательного процесса охватывается самый широкий набор действий и процедур, как связанных с разработкой, обсуждением законопроекта, принятием закона, так и касающихся реализации права законодательной инициативы в форме законодательного предложения. Это также действия и процедуры, касающиеся: внесения изменений в уже принятый и вступивший в силу закон; приостановления закона (в целом или его отдельных положений). Наконец, это комплекс действий и процедур, связанных с частичным или полным пересмотром конституции страны. В зарубежном конституционном праве именно такое понимание является преобладающим.

В широком смысле законодательный процесс рассматривается как порядок деятельности парламента по созданию законов, в более узком значении – как конституционно установленный ряд последовательно сменяющих друг друга этапов. Это строго регламентированная процедура принятия закона, включающая ряд парламентских процедур, начиная от внесения законопроекта в парламента и кончая опубликованием принятого закона и его вступлением в силу. Как и всякий юридический процесс, законодательный включает: 1) процедуры (порядок) осуществления отдельных законодательных действий (законодательной деятельности); 2) собственно законодательные действия (законодательную деятельность); 3) возникающие на основе действий участников процесса правоотношения. Являясь разновидностью юридического процесса, законодательный процесс имеет свои стадии. Парла-

ментское право предполагает детальную регламентацию всех стадий и правил законодательного процесса. Это является необходимым условием и гарантией принятия законов демократическим путем¹.

В каждой стране законодательный процесс имеет особенности. В частности, содержание законодательного процесса зависит от категории закона (обычный, органический, конституционный, закон о бюджете и т. д.). Отсюда в большинстве стран существует особая законодательная процедура для конституционных законов, внесения поправок в конституцию, специальные процедуры установлены для органических законов во Франции, законов (биллей) публичных (затрагивающих общие интересы и действие которых распространяется на всю страну) и частных (имеющих местное значение касающихся отдельных лиц и организаций в Великобритании и Канаде). Национальные конституции предусматривают особые процедуры для принятия так называемых финансовых законопроектов. В доктрине применяемая в отношении обсуждения и принятия процедура к отдельным видам законов квалифицируется законодательным производством, выступающим составной частью законодательного процесса; в отношении таких производств применяется особая законодательная процедура.

Обычно в законодательном процессе выделяют следующие стадии: 1) внесение законопроекта или законопредложения в парламент (палату парламента). Данную стадию именуют стадией реализации права законодательной инициативы; 2) рассмотрение законопроекта в палатах парламента, его комитетах (комиссиях); вполне обоснованно в качестве самостоятельной выделять так называемую комитетскую стадию; 3) принятие закона; 4) санкционирование, промульгация (подписание закона главой государства), опубликование закона. Данную стадию иногда разделяют на две: санкционирование (подписание) главой государства; промульгация с официальным опубликованием. Обобщенно данную стадию обозначим санкционированием закона и его опубликованием.

Очевидно, правомерно в качестве факультативной выделять стадию, связанную с устранением разногласий, возникающих в законодательном процессе между его участниками, в особенности между палатами парламента (в двухпалатном парламенте), а также между главой государства и парламентом, иногда между парламентом и правительством.

Во всех парламентах законодательное производство начинается с осуществления *права законодательной инициативы* – внесения зако-

¹ См.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие : в 2 ч. М., 2009. Ч. 2. С. 222.

нопроекта (законодательного предложения) в парламент (одну из палат). Процедуры реализации права законодательной инициативы в определенной степени отображают построение парламента. В двухпалатных парламентах с так называемыми равноправными палатами, т. е. с палатами, объем и содержание полномочий которых сравнимы, законопроекты (за некоторыми исключениями) могут быть внесены в каждую из палат. Такой порядок применяется также в парламентах Великобритании и Японии, палаты которых нельзя считать «равноправными». При этом, хотя в британском парламенте билли, кроме финансовых (денежных – money bills), могут вноситься в любую палату, но на практике наиболее важные из них сначала рассматриваются Палатой общин, а наиболее сложные с юридической точки зрения – Палатой лордов. В большинстве стран, где функционирует парламент с «неравноправными» палатами, законодательный процесс начинается в нижней палате.

Согласно укоренившейся практике (часто это получает законодательное закрепление, иногда и на конституционном уровне), обсуждение законопроекта (*чтения*) проходит, как правило, в трех чтениях.

В парламентах некоторых стран (Испания, Швеция) в виде исключения допускается обсуждение законопроекта в одном чтении. Так, согласно ч. 1 ст. 90 Конституции Испании после одобрения проекта обычного или органического закона Конгрессом депутатов его председатель немедленно уведомляет об этом председателя Сената, который в свою очередь передает проект на рассмотрение своей палаты. Сенату предоставляется 2 месяца для внесения поправок и утверждения проекта (ч. 2 ст. 90).

Первое чтение следует за стадией реализации права законодательной инициативы, точнее говоря, последняя плавно переходит в стадию первого чтения. Суть чтения заключается в том, что собрание палаты или всего парламента (при наличии в нем одной палаты) должно: а) подтвердить свое согласие с инициатором законопроекта относительно необходимости принятия проекта закона и одобрительно высказаться относительно его концептуальных положений; б) опровергнуть мнение инициатора законопроекта и таким образом отказать в праве дальнейшего рассмотрения проекта.

На этапе *второго чтения* законопроект усиливается поправками. По каждой из внесенных поправок парламент проводит голосование. Технология такова: а) вначале председатель палаты предлагает голосование по наиболее радикальной поправке, скажем, опровергающей текст проекта; б) при отклонении такой поправки палата голосует по поправке, которая существенно изменяет текст законопроекта; в) при

условии, что она принята все иные поправки, противоречащие ей, на голосование не ставятся.

Третье чтение отличается тем, что на этой стадии законопроект обсуждается в целом, включая все принятые к нему поправки. Почти во всех парламентских законодательных производствах существует запрет относительно внесения новых поправок, кроме тех, которые носят редакционный характер и не влияют на содержание нормативных положений. Принятием законопроекта в третьем чтении завершается рассматриваемая стадия. Согласно законодательной процедуре многих парламентов во время третьего чтения законопроект обсуждается «еще раз» и принимается обычно без принципиальных изменений. В США на стадии третьего чтения внесение поправок в законопроект не допускается, но до окончательного голосования палата может вернуть его на повторное рассмотрение в комитет. Во Франции законопроекты могут приниматься без прений. Правительство заранее договаривается с большинством фракций или депутатов, и под видом неотложности и важности правительственный законопроект вносится и сразу же голосуется¹.

В парламентской практике в законодательном производстве применяются так называемые «усеченные» (*сокращенные*) процедуры, к которым можно отнести принятие закона комиссиями парламента (Испания, Италия, Греция, Бразилия). Конституция Италии по такой процедуре предусматривает принятие парламентом страны «срочных» законов. В том случае, «если палаты, каждая абсолютным большинством голосов своих членов, объявляют закон срочным, то он промульгируется в срок, указанный в этом законе» (ч. 11 ст. 73). Это также принятие, согласно Основному закону ФРГ, федерального закона, которое правительство объявило «как неотложный», т. е. в состоянии так называемой законодательной необходимости.

Принятие закона. Законодательный процесс в парламенте завершается голосованием, по результатам которого устанавливается факт принятия закона. В двухпалатном парламенте закон должен быть принят обеими палатами. Однако в процессе рассмотрения законопроекта нередко возникают расхождения, без преодоления которых закон не может быть принят. Для принятия некоторых категорий законов (органических, конституционных и др.) требуется квалифицированное большинство – 2/3, 3/4, 3/5 голосов. При этом для голосо-

¹ См.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие. М., 2009. Ч. 2. С. 211.

ния по законопроекту применяются следующие способы: открытое голосование, которое может быть обычным или поименным; упрощенное – криком («за» – сторонники, «против» – противники, делая все это только по команде спикера), вставанием (поочередно встают те, кто за и против), ногами (сторонники и противники поочередно проходят мимо спикера и таким образом ведется подсчет).

Право вето. С момента поступления закона главе государства у него есть два варианта: подписать закон и не подписывать его, используя процедуру вето главы государства. Право вето, или так называемое *право негативного контроля*, – одна из важнейших прерогатив главы государства в законодательном процессе. Означает юридическую возможность главы государства оценивать качество закона, его соответствие общественным ожиданиям, совершенство юридической формы. Документальной формой вето является отказ главы государства подписать закон, зафиксированный в его тексте, или (в случаях отлагательного вето) адресованное парламенту соответствующее письменное сообщение главы государства. Право главы государства наложить вето действует в течение предусмотренного конституцией срока (обычно от 10 до 30 дней) с момента поступления к нему на подпись закона. Этот срок обеспечивает главе государства возможность оценить закон с целью надлежащей реализации своих полномочий на завершающих стадиях законодательного процесса. Санкционированный главой государства (иным должностным лицом) закон подлежит по установленной процедуре опубликованию (обнародованию) и вступлению в действие¹.

¹ См.: Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие. М., 2009. Ч. 2. С. 111.

Глава 14. КОНСТИТУЦИОННЫЙ СТАТУС ПРАВИТЕЛЬСТВА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

§ 1. Место правительства в системе разделения властей.

Понятие и модели (виды) правительства

Согласно теории конституционализма правительство представляет собой институцию, возглавляющую всю систему органов исполнительной власти конкретно взятой страны; это коллегиальный орган наиболее универсальной (общей) компетенции, который осуществляет исполнительную и распорядительную власть в стране. Правительство – это всегда высший орган в системе исполнительной власти страны (исключение составляют правительства в тех странах, где эту функцию осуществляет президент, монарх); орган, представляющий собой коллегию, солидарно ответственную перед парламентом (применительно к парламентарному режиму и смешанной республике). Так, согласно ст. 105 Конституции Анголы «Правительство ведет общую политику страны и является высшим государственным административным органом».

Место и роль правительства в системе разделения властей определяется формой государственного правления. Наибольший вес правительство приобретает в условиях парламентарного режима («парламентского правления»). Симптоматично поэтому, что глава государства может реализовать большинство принадлежащих ему полномочий, главным образом, через правительство и при его поддержке. Это же касается и издаваемых главой государства актов, абсолютное большинство которых приобретают юридическую силу лишь после применения к ним процедуры контрасигнации. Точно так же роспуск парламента, назначение на высшие государственные посты и иные полномочия главы государства реализуются по прямому волеизъявлению правительства. В тех странах, где в системе верховной власти премьер-министр занимает ключевые позиции в государстве, форма правления также претерпевает изменения, отображая данный феномен (так называемая «премьер-министериальная форма правления» в Индии, «канцлерская республика» в ФРГ).

Иную роль играет правительство в условиях президентарной формы правления. Такое правительство нередко характеризуется как техническое, полностью зависит от президента: президент формирует состав правительства внепарламентским способом, определяет его политический курс, смещает членов правительства по своему усмотрению, правительство ответственно только перед президентом.

В странах с полупрезидентской формой правления роль правительства особенно значительна при том условии, что партии, имеющие большинство в парламенте, не являются пропрезидентскими. В ином случае prerogatives президента в сфере исполнительной власти существенно возрастают.

Название правительства зависит разве только от территориального устройства страны. В федеративных государствах правительство обозначается как федеральное (Федеральное правительство в ФРГ, Федеральный Совет в Швейцарии).

Форма правления и название правительства отдельно взятой страны особых корреляций не имеют. Соответственно применительно к одной форме правления такие названия могут быть различными: Совет Министров в Индии; Кабинет Министров в Японии; Государственный Совет в КНР, Швеции, Норвегии, Финляндии; Правительство во Франции, на Кубе, в Чехии, Колумбии. Встречаются и редкие названия: Правительство Ее Величества Королевы Великобритании, Административный Совет (КНДР).

Модели (виды) правительства. Критерии выделения таких моделей могут подразделяться по самым разным основаниям – формы правления, территориального устройства страны, компетенции и др. В зависимости от партийного состава принято выделять следующие его модели: *однопартийное правительство* – создается в тех парламентарных странах, где какая-либо партия имеет абсолютное большинство в однопалатном парламенте или его нижней палате (Великобритания, Австралия, Канада и др.); *многопартийное, или коалиционное правительство* – формируется в странах с «парламентским правлением» при условии, что ни одна из представленных в парламенте партий не имеет большинства, вследствие чего формируется коалиция (блок) партий, лидеры которых делят между собой министерские посты. Тесная взаимосвязь партий и правительства дало основание зарубежным государствоведам обозначать парламентарную форму правления как «правление партий».

Возможны и *беспартийные правительства*, которые, кроме стран с абсолютной монархией, в иных странах создаются в условиях конституционных кризисов. Это так называемое служебное, деловое, чиновничье, рабочее, техническое правительство. Так, Конституция Бангладеш содержит главу «Внепартийное временное правительство», согласно которой такое правительство формируется на период после окончания срока полномочий парламента или их досрочного прекращения и до назначения нового премьер-министра. В Хорватии

президент создает «временное внепартийное правительство» в случае неудачного завершения парламентской процедуры формирования правительства и роспуска в связи с этим парламента.

В зависимости от характера поддержки правительства парламентом различают *правительства большинства* и *правительства меньшинства*. Наиболее распространенным является правительство парламентского большинства. Оно опирается на поддержку партийных фракций, которые образуют коалицию.

В кризисной ситуации (в условиях войны, в послевоенный или послереволюционный период) на основе объединения всех политических сил с широким представительством разных партий может быть образовано *правительство национального единства*, принимающее на себя ответственность за руководство страной.

§ 2. Конституционный состав правительства и порядок его формирования

Конституционный состав правительства. В состав правительства входят: 1) премьер-министр (официальные названия: Премьер Государственного Совета в Китае, Министр-председатель в Болгарии, Государственный министр в Швеции и т. д.); 2) министры. В некоторых странах в состав правительства входят государственные министры (в Японии это любой член Кабинета, в Португалии – заместители Премьер-министра); *государственные секретари* (в США так называют министра иностранных дел, в Великобритании – «старших» по своему положению министров); *министры без портфеля* – лица, которые не руководят какими-либо ведомствами, но на заседаниях правительства имеют право решающего голоса; *парламентские секретари*, которые обеспечивают связи правительства и министров с парламентскими структурами, представляют министров в парламенте.

В государствоведении различие в составах правительства связывают с принадлежностью государства к континентальной или общей семье права. Принадлежность к континентальной системе указывает на то, что в состав правительства входят все главы центральных ведомств – министры, государственные секретари, главы департаментов. Словом, в составе правительства *ex officio* (по должности) входят все руководители центральных исполнительных органов власти. Не меняет дела то, что в отдельных странах континентального права (Франция, франкоязычные страны Африки) различают: *совет министров*, заседания которого проходят под председательством президента (на них принимаются наиболее важные решения) и не имею-

щий конституционной основы *совет кабинета*, заседания которого проходят под председательством премьер-министра (на них рассматриваются оперативные вопросы). Состав правительства, порядок его формирования и деятельности четко урегулирован национальными конституциями и специальными (часто органическими) законами. Обычаи и иные неписанные нормы применяются, однако они имеют второстепенное значение.

В странах общего права состав кабинета (собственно правительства) и официального правительства не совпадают; соответственно различаются *правительство*, включающее всех министров, младших министров (в Соединенном Королевстве это около 100 чел., которые никогда не собираются в полном составе как особый орган), и *кабинет*, включающий около 20–22 министров. Персональный состав правительства формируется премьер-министром из числа правящей партии, представленной в парламенте, т. е. из депутатов. Состав кабинета неоднороден: наиболее близкие и пользующиеся доверием премьер-министра члены кабинета (3–5 чел.) образуют так называемый «внутренний кабинет», решения которого оформляются как решения всего кабинета. При этом кабинет существует на основе конституционного обычая. Его структура, компетенция, порядок формирования и деятельности, как правило, статутным правом не регулируется. Так, в Великобритании в силу сложившегося конституционного обычая монарх назначает Премьер-министром лидера партии, победившей на парламентских выборах, и по его представлению – остальных министров.

Публичная администрация представлена *министерствами* – специализированными органами управления, формируемыми по отраслевому принципу. Так создается профессиональный специализированный управленческий аппарат в тех сферах общественной жизни, которые правительство считает постоянным объектом правового регулирования. Основные законы могут ограничивать численность министерств. В отдельных странах в составе правительства создаются межведомственные комитеты или комиссии, объединяющие группы родственных министерств, которым правительство делегирует отдельные свои полномочия.

Порядок формирования правительства. В конституционной практике различают два основных способа формирования правительства – *внепарламентский* и *парламентский*. Первый способ применяется: а) в еще сохранившихся абсолютных монархиях, где глава государства назначает членов правительства обычно из своих ближайших род-

ственников (Бахрейн, Катар, Кувейт, Саудовская Аравия и др.); б) в дуалистических монархиях, хотя король иногда учитывает ситуацию в парламенте; в) в президентской республике глава государства также формирует правительство по своему усмотрению из известных деятелей своей партии (Бразилия, Египет, Колумбия, Мексика и др.) или «по совету и согласию Сената».

В условиях смешанной формы правления для назначения главой государства премьер-министра обычно требуется согласие парламента (нижней палаты). Такое согласие может выражаться в том числе в форме инвеституры (обычно присущей парламентскому правлению). К примеру, Конституция Польши устанавливает, что назначенный Президентом Председатель Совета Министров в течение 14 дней со дня назначения представляет Сейму программу деятельности правительства вместе с предложением о предоставлении ему вотума доверия (ч. 2 ст. 154)..

Парламентский способ формирования правительства применяется в странах с парламентарным режимом: победившая на парламентских выборах партия формирует правительство, которое несет перед ним политическую ответственность (Австрия, Греция, Исландия, Мальта, Словакия и др.). Глава государства лишь оформляет процедуру создания правительства своим актом (указом, декретом). Считается, что правительство имеет поддержку в парламенте до тех пор, пока ему не будет выражено недоверие. В ряде парламентских стран сформированный состав правительства считается созданным при условии одобрения (доверия) парламентом (*инвеституры*). При этом инвеституру в ряде стран связывают и с утверждением парламентом правительственной программы деятельности. Инвеститура предусмотрена конституциями стран со смешанной формой правления.

В конституционно определенных случаях при формировании правительства учитывается форма государственно-территориального устройства, национальный состав населения. По Конституции Бельгии «совет министров состоит в равном количестве из министров, которые изъясняются на французском и нидерландском языках» (ст. 99). Конституция Демократической Республики Конго императивно предписывает: «При формировании Правительства принимается во внимание национальное представительство» (ст. 90). Согласно ст. 175 Конституции Швейцарии при определении персонального состава правительства «должно учитываться соразмерное представительство разных местностей и языковых регионов». Руководствуясь принципом репрезентативности, по конституционному обыкновению

правительство Канады формируется из представителей большинства провинций, англо-канадцев и франко-канадцев – главных языковых групп населения и представителей основных конфессий – протестантской и католической.

За исключением немногих стран члены сформированного правительства приносят присягу – на заседании парламента или перед парламентом - в парламентских странах и перед президентом (чаще всего в полупрезидентских республиках).

§ 3. Компетенция правительства, его правовые акты и аппарат

Объем компетенции правительства определяется его местом в системе высших органов государства. Для стран, правительства которых относятся к континентальной системе, компетенция определяется преимущественно в основных законах. По Конституции Испании «Правительство руководит внутренней и внешней политикой, гражданской и военной администрацией и обороной страны. Оно осуществляет исполнительную власть в соответствии с конституцией страны и законами» (ст. 97). Согласно ст. 20 Конституция Франции, «Правительство определяет и проводит политику нации. Оно также распоряжается администрацией и вооруженными силами». По общему правилу в парламентарных странах правительство осуществляет полномочия, зарезервированные конституцией за главой государства. Обобщенно говоря, полномочия правительства можно свести к нескольким группам: полномочия в сфере организации исполнения законов. Правительство в этой связи разрабатывает и проводит в жизнь различные программы реализации законодательства, а также осуществляет нормотворческую деятельность по конкретизации принятых законов, а равно активно участвует в законодательной деятельности, прежде всего посредством реализации права законодательной инициативы.

Реализуя возложенные на него полномочия, правительство издает нормативные и ненормативные акты (указы, ордонансы, декреты, распоряжения и др.). Так, согласно Конституции Анголы «Правительство на заседании в Совете министров выполняет свои функции путем принятия исполнительных законов, указов и постановлений об общей и отраслевой политике и мерах в рамках своей деятельности» (ст. 113).

Особую значимость имеют акты правительства в тех случаях, когда оно конституционно наделяется регламентарной властью, правом делегированного законодательства.

Для осуществления конституционных полномочий правительство создает *аппарат*. Считается, что в президентских республиках и абсолютных монархиях аппарат главы государства концентрирует всю полноту исполнительной власти, наделяется значительными дискреционными полномочиями; при парламентарной форме обладает меньшими полномочиями, выполняет совещательные и консультативные функции; в смешанных – сильный аппарат у президента и у премьер-министра.

Усиление роли главы правительства привело к созданию подчиненных ему структур – Ведомство федерального канцлера в ФРГ, Кабинет президента – во Франции, Секретариат премьер-министра в Великобритании и др.

§ 4. Организация исполнительной власти в зарубежных странах. Роль главы правительства. «Комитетская система»

Организация исполнительной власти существенным образом зависит от формы правления. В то же время на форму правления не в меньшей мере влияет феномен соучастия главы государства в осуществлении исполнительной власти. Степень и характер такого соучастия, конечно, задан существующей конструкцией верховной власти. Очевидно, что даже в тех монархических странах, где глава государства формально признается главой исполнительной власти, его статус расходится с конституционными реалиями.

Считается, что минимальное участие главы государства в осуществлении исполнительной власти характерно для парламентарных стран. Такой вывод может показаться нелогичным, учитывая, что в монархических странах глава государства (монарх) конституционно признается главой исполнительной власти или участвует в ее осуществлении (Бельгия, Дания, Люксембург, Норвегия, страны «вестминстерской модели»). Действительность этих стран расходится с конституционными формулами. Применяемый в этих конституционных системах механизм контрасигнации лишь подтверждает номинальную роль главы государства в сфере осуществления исполнительной власти. Через механизм контрасигнации правительство и его глава принимают на себя ряд полномочий главы государства и осуществляют их. Вместе с тем, посредством контрасигнации правительство «освобождает» главу государства от ответственности, перелагая ее на своих членов, скрепляющих своей подписью подпись главы государства на принимаемых им актах.

Эволюция парламентской формы привела к коррекции функций главы государства, где он на конституционном уровне признан носителем исполнительной власти. В Греции, Исландии и Финляндии исполнительная власть осуществляется президентом и правительством. В Австрии президент совместно с правительством осуществляет «высшее управление делами федерации», на Мальте президент наделен исполнительной властью и осуществляет ее как непосредственно, так и «через подчиненных лиц».

В Австрии, Ливане, Словакии, Турции и Чехии статус президента установлен в разделе основного закона, посвященном исполнительной власти.

По Конституции Литвы (ст. 84) президент «решает важнейшие вопросы внешней политики и совместно с правительством осуществляет внешнюю политику». Правительство несет ответственность как перед парламентом, так и формально перед президентом (в форме индивидуальной ответственности). Внесенными 16 апреля 2017 г. поправками в Конституцию Турции принципиально изменяется статус президента в системе исполнительной власти страны: согласно конституционным новеллам президент является не только главой государства, но и главой правительства; упразднен пост премьер-министра и соответственно все принадлежавшие ему полномочия перешли в ведение президента; президент без участия парламента формирует правительство, назначает и освобождает от должности министров; наделен правом роспуска парламента и пр.

Роль главы правительства. Особая роль в составе правительства принадлежит *премьеру*. В парламентских странах премьер не просто первый среди равных, а лицо, определяющее политику правительства, от него же зависит и назначение министров; решающее слово на заседаниях правительства принадлежит ему (голосование на заседаниях правительства далеко не всегда имеет место). На практике входящие в компетенцию правительства вопросы часто решаются его президиумом (бюро), комитетами или лично премьер-министром.

В условиях президентской республики стержневой фигурой в системе исполнительной власти является президент. В Конституциях Аргентины, Венесуэлы, Никарагуа, Азербайджана, Таджикистана, Туркменистана президент определяется как глава исполнительной власти; в Колумбии, Эквадоре – глава правительства. При этом в президентских республиках, кроме США, предусмотрено создание правительства или подобного ему органа (кабинет министров или совет министров). В ряде стран (Аргентина, Азербайджан, Корея, Намибия)

предусмотрена и должность премьер-министра (главы кабинета). Хотя, безусловно, главой исполнительной власти и в этих случаях остается президент.

В условиях смешанной республики власть бивалентна или дуалистична, сконструирована по типу: сильный президент – сильное правительство («диархия») и означает разделение полномочий в сфере исполнительной власти между президентом и правительством. Так, применительно к Франции это разделение конституционно оформлено: президент председательствует в совете (ст. 9 Конституции), премьер «руководит работой правительства» (ст. 21 Конституции).

Организация деятельности правительства. Основная организационная форма деятельности правительства – заседания. Форма заседаний, как отмечалось, зависит от того, кто председательствует на нем. Как правило, в большинстве стран очередные заседания правительства проводятся *1 раз в неделю*. В парламентарных государствах заседания правительства проходят достаточно часто, они могут проводиться 1 раз в неделю (Великобритания, Индия, Испания), 2 раза (Япония, Ирландия), иногда 3.

Повестка дня и порядок рассмотрения вопросов определяются, естественно, главой правительства. На заседаниях правительств ведутся протоколы. Этим занимается ответственное должностное лицо – специальный чиновник, например Генеральный секретарь Правительства (Франция), секретарь Кабинета (Великобритания) и т. д. Все протоколы заседаний считаются конфиденциальными и никогда не публикуются.

Как правило, окончательные решения принимает глава правительства и оно не голосуется. Вопрос на голосование глава правительства может поставить лишь тогда, когда сомневается в том или ином варианте решения и ему нужно выяснить мнение членов правительства.

Элементом правительственной власти в зарубежных странах является так называемая «комитетская система». Это специальные (внутренние) правительственные органы – *комиссии* и *комитеты*, которые учреждаются в рамках правительства и действуют в качестве постоянных или временных, специализированных или универсальных. В одних странах такие комитеты заняты в сфере обороны и внутренней безопасности, в других – ведают иными вопросами.

§ 5. Конституционная ответственность правительства

Конституционная ответственность правительства возможна перед парламентом, президентом (главой государства) и премьер-министром.

При парламентных режимах правительство ответственно перед парламентом. Такой вид конституционной ответственности чаще всего именуется политической ответственностью.

Ответственность перед парламентом выражается в вынесении легислатурой вотума недоверия (резолуции порицания) правительству или отдельному министру, в отказе в доверии правительству (этот вопрос ставится по инициативе самого правительства) и, как следствие, в отставке правительства или министра.

При этом ответственность министров перед парламентом может быть солидарной (все правительство уходит в отставку, даже если недоверие выражено одному из его членов (Франция, Испания, Куба), и индивидуальной – отставке подлежит только тот министр, которому парламентом выражено недоверие. Подобная схема формально-юридически возможна не только в условиях парламентского правления. Согласно положениям Конституции Польши – государства с полупрезидентской формой правления – члены Совета Министров несут перед Сеймом солидарную ответственность за деятельность Совета Министров, а также индивидуальную ответственность за дела, подлежащие их компетенции или порученные им Председателем Совета Министров (ч. 1 и 2 ст. 157). По Конституции Намибии (государство с квазипрезидентской формой правления, сильными полномочиями президента) «Министры несут перед Президентом и Парламентом персональную ответственность за работу порученных им министерств, а также коллективную ответственность за работу Кабинета» (ст. 41). Конечно, учитывая сильные прерогативы президента («главы государства и главы правительства»), в том числе в сфере законодательной власти, фактически ответственность министров Кабинета перед парламентом более чем проблематичная.

Индивидуальная ответственность членов правительства перед парламентом предусмотрена Конституцией Парагвая; согласно ст. 194 («О вотуме недоверия»), «если лицо, вызванное на заседание соответствующей Палаты, не явилось или члены Палаты нашли ответы лица на поставленные вопросы неудовлетворительными, обе Палаты абсолютным большинством в две трети голосов могут выразить указанному лицу недоверие и рекомендовать Президенту Республики или вышестоящей по отношению к нему инстанции сместить его с должности»¹.

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 734.

В президентских и смешанных республиках члены правительства несут ответственность перед главой государства, что выражается в смещении им министра (увольнении в отставку). Однако и в этом случае современные конституционные системы не придерживаются определенного стандарта.

Конституционная ответственность правительства и министров имеет ту особенность, что она возможна не только за правонарушение, но и без таковых, что чаще всего и бывает. Парламент выражает недоверие правительству и министрам за недостатки в работе, упущения, считая политическую линию правительства или министра неверной, нередко в связи с грубым нарушением этических норм. По этим же основаниям применяет форму ответственности президент или премьер-министр.

За совершение неправовых действий к членам правительства могут быть применены конституционные санкции в форме предъявления *импичмента*. Эта процедура аналогична процедуре импичмента президенту. В Дании импичмент министру может быть возбужден не только Парламентом, но и монархом, решение в этом случае принимает Высокий суд королевства. При этом в одних странах возможен импичмент, аналогичный импичменту в отношении президента, в других – парламент может предъявить только обвинение (Польша, Франция). В последнем случае министр подлежит судебной ответственности, но передается он особым судом (во Франции – *Высокий суд правосудия*, в Польше – *Государственный трибунал*).

В Италии по решению парламента судить министров может Конституционный суд; за этим может последовать предание обычному уголовному суду. В общем, действует общий принцип: если министры имеют иммунитет (а во многих странах они его имеют), то первоначальное обвинение должно предъявляться парламентом. Однако и из этого общего правила есть исключения.

Глава 15. КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

§ 1. Судебная власть в системе разделения властей: понятие, назначение, особенности

Судебная власть есть обусловленный характером разделения властей вид государственной власти, связанный с осуществлением правосудия. Являясь видом государственной власти, судебная власть сохраняет принципиальные особенности, не свойственные какому-либо иному виду власти. Эти особенности настолько значительны, что уже классики учения разделения властей не считали необходимым, наряду с законодательной и исполнительной властью, выделять равноправную им судебную власть.

Действительно, в сравнении с законодательной и исполнительной ветвями власти судебная власть необычна, обособляясь весьма специфическими конституционно значимыми признаками. Прежде всего, судебная власть специфична: а) своим назначением – охрана и защита от имени государства прав и свобод каждого члена общества от произвола как со стороны государства, так и граждан; б) осуществляется в особой государственно-правовой форме или путем судопроизводства; в) действие на основе надлежащей правовой процедуры, т. е. в процессуальной форме; г) правосудие осуществляет (в буквальном смысле вершит) только суд; соответственно повсеместно действует конституционный запрет создания чрезвычайных судов; д) в масштабе страны суды образуют соподчиненную или жестко иерархическую организационную структуру, можно сказать, «вертикаль» судебной власти (это обусловлено как требованиями судебного процесса – возможностью обжалования решений нижестоящих судов, так и формой государственно-территориального устройства); е) носителем судебной власти являются судьи; правосудие осуществляется надлежащим судом и законным, ординарным («должным») судьей.

Отражая титульный характер судебной власти, правосудие, тем не менее, не исчерпывает всего многообразия деятельности судов. Органы, олицетворяющие судебную власть, осуществляют нормообразование (восполнение законодательных пробелов), создавая так называемое судейское право в форме прецедентов (прецедентное право). В сферу судебной деятельности входит осуществление судебного надзора (исправление судебных ошибок вышестоящими судами) – важного инструмента обеспечения законности в деятельности правоохранительных органов и их должностных лиц. Справедливое и эф-

фективное правосудие обладает сильным идейно-мотивационным воздействием, формируя у граждан уважение к праву и закону. В сферу судебной деятельности включается также удостоверение фактов, имеющих юридическое значение; разъяснение законодательства на основе изучения и обобщения судебной практики; в некоторых странах осуществление права законодательной инициативы. Кроме того, это и судебное управление (руководство деятельностью судов); санкционирование ограничения основных прав и свобод (принятие решений об аресте, обыске, заключении под стражу, прослушивании телефонных разговоров, перлюстрации).

Однако осуществление правосудия – основная функция судебной власти, связанная с защитой конституционного строя, нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов граждан, их объединений, укреплением законности и правопорядка, общей превенцией правонарушаемости, обеспечением социальной справедливости, снижение порога социальной напряженности.

Сохраняя присущую ей самобытность, судебная власть, вместе с тем, вполне оправданно считается равнопорядковой законодательной и исполнительной ветвям власти. В указанном смысле судебная власть самостоятельна и действует независимо от законодательной и исполнительной властей. Суды реализуют судебную власть самостоятельно и независимо, подчиняясь только закону.

Конституцией и законом четко определены линии взаимосвязи судебной и законодательной властей. Эта взаимосвязь может быть выражена в следующих постулатах: а) законодатель устанавливает и правомочен реформировать судебную систему; б) суды обязаны применять законы, принятые законодательной властью (исключение – судебное правотворчество (прецедентное право), но в согласии с законами); в) участие парламента (европейская модель) в формировании и назначении части судов, в деятельности Высшего совета магистратуры; в) конституционный контроль судебными органами (верховным, конституционным судами).

Самостоятельность и независимость судебной власти особо проявляется во взаимоотношениях с исполнительной властью.

Механизмы защиты судебной власти от влияния могущественной исполнительной власти появляются не одномоментно, формируются эволюционно и занимают длительный исторический период. Так, во Франции (конституционный опыт которой в последующем заимствуется всеми странами Старого Света), конструктивные элементы защиты судебной власти получают юридическое признание уже в конце XVIII в. Согласно Закону Франции от 16 и 24 августа 1790 г. (период так называемой Великой французской революции), «судебные функции являются отдельными, и они будут всегда оставаться отделенными от административных функций; судьи не могут ни под угрозой заранее ус-

тановленного наказания вмешиваться каким-либо способом в действие административного персонала, ни вызывать к себе представителей административной власти [administrateurs] вследствие осуществляемых ими функций».

Конституционное оформление идеи независимости находит прямое закрепление в Конституции Франции 1791 г. (разд. 3, гл. 5, ст. 3): «Суды не могут ни вмешиваться в осуществление законодательной власти, ни приостанавливать применение законов, ни вторгаться в круг деятельности органов управления, ни вызывать последних для объяснений по поводу их деятельности».

Решением проблемы в указанный период (и в современных условиях) являлось также учреждение системы административных судов и Государственного совета – высшего органа административной юстиции страны.

При этом не только административные органы, но и суды во взаимоотношениях с исполнительной властью обременены жесткими рамками влияния. Юридические формы такого влияния конституционно очерчены. Это: а) имеющий абсолютный характер запрет на вмешательство судов в деятельность исполнительной власти; б) осуществление судебного контроля за законностью актов исполнительной власти (здесь особо значима роль судебных приказов)¹.

В соответствии с положениями национальных конституций не могут издаваться законы и иные нормативные правовые акты, отменяющие или умаляющие самостоятельность судов, независимость судей. Лица, виновные в оказании незаконного воздействия на судей, присяжных, народных и арбитражных заседателей, участвующих в отправлении правосудия, а равно в ином вмешательстве в деятельность суда, несут ответственность, предусмотренную законом.

Судебную власть характеризует непререкаемость и обязательность решений и действий судебных органов. Вступившие в законную силу судебные акты, иные законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и другие обращения судов обязательны для всех без исключения органов публичной власти, должностных лиц, физических и юридических лиц и подлежат беспрекословному исполнению на всей территории данного государства. Неисполнение судебного решения, иное проявление неуважения к суду влечет ответственность, предусмотренную законом.

Высокий статус судебной власти обеспечивается гарантированным финансовым обеспечением.

Конституционные принципы организации и деятельности судебной власти. Кроме отмеченных признаков, «месторасположение» су-

¹ Так, в странах англо-американского права различают три вида судебных приказов: 1) habeas corpus – доставка к судье для задержания и освобождения из-под стражи; 2) приказ судьи прекратить бездействие и выполнить должное; 3) запрет должностным лицам, организациям и учреждениям совершать какие-либо действия или требования их прекращения (это действия, запрещенные законом).

дебной власти в системе разделения властей определяют конституционные принципы организации и деятельности судебной власти. Принципы, определяющие положение суда в современном государстве, сформулированы в ряде международно-правовых документов, в частности в принятых в 1985 г. VII Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями и одобренных Генеральной Ассамблеей ООН Основных принципах, касающихся независимости судебных органов¹, в Европейской Хартии о статусе судей 1998 г.

К основным принципам организации и деятельности судебной власти национальными конституциями отнесены: *независимость суда (судей), осуществления правосудия должными (законными, ординарными) судьями и надлежащими судами, конституционный запрет создания чрезвычайных судов, публичность (гласность, открытость и доступность) судебных слушаний, мотивированность (обоснованность) судебных решений; принцип коллегиальности.*

Это также *устный и очный характер судопроизводства* как условие для установления истины по делу; возможность обжалования судебного решения в вышестоящие инстанции; обязательность судебных решений; гарантированное право на эффективные средства правовой защиты.

На проблему принципов можно посмотреть несколько с иных позиций, имея в виду, что судебная деятельность в одно и то же время должна быть эффективной и рациональной и гарантировать судебное разбирательство в контексте основных прав и свобод (восстанавливать нарушенные права и не допускать судебного произвола).

В этой связи анализ проблемы указывает на то, что большинство конституций современных государств закрепляет: 1) принципы отправления правосудия, которыми суд руководствуется при рассмотрении конкретных дел – *принципы судебной деятельности*; 2) принципы, которые являются гарантией от несправедливого правосудия и судебного произвола – *судебные гарантии граждан*. Отмеченный универсальный «свод принципов», как правило, охватывает следующие фундаментальные конституционные положения: транспарентность правосудия (гласность, публичность, официальность и открытость); состязательность судебного процесса; устный характер судопроизводства; презумпцию невиновности; принцип «non bis in idem»

¹ Права человека и судопроизводство. Сборник международных документов. Вена ; Варшава. 1996.

(недопустимость повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние); принцип надлежащей судебной процедуры («due process»); мотивированность и обоснованность судебных решений; право граждан на судебную защиту с гарантией надлежащей подсудности (право на законный суд).

Считается, что в этом «каталоге принципов» принцип «*due process*», так и не получивший должного закрепления в национальных конституциях, является системообразующим. В доктрине и судебной практике европейских стран «due process» квалифицируется как обязательность соблюдения всех конституционных принципов судопроизводства и процессуальных гарантий по защите прав и свобод граждан, т. е. рассматривается в качестве собирательного понятия. В частности, согласно ст. 8 Конституции Франции, «никто не может быть наказан иначе как в силу закона, принятого и обнародованного до совершения правонарушения и надлежаще примененного». Основной закон ФРГ устанавливает, что «отсутствие средств не служит препятствием к получению правосудия» и «каждый должен быть выслушанным». Конституция Италии закрепляет два редко встречающихся в конституциях составных элемента принципа «due process»: «наказания не могут состоять в мерах, противных чувству человечности, и должны быть направлены на перевоспитание осужденного» (ст. 27) и запрет экстрадиции по запросу другого государства за политические преступления (ст. 26). Согласно Конституции Турции, «судебные органы обязаны завершить судебные разбирательства в кратчайшие сроки и с минимальными затратами» (ст. 141). В Конституции Испании предусмотрены гарантии бесплатного правосудия для малоимущих, открытость и публичность процесса, ответственность государства за ущерб, причиненный судебной ошибкой, запрет дискриминации по признаку происхождения, расы, пола, религии и пр.

В специальной литературе обращается внимание на то, что ученые Австрии (Э. Фореггер и Е. Серини) выделяют 11 принципов надлежащей судебной процедуры, из них 6 конституционных: проведение процесса законным судьей (абз. 2 ст. 83 Конституции и ст. 1 УПК Австрии), независимость судопроизводства (абз. 1 ст. 87 Конституции), устность (абз. 1 ст. 90 Конституции и ст.ст. 252, 258 УПК), гласность (абз. 2 ст. 90 Конституции и ст. 228 УПК), принцип обвинения (абз. 2 ст. 90 Конституции и ст. 2 УПК), участие представителей народа в судопроизводстве (ст. 91 Конституции и ст.ст. 13, 14 УПК). Остальные 5 принципов закреплены в уголовно-процессуальном законодательстве Австрии: публичность (ст. 2 УПК), исследование материальной истины (ст. 3 УПК), законность (ст. 34 УПК), непосредственность (ст.ст. 252, 258 УПК) и свободная оценка доказательств (ст. 258 УПК).

На конституционном уровне получает закрепление имеющий концептуальное значение для общеевропейского правового пространства принцип *транспарентности правосудия*, составляющими которого

являются гласность, публичность, официальность и открытость судебного процесса. При этом конституционно закрепляется каждая из составляющих данного принципа. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 93 Конституции Греции «заседания любого суда являются публичными, если только он своим решением не сочтет, что гласность оказалась бы вредной для общепринятых норм морали или что имеются особые причины для охраны частной или семейной жизни участников процесса». По Конституции Хорватии (ст. 117) полностью или частично закрытые судебные разбирательства могут проводиться при рассмотрении дел несовершеннолетних, при разрешении брачно-семейных споров и дел, связанных с опекой и усыновлением, либо в целях защиты частной жизни сторон, сохранения военной, служебной или коммерческой тайны, защиты безопасности или обороноспособности государства. Конституция Молдовы включает в себя специальную статью «Гласность судебных разбирательств»: «Во всех судах судебные заседания проводятся открыто. Судебное разбирательство в закрытом заседании допускается только в случаях, установленных законом, с соблюдением всех правил судебной процедуры».

Судебная практика большинства стран (прежде всего, практика судов общей юрисдикции) приемлет принцип устного судопроизводства. Соблюдение судами формулы данного принципа («каждый имеет право быть заслушанным судом») гарантирует исследование в суде всех релевантных обстоятельств, вынесение правосудного решения по делу. По Конституции Австрии «разбирательство по гражданским и уголовным делам в судах, которые выносят по ним решения, проводится устно и гласно. Исключения определяются законом» (абз. 1 ст. 90). Согласно Конституции Испании «судебное разбирательство является преимущественно устным, особенно по уголовным делам» (ст. 120), что не исключает использование письменных материалов, и ведется, как правило, на официальном языке – кастильском наречии испанского языка, хотя может быть использован и официальный язык того или иного автономного сообщества Испании.

Принцип состязательности имеет определяющее значение для обеспечения объективности и беспристрастности суда, равенства сторон в процессе. В уголовном процессе данному принципу корреспондируется принцип обвинения, означающий разделение между различными органами функции уголовного преследования и судебной функции. Тем самым налицо преимущество состязательного процесса перед инквизиционным, обеспечивается объективность судьи в процессе, а вследствие того, что адвокат и иной защитник могут свободно критиковать либо опровергать обвинение, не опасаясь при этом

наступления неблагоприятных последствий для своего подзащитного, тем самым облегчается и защита. Одновременно ставится преграда усмотрению суда, поскольку изложенное в обвинительном акте (заявлении) обвинение ограничивает пределы судебного разбирательства, исключает возможность суда выйти за рамки обвинения. Отсюда лицо может быть осуждено за то преступление, которое вменяется ему в вину по обвинительному акту (ст. 267 УПК Австрии); отказ от обвинения до начала судебного заседания обязывает суд прекратить уголовное дело и постановить оправдательный приговор, если отказ последовал после открытия судебного разбирательства (ст.ст. 90, 109, 259 УПК Австрии).

В конституциях зарубежных стран закреплены такие два тесно связанные друг с другом постулата судебной деятельности, как презумпция невиновности и запрет двойного наказания (*non bis in idem*)¹. Так, согласно абз. 3 ст. 103 Основного закона ФРГ, «никто не может быть наказан неоднократно за одно и то же действие на основании общих уголовных законов».

Целям достижения справедливого и действительно правосудного решения отвечает такой конституционный принцип судопроизводства, как мотивированность и обоснованность судебного решения. Это обращенное к суду требование многократно и всесторонне проверять принятое решение и обосновывать его. Так, согласно Конституции Испании (ст. 111), «все действия судебной власти должны быть мотивированы»; по Конституции Бельгии «всякое судебное решение объявляется в открытом заседании и должно быть обоснованным» (ст. 97); ст. 142 Конституции Албании устанавливает, что «судебные решения должны быть доказанными»; ч. 3 ст. 93 Конституции Греции предусматривает, что «любое судебное решение должно быть специально и тщательным образом обосновано». Примечательны императивы Конституции Королевства Нидерланды: «за исключением случаев, предусмотренных Актом парламента, ... судебные решения должны содержать четкое правовое обоснование» (ст. 121) и Конституции Португалии: «судебные решения, если только они не выносятся во исполнение ранее принятых решений, должны быть обоснованы по форме, предусмотренной законом» (ст. 205).

¹ Притом, что содержание конституционного принципа «*non bis in idem*» корректируется в отраслевом законодательстве при помощи двух следующих оговорок: 1) наряду с уголовным наказанием, возможно также возмещение материального вреда в гражданско-правовом порядке; 2) дело может быть повторно рассмотрено в суде по вновь открывшимся обстоятельствам.

Конституционное право граждан на законный суд подтверждается гарантией подсудности, которая закреплена в ряде конституций. Содержательно гарантии правосудности следует правило о том, что дело должно разбираться в суде, заранее установленном законом по правилам о подсудности. Так, согласно Конституции Австрии судья определяется по закону, и никто не может быть лишен своего законного судьи (ст. 83); в соответствии с абз. 4 ст. 19 Основного закона ФРГ, «если права какого-либо лица нарушены государственной властью, оно может обращаться в суд. Если не установлена иная подсудность, действует общий судебный порядок». Законодательное определение судьи осуществляется с помощью правил о подсудности (предметной, местной, функциональной) и с помощью принципа постоянного распределения обязанностей, который означает, что функции судей каждого суда распределяются в начале года на год вперед с назначением запасных судей и определением последовательности вступления их в должность (ст.ст. 92, 96, абз. 3 и 4 ст. 98, ст. 101 Основного закона ФРГ; ст. 177 Конституции Польши; ч. 4 ст. 113 Конституции Королевства Нидерланды). По Конституции Испании осуществление судебной власти на всех стадиях отправления правосудия, вынесение судебных решений и приговоров и обеспечение их применения относятся исключительно к ведению судей и судов, определенных законом, в соответствии с установленными юрисдикцией и порядком судебного разбирательства (ч. 3 ст. 117). Военно-судебные органы должны действовать «исключительно в военной области и в условиях осадного положения в соответствии с принципами Конституции» (ч. 5 ст. 117), а создание чрезвычайных судов запрещается (ч. 6 ст. 117).

В большинстве конституций современных государств гражданам гарантируется право на судебную защиту, которое распространяется на все стадии досудебного разбирательства и сам судебный процесс. Согласно ст. 119 Конституции Испании правосудие бесплатно, когда об этом постановит закон в отношении тех, у кого нет достаточных средств для ведения своего дела в суде. Здесь же закреплено право на «эффективную судебную защиту своих прав и законных интересов» и право на помощь и присутствие адвоката, а также право быть информированным о характере предъявляемого обвинения и право пользоваться всеми средствами доказывания. Конституция Португалии содержит специальную статью под названием «Юридическая помощь» (ст. 208), в соответствии с которой адвокатам обеспечивается иммунитет, необходимый для выполнения их обязанностей, и положение о

том, что закон «регулирует юридическую помощь как существенный элемент отправления правосудия». В Конституции Италии предусматривается, что «защита является ненарушимым правом на любой стадии и в любом состоянии процесса» (ст. 24); судебная защита не может быть исключена или ограничена частными средствами оспаривания, а также определенными категориями действий органов управления (ст. 113). Основной закон ФРГ прямо закрепляет право на судебную защиту: «Если права какого-либо лица нарушены государственной властью, оно может обращаться в суд» (абз. 4 ст. 19), а равно императивно предписывает: «о принятии судьейского решения об ограничении свободы или о продлении его срока в каждом случае должен быть немедленно сообщено родственнику задержанного или его доверенному лицу» (абз. 4 ст. 104).

§ 2. Организация судебной власти.

Типы (модели) судебных систем

В конституциях зарубежных стран закреплены основы организации судебной власти. Статус судебных органов, порядок отправления правосудия определяется специальными законодательными актами. В каждой стране существует несколько разновидностей судебных органов. Структура судебной власти зависит от типа правовой семьи. Соответственно этому выделяются несколько моделей. В странах общего права функционируют преимущественно суды общей юрисдикции. При этом Верховный суд является высшим судебным органом не только в системе общих судов, но и последней инстанцией для судов специальной юрисдикции. Для данной модели характерно отсутствие специализированных судебных органов конституционной юрисдикции. Конституционный контроль осуществляют высшие суды. Особенность и в квазисудебном характере органов административной юстиции, их встроенности в систему исполнительной власти.

Так, судебная система Гренады включает в себя: Высокий суд, Апелляционный суд, Верховный суд (созданный на основе Предписания о судах, именуется Верховным судом Гренады и Вест-Индских Объединенных Государств). В судебную систему включены местные и военные суды. При этом Высокий суд выполняет функции конституционного суда. Согласно Конституции (ст.ст. 22(2), 39(8), 49(4), 56 и 108), любое лицо, утверждающее, что какие-либо положения данной Кон-

ституции были нарушены или нарушаются, может (если имеет соответствующий интерес) обратиться за защитой в Высокий суд с жалобой¹.

Следует усматривать особенность и в квазисудебном характере органов административной юстиции, их встроенности в систему исполнительной власти.

Модель судебной власти в странах континентальной системы права характеризуется относительной обособленностью различных звеньев судебной системы страны, их множественностью. К примеру, в ФРГ действует шесть разновидностей судебных органов: общей юрисдикции, социальные, финансовые, прудоминальные, а также административная и конституционная юстиция. При этом каждая из этих судебных подсистем замыкается на высшем федеральном суде.

Особенность судебных систем мусульманских стран – в существовании, наряду со светскими, шариатских судов. При этом в монархиях Аравийского полуострова и Персидского залива шариатские суды наделены универсальной юрисдикцией, в других странах (Алжир, Марокко, Ливия) они полномочны разрешать отдельные дела.

В Исламской Республике Иран на основании фетвы Хомейни 1987 г. были созданы специальные суды для духовенства.

Принципиальная особенность в организации судебной власти в ИРИ в том, что после исламской революции в основу судебной системы были положены нормы ислама. Так, в соответствии ст. 61 Конституции Исламской Республики Иран, «судебная власть осуществляется судами системы юстиции, которые должны быть образованы согласно исламским нормам и заниматься разрешением споров, охраной общественных прав и соблюдением и развитием справедливости, а также исполнением наказаний согласно религиозным предписаниям». При этом нормы ислама в наибольшей степени коснулись уголовного, семейного права и системы наказаний.

Особенность судебной системы некоторых мусульманских стран и в специальной, конституционно установленной иерархии судов и порядке, назначения судей. По Конституции Исламской Республики Иран высшим органом судебной власти является глава судебной власти, назначаемый на 5 лет рахбаром. Глава судебной власти назначает председателя Верховного суда, определяет Генерального прокурора, предлагает Президенту кандидатуру на пост Министра юстиции.

¹ См.: Червонюк В. И., Гасанов К. К., Хазов Е. Н. Конституционное право зарубежных государств : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2016. С. 447–449.

Верховный суд осуществляет общий контроль над системой судебной власти и деятельностью судов.

Следует заметить, что религиозные суды имеют распространение не только в мусульманских странах. Так, Основной закон Государства Израиль «Судебная власть» (раздел алеф: Основные положения, ст. 1) устанавливает следующую структуру судебных органов «(алеф). Судебной властью наделены следующие суды: 1) Верховный суд; 2) Окружной суд; 3) Мировой суд; 4) иной суд, признанный законом в качестве такового». В данном законе, «судья» – это судья вышеуказанного суда (бет). Судебной властью наделены также следующие органы: 1) религиозный суд; 2) иной особый суд; 3) иной орган власти, в порядке, установленном законом (гимель). Не будет учрежден суд или особый суд для рассмотрения отдельного дела.

Таким образом, религиозные суды «наделены судебной властью». При этом к религиозным относится исторически сложившаяся в Израиле и широко разветвленная система судов, представленных судами четырех основных конфессий (религиозных школ): *суд друзов, мусульманский суд, раввинский суд и суд верующих христиан*. Законы страны легализовали структуру религиозных судов и индивидуальную процедуру рассмотрения дел, в том числе порядок принятия, обжалования и исполнения судебных решений.

Организация судебной власти зависит от характера специализации судов. В зарубежных странах действуют судебные системы с внутренней и внешней специализацией. В первых (Венгрия, КНР, Вьетнам, отчасти США) внутри суда существует разделение судей в зависимости от характера дела: отдельные судьи (присутствия, коллегии, скамьи, камеры) специализируются на рассмотрении только уголовных гражданских, трудовых и других дел. Судебные системы с так называемой внешней специализацией формируют суды общей юрисдикции, административную юстицию, военные суды, социальные, прюдоминальные, налоговые, финансовые, ювенальные и др.

Организация судебной власти такова, что принятое по делу решение нижестоящего суда может быть обжаловано в вышестоящий суд, вплоть до Верховного суда страны. Вертикаль судебной власти тем самым обеспечивает наибольшие возможности для защиты права. В зависимости от степени иерархии (соподчиненности) различают 2-, 3- и даже 4-звенные системы. Первые встречаются редко. Наиболее распространены 3-звенные, действующие следующим образом: *суд первой инстанции* (районный, городской, окружной, суд малой инстанции, местный и пр.) рассматривает малозначительные споры;

суд второй инстанции (областной, окружной, т. е. суд большой инстанции) может выступать и в качестве суда первой инстанции (рассматривая основную массу дел) и второй инстанции (как апелляционная и кассационная инстанции); *третье звено* представляет Верховный суд, который может выступать в качестве суда первой инстанции (тяжкие уголовные, государственные преступления), второй (апелляционной и кассационной) по отношению к судам второго уровня (при условии, что дело такими судами рассмотрено ими как судом первой инстанции) и третьей инстанции (надзорной) по отношению к судам первого уровня.

Так, федеральная судебная система США включает три звена: Верховный суд, апелляционные суды (12); окружные в специальных округах (95) – по делам о федеральной юрисдикции, в том числе делам по искам между гражданами разных штатов на сумму не свыше 10 тыс. долл. Судебная система Франции – четырехзвенная: 1) трибуналы малой инстанции, представляющие низшую ступень, к подсудности которых отнесены гражданские дела с небольшой ценой иска и малозначительные уголовные дела; 2) трибуналы большой инстанции, представляющие среднее звено системы общих судов, которые действуют коллегиально и только в составе профессиональных судей; 3) высшее звено образуют апелляционные суды, создаваемые по одному на 2–4 департамента; 4) Кассационный суд, который возглавляет судебную систему страны. В ФРГ для отправления правосудия в области общей, административной, финансовой, трудовой и социальной юрисдикции учреждаются следующие верховные судебные палаты и соответствующие им судебные инстанции: Федеральная судебная палата (Верховный федеральный суд, учрежденный «для обеспечения единства федерального права» – абз. 1 ст. 95 Основного закона ФРГ) – включает четыре звена; Федеральный административный суд – три звена; Федеральная финансовая палата – два звена; Федеральный трудовой суд – три звена; Федеральный социальный суд – три звена. Это также Объединенный сенат высших федеральных судов (Объединенный (совместный) сенат) – совещание из представителей означенных судов, применительно к высшим судебным органам выполняет функцию своего рода медиатора и инструмента обеспечения единства судебной практики высших федеральных судов.

В устройстве судебной власти, кроме того, различают *централизованные* (германскую) судебные системы (ФРГ, Индия), *децентрализованные или дуалистические* (американская) и *смешанные* (Австралия, Канада и др.). Так, судебную систему ФРГ характеризует: безус-

ловное верховенство федерального права; четко выстроенные вертикали судов в каждой из судебных ветвей; в основном федеральный уровень законодательства о судоустройстве, судопроизводстве и статусе судей. Судебная система США отличается вариативностью: если федеральная система судов включает три звена, то суды штатов включают четыре звена; действует федеральное уголовное и уголовно-процессуальное законодательство, но есть и «собственное» уголовное и уголовно-процессуальное законодательство штатов; устанавливаемый законодательством штатов порядок замещения должности судьи и т. д.

§ 3. Конституционно-правовой статус судьи и его гарантии.

Высшие органы судейского сообщества

Носителем судебной власти являются судьи. Высокий статус судьи определяется особым порядком назначения его на должность, специфическими квалификациями, законодательно установленным порядком прекращения полномочий и др. Основу такого статуса составляют предусмотренные национальными конституциями принципы: независимость судей, их несменяемость, несовместимость занятия должности с иной деятельностью и др.

Принцип независимости отражает идею существования самостоятельной власти, обособленной от иных ветвей, подчинение этой власти только закону. Почти все конституции воспроизводят положение о том, что судебная власть вверяется судьям, которые осуществляют ее независимо и подчинены только конституции и закону.

С независимостью связано требование *беспристрастности судьи*. Оно обеспечено специальными гарантиями (запрет состоять в политической партии и профсоюзе, кроме профессионального объединения судей). Во Франции судьи обязаны воздерживаться от любых действий и обсуждений политического характера (ст. 10 Органического закона о магистратуре). В США судья не должен находиться под влиянием недовольства общественности ни из соображений личной популярности и известности, ни из критических соображений. Это также *принцип личной неприкосновенности*, предполагающий: а) усиленный режим государственной защищенности по сравнению с иными гражданами; б) установление особого порядка привлечения судьи к уголовной, административной и гражданской ответственности (Испания, Литва, Португалия, Казахстан); в) установление юридической ответственности за неуважение к суду (судье).

К важнейшим гарантиям независимости судей относится закрепление на конституционном уровне *принципа должного материального обеспечения судей*. Особое значение имеет *принцип несменяемости*. С этим связано право занимать свою должность либо пожизненно, либо по достижении определенного (пенсионного) возраста (Греция), либо до тех пор, пока его поведение безупречно (Литва, США), не нарушает главных положений Основного закона и конституционного строя (ФРГ); конституционно оформленная невозможность перевода судьи на другую должность без его согласия (ст. 117 Конституции Испании и ст. 97 Основного закона ФРГ).

К кандидатам на должность судей предъявляются довольно высокие требования: качественное высшее юридическое образование, стажировка на судебной или прокурорской должности, специальный экзамен, стаж по юридической профессии, достижение определенного возраста. Кроме названных требований, это также безупречная репутация, лояльность к существующему режиму или к «принципам и форме правления» (ФРГ, Венгрия, Франция). Для занятия должности в высших судах предъявляются еще более высокие требования.

Отбор кандидатов, как правило, является прерогативой высшего совета магистратуры (Франция, Испания, Польша), министерства юстиции и специальной (квалификационной, кадровой) комиссии (Австрия, ФРГ, Российская Федерация, Венгрия), собственно судебных органов (в Великобритании до 2005 г. кандидатов на должность судей рекомендовало ведомство лорда-канцлера, в Японии судьи низших судов отбираются Верховным судом).

Гарантии статуса судьи заключены и в способах назначения его на должность. Как правило, судьи назначаются на должность главой государства (Польша, Румыния), министром юстиции (ФРГ), избираются населением (Чехия, Болгария и др.). Нередко в формировании корпуса судей принимают участие несколько субъектов.

Глава 16. КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУДЕБНЫЙ ПРОЦЕСС В СОВРЕМЕННОМ ГОСУДАРСТВЕ

§ 1. Конституционное правосудие (конституционный судебный процесс) как высшая форма осуществления конституционного контроля

§ 1.1. Конституционный судебный процесс как вид специализированного конституционного контроля и форма правосудия

Судебный конституционный контроль представляет собой деятельность органов правосудия (конституционного правосудия), предметом которой являются споры в сфере действия норм и принципов конституционного права, осуществляемую посредством конституционного судопроизводства, состоящую в проверке конституционности решений и действий субъектов права.

В специальной литературе обращено внимание на то, что буквальное прочтение термина «судебный конституционный контроль» приводит к выводу о двоякой природе этого явления. С одной стороны, «судебный конституционный контроль» – подвид специализированного конституционного контроля (если сказано, что это «...конституционный контроль»), с другой – форма правосудия (раз употребляется термин «судебный...»). Таким образом, судебный конституционный контроль можно трактовать не только как одну из форм конституционного контроля, но и как разновидность правосудия – деятельности, осуществляемой судебными органами – органами конституционной юстиции.

Следует согласиться с констатацией того факта, что судебный конституционный контроль представляет собой наиболее эффективный часто встречающийся полноценный и совершенный вид (форму) конституционного контроля. В связи с такой значимостью, судебный конституционный контроль подчас отождествляют со всем специализированным конституционным контролем (объединяя его с контрольной деятельностью квазисудебных органов), а иногда и вообще с конституционным контролем как таковым, хотя, строго говоря, последнее понятие, как можно заметить, является более широким по своему содержанию¹.

Понятие конституционного контроля не следует смешивать с понятием конституционного правосудия. Конституционное правосудие

¹ См.: Ведерников Н. Т., Петренко Д. С. Конституционное правосудие (исторические, теоретические и организационные основы). М. : Изд-во РГТЭУ, 2017.

есть особая система законодательства, определяющая статус конституционных судов в судебной системе страны, особая юридическая природа их актов, а главное – особая судебно-процессуальная форма отправления правосудия по вопросам конституционного контроля¹. В указанном смысле «конституционное правосудие представляет собою синтез, сплав двух начал: содержание – это конституционный контроль, который реализуется в форме судопроизводства. В результате он является самостоятельным видом государственно-властной контрольной деятельности, выраженной в специализированной судебной процедуре»². Отмечается, что «судебная конституционная юрисдикция и соответствующее конституционное судопроизводство составляют конституционную юстицию, точнее, конституционное правосудие»³. На том основании, что «далеко не повсеместно и далеко не всеми авторами деятельность конституционной юстиции признается отправлением правосудия», сделан вывод о том, что «термин «конституционная юстиция» был бы более уместен в названии, чем конституционное правосудие»⁴. В качестве обобщающего предлагается определить конституционное правосудие «как совокупность системы органов уполномоченных осуществлять судебный конституционный контроль в установленном законом порядке»⁵.

Представлен и набор сущностных характеристик конституционного правосудия: 1) наличие конституционных судов как специализированных судебных органов конституционного контроля; 2) автономное положение судов в иерархии судебных органов; 3) самостоятельная процессуальная форма отправления конституционного правосудия;

¹ См.: Митюков М. А., Барнашов А. М. Очерки конституционного правосудия: сравнительно-правовое исследование законодательства и судебной практики. Томск, 1999. С. 29.

Иногда конституционный законодатель исповедует такую модель конституционного правосудия. Согласно Конституции Грузии правосудие не охватывает отдельные стороны конституционного судопроизводства. Соответственно ст. 82 упомянутой Конституции различает конституционный контроль, правосудие и иные установленные законом формы осуществления судебной власти. Получается так, что судебная власть может осуществляться в форме правосудия, конституционного контроля и в иных, определенных законом, формах.

² Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс : учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2005. С. 51.

³ Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001): Очерки теории и практики. М., 2001. С. 73.

⁴ Библиография по конституционному правосудию / авт.-сост. М. А. Митюков; вступ. ст. О. Г. Румянцева, Б. А. Страшуна. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 3.

⁵ Ведерников Н. Т., Петренко Д. С. Конституционное правосудие (исторические, теоретические и организационные основы). М. : Изд-во РГТЭУ, 2017.

4) юридическая сила решений конституционного правосудия, приравненная к юридической силе конституции; 5) особая система законодательства, регулирующего конституционное правосудие¹.

Может быть, все-таки некоторое преувеличение конституционному правосудию и придается; если согласиться со всеми предложенными характеристиками данного феномена, то даже с большими натяжками на конституционное правосудие трудно будет распространить родовые признаки правосудия вообще.

Осуществление деятельности в форме правосудия (а также в иных формах судебной деятельности), т. е. исключительно в форме юридического процесса (в процессуальной форме) или, иными словами, осуществление предоставленных полномочий на основе установленных законом процедур, гарантирует конституционную законность, правовой порядок, права участников процесса, равную для всех защиту прав и законных интересов. Таким образом, деятельность судебного (квазисудебного) органа конституционного контроля в процессуальной форме упрочивает его независимость, создает необходимый правовой фундамент для принятия решений, основывающихся не на политической целесообразности, дискреции такого суда, а на объективном и справедливом разбирательстве.

Конституционное судопроизводство. Основываясь на господствующем понимании юридического процесса как комплексной системы правовых порядков (форм) деятельности уполномоченных органов государства, должностных лиц, а также заинтересованных в разрешении различных юридических дел иных субъектов права², конституционное судопроизводство правомерно квалифицировать как *нормативно установленные формы упорядочивания деятельности, связанной с осуществлением конституционного правосудия*. В этом, конституционно-правовом, смысле конституционное судопроизводство есть осуществляемые в процессуальной форме действия определенных законом лиц и органов по поводу защиты в суде своих прав и основанных на них интересов; это урегулированная нормами конституционного права деятельность судебного органа конституционного контроля (конституционного суда) по поводу разрешения дел, являющихся предметом разбирательства органа конституционной юстиции.

¹ Такой подход соответствует пониманию состава общего правосудия (см.: Правосудие в современном мире : монография / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. М. : Норма : ИНФРА-М, 2012).

² См.: Червонюк В. И., Калинин И. В. Элементарные начала общей теории права. М. : Право и закон, 2003.

При этом понятием конституционного судопроизводства охватывается самый широкий набор действий и процедур, притом, что каждая из составляющих конституционного процесса – и действия, и процедуры – в равной мере важна. Игнорирование какой-либо из них одинаково нежелательно. Конституционное судопроизводство – это сложная, длящаяся во времени деятельность, состоящая из процессуальных стадий, имеющих строго определенную последовательность (цикличность). По содержанию оно представляет собой цепь взаимосвязанных процессуальных действий и процессуальных решений, фиксируемых в юридически значимых документах.

Для характеристики конституционного судебного процесса перво-степенное значение имеет категория *юридической формы деятельности*: это правовая конструкция нормативного упорядочивания деятельности и соответствующих документов¹. Форма представляет собой совокупность требований к действиям участников процесса, подчиненных достижению конкретной цели. Присущая любой юридически значимой деятельности, в том числе осуществлению конституционного контроля, правовая форма служит одной из гарантий точного и неуклонного осуществления властных ресурсов субъектом деятельности. С рассматриваемых позиций *конституционное судопроизводство (конституционный судебный процесс) представляет собой определенную конституционным законодательством процессуальную форму деятельности судебного органа конституционного контроля (конституционного суда), цель которой – защита нарушенных действиями, решениями публичных властей (органов и лиц, осуществляющих публично-значимые функции) прав и свобод граждан путем разрешения конкретных дел в установленные законом сроки и с со-*

¹ Следует различать форму деятельности и форму правовых документов. Первая – устанавливает, кто, какие действия, в какой последовательности и в какой срок может или должен совершить. Содержание такой формы сводится к совершению определенных правовых действий и поступков, а также к последовательности совершения таких действий. По своему содержанию юридический процесс – это всегда динамичный состав фактов, имеющих правовое значение, т. е. юридических фактов (фактических составов). В качестве таковых выступают действия и поступки участников процесса. Законодательством определены сроки (время) наступления таких фактов, за несоблюдение требований юридической формы предусмотрены санкции.

Юридическая форма документов обуславливает их содержание и юридическую действительность; она выражается в требованиях относительно соблюдения обязательных реквизитов документов, последовательности их расположения, времени составления документа, правовых последствий его вынесения, а также условий юридической ничтожности данного документа, оснований к его отмене и изменению.

блюдением предусмотренных им требований (процедур) как судом, так и всеми участниками конституционного судопроизводства.

§ 1.2. Титульные особенности конституционного правосудия

Являясь частью общего правосудия, конституционное правосудие, вместе с тем, сохраняет ряд специфических особенностей. К таким особенностям следует отнести:

1) конституционно предусмотренный вид (форма) отправления правосудия – конституционное судопроизводство, отличающееся целевым назначением, особенностью той категории дел, которые являются его (конституционного судопроизводства) объектом рассмотрения: о конституционности законов и иных нормативных правовых актов, о конституционных спорах и др.;

2) вид судебного органа, осуществляющего конституционное судопроизводство. По своему составу, порядку формирования конституционные суды существенно отличаются от судов общей юрисдикции, административных и иных судов. При этом в ряде стран конституционная юстиция представлена квазисудебным органом, который, тем не менее, осуществляет конституционное судопроизводство в присущей судам процессуальной форме;

3) принципиальная особенность конституционного правосудия заключается в том, что решения органа, осуществляющего такое правосудие, являются окончательным и обжалованию не подлежат. Эта особенность конституционного правосудия, как правило, конституционно определена. Так, согласно ст. 18 Закона Италии от 11 марта 1953 г. № 87 «Об образовании и функционировании Конституционного суда» Конституционный суд окончательно разрешает дела вынесением постановления (*sentenza*). Органический закон Франции о Конституционном совете (промульгированный Ордонансом № 58-1067 от 7 ноября 1958 г.¹) устанавливает, что Конституционный совет «рассматривает и окончательно разрешает все заявления» (ст. 49);

4) конституционный суд (суд, иной орган, осуществляющий конституционное правосудие) – это суд права, а не факта. Конечно, конституционный суд может допускать изучение отдельных фактических обстоятельств и, более того, такие обстоятельства могут быть положены в основу принимаемого решения, но только как преюдициальные факты. Так, согласно Закону ФРГ от 12 марта 1951 г. о Консти-

¹ См.: Маклаков В. В. Конституционный контроль и защита прав и свобод человека в современной Франции : учебное пособие / отв. ред. Е. В. Алферова. М., 2015.

туционном суде (абз. 2 § 33), Федеральный конституционный суд «может положить в основу своего решения фактические обстоятельства», но только «установленные вступившим в законную силу приговором или решением суда, на который в силу его компетенции возложено установление истины»;

5) особенный для конституционного судопроизводства состав его участников. Сторонами в конституционном судопроизводстве могут выступать заявители – органы или лица, направившие в суд обращение о нарушенном праве; публичные органы власти и должностные лица, причем не только те, конституционность действий решений которых оспаривается.

Согласно ст. 31. («Стороны, участвующие в деле») Закона Литовской Республики от 3 февраля 1993 г. № 1-67 «О Конституционном суде Литовской Республики», сторонами в деле должны рассматриваться следующие лица: обратившееся с запросом государственное учреждение, группа членов Сейма, которым закон предоставил право обращаться в Конституционный суд с запросом об исследовании соответствия правового акта Конституции или законам или представления заключения. Стороной в деле могут также быть их представители.

Стороной в деле является Сейм или другое должностное лицо государства (или его представитель), соответствие действий которого Конституции должно быть исследовано в ходе возбужденной в отношении его процедуры импичмента, а также Президент Республики (или его представитель) в связи с заключением о состоянии его здоровья.

В соответствии с Законом ФРГ о Конституционном суде ходатайство о вынесении решения по вопросу о том, является ли какая-либо партия антиконституционной (абз. 2 ст. 21 Основного закона), может быть заявлено Бундестагом, Бундесратом или Федеральным правительством (абз. 1 § 43).

В этом проявляется различие и сходство конституционно-процессуальной формы с гражданско-процессуальной и административно-процессуальной. Как и в конституционном процессе, инициатором гражданского судопроизводства в частноправовой или публично-правовой сферах защиты прав, где предмет судебного разбирательства является гражданское дело, является само заинтересованное лицо (граждане, организации, органы государственной власти, органы местного самоуправления и др.). Вместе с тем, состав участников конституционного судопроизводства может принципиально отличаться от всех иных видов судопроизводства. Так, применительно к российскому конституционному судебному процессу справедливо обращено внимание (Т. Г. Морщакова) на то обстоятельство, что при рассмотрении дел о толковании Конституции, а также дел о конституционности законов по запросам судов отсутствует спор между сторонами, поэтому нет процессуального противника у субъекта, имеющего право на обращение в Конституционный Суд Российской Федерации;

6) существуют значительные особенности процессуальной формы осуществления конституционного судопроизводства. Несомненно, что этот вид судебного производства отличается более «мягкими» процедурами, фактически неприменением мер процессуального принуждения к участникам судебного разбирательства, предельно короткими сроками рассмотрения дел в судебном органе конституционного правосудия, коллегиальным составом суда, публичностью процесса и пр. Однако это не означает, что при необходимости конституционный суд не прибегает к использованию мер процессуального принуждения. Так, согласно абз. 2 § 34 Закона ФРГ «О Федеральном конституционном суде» Федеральный конституционный суд может наложить пошлину в размере до 2600 евро, если подача конституционной жалобы либо жалобы, поданной в соответствии с абз. 2 ст. 41 Основного закона, свидетельствует о злоупотреблении или если ходатайство о принятии специального временного распоряжения на основании § 32 Закона было подано в результате такого злоупотребления;

7) значительным своеобразием отличаются конституционно-правовые санкции – те меры воздействия, которые могут быть применены таким органом;

8) определенная процессуальным законодательством правовая регламентация каждого из видов судопроизводств, т. е. установленная законом процессуальная форма, не только является отличительным признаком правосудия как вида государственной деятельности, но и создает оптимальные условия для выполнения правосудием социальной функции правовой защиты прав и свобод;

9) юридическими формами урегулирования порядка разбирательства в конституционном судопроизводстве. Может быть, за редким исключением (как это, к примеру, имеет место в Перу, где действует Конституционный процессуальный кодекс, который, впрочем, имеет комплексный характер) порядок осуществления конституционными судами полномочий и разбирательства не урегулирован процессуальным кодексом. Чаще всего для этой цели используются органические или конституционные законы; иногда, как это, к примеру, характерно для Литовской Республики и Китайской Республики, правовую основу конституционного правосудия составляют «обычные» (не конституционные) законы;

10) особенность конституционного судопроизводства заключается и в его значительно меньшей по объему «процессуальной стадийности». Действующее процессуальное законодательство предусматривает, что судопроизводство каждого вида, кроме конституционного,

включает в себя не только деятельность суда по рассмотрению и разрешению дела по существу, но и досудебное производство по делу, производство по пересмотру дела в апелляционном, кассационном и надзорном порядке или ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, а также разрешение судом вопросов, возникающих в связи с исполнением судебных актов по гражданским, административным и уголовным делам. Для конституционного судопроизводства отмеченные стадии процесса не специфичны¹.

*§ 1.3. Конституционный судебный процесс
и конституционно-судебные производства. Виды (модели, типы)
конституционного судопроизводства*

Если рассматривать конституционный судебный процесс с точки зрения его содержания, то в нем можно выделить несколько отличающихся присущим им своеобразием типов (видов) конституционно-судебных производств: общее (основное), особое, усложненное и упрощенное.

Общее (основное) производство характеризуется как основополагающая, базовая форма осуществления конституционного правосудия, отличающаяся многостадийностью, применением общих процессуальных правовых режимов, участием всех или основных участников конституционного судебного процесса, применяется ко всем видам принимаемых судебным органом конституционного контроля, кроме тех, в отношении которых национальной конституцией надлежит применять иной порядок (процедуру), процессуально-правовой режим деятельности законодательных органов и иных субъектов законодательной (а равно учредительной) власти. Общее конституционное судопроизводство в силу своей полистадийности может состоять из нескольких взаимосвязанных производств. Так, к общим производствам Закон ФРГ о Конституционном суде относит производства, предусмотренные п. 8а § 13. Согласно ч. 1 ст. 90 Закона любое лицо может подать конституционную жалобу в Федеральный конституционный суд, ссылаясь на то, что публичная власть нарушила какое-либо из его основных прав или какое-либо из прав, закрепленных абз. 4 ст. 20, ст.ст. 33, 38, 101, 103 и 104 Основного закона.

¹ Следует иметь в виду, что кассационное и надзорное производство по гражданским, административным и уголовным делам не характерны для судопроизводства многих стран. Видимо, по этой причине Европейский Суд по правам человека принимает к рассмотрению обращения российских граждан, дела в отношении которых рассмотрены судом первой и апелляционной инстанций.

Особые производства применяются в связи с рассмотрением дел, предусмотренных главами XIII.1 и XV третьего раздела Федерального закона о Конституционном Суде Российской Федерации.

Как и в юридических производствах, в конституционном судебном процессе в зависимости от особенностей процессуально-правовой формы правомерно выделять ординарные, или обычные, и неординарные, или нетипичные, производства. Последние в свою очередь могут быть дифференцированы на упрощенные и сложноструктурированные (сложносоставные), или усложненные, производства¹. В теории конституционного права объектом анализа выступают преимущественно ординарные производства. Нетипичные производства, как правило, рассматриваются фрагментарно, причем в основном в работах учебного характера².

В зависимости от характера применяемых конституционно-процессуальных режимов правомерно выделять: 1) типичные производства, осуществляемые в соответствии с действующим конституционным законодательством и не предполагающих отклонения от принципов конституционного судопроизводства; 2) нетипичные производства, связанные с некоторыми изъятиями (исключениями) от общих требования конституционного судопроизводства. Это все производства, которые образуют класс целерантных, или атипичных, несколько упрощенных производств³. В российской конституционной судебной практике примером таких производств является предусмотренное ст. 47.1 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» так называемое письменное производство.

Федеральным конституционным законом от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Россий-

¹ Подробнее об этом см.: Червонюк В. И., Бардина М. Д. Упрощенные юридические производства как феномен дифференциации процессуального права в современных правовых системах // Экономика. Право. Лингвистика. – 2010. – № 1 (18). – С. 17–25; Техника и технологии использования в современной конституционной практике упрощенных законодательных производств: страноведческий и сравнительно-правовой подходы // Юридическая техника. Специальный выпуск. – 2011. – № 3. – С. 368–382.

² См., например: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб. М. : Норма, 2007; Шаповал В. Н. Сравнительное конституционное право зарубежных стран. Киев. 2007. С. 395.

³ См. об этом: Червонюк В. И. Упрощенные юридические производства как феномен дифференциации процессуального права в современных правовых системах // Экономика. Право. Лингвистика. – 2010. – № 1 (18). – С. 17 – 25.

ской Федерации» законодательно был закреплен порядок рассмотрения дел без проведения слушания или легализовано письменное (усеченное) производство в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации. Конституционный Суд вправе прибегнуть к процедуре письменного производства тогда, когда увидит возможным применить к проверяемому регулированию свои сохраняющие силу правовые позиции. Еще одна причина его введения – усиление недовольства в профессиональном юридическом сообществе практикой принятия Конституционным Судом отказных определений с позитивным содержанием в облегченной процедуре рассмотрения вопроса о возможности принятия обращений к рассмотрению.

Неприятие такого варианта «письменного производства» и подтолкнуло законодателя к введению процедуры «рассмотрения дел в заседаниях без проведения слушаний», т. е. без устной дискуссии сторон, выступлений представителей государственных органов, иных участников в зале заседаний. В итоге к принятию итоговых решений судьями «в мантиях» (в публичном заседании) добавилось принятие ими таких решений «в цивильных костюмах» (в заседаниях без проведения слушаний).

Появление новой процедуры принятия конституционно-судебных решений оказалось полезным и для граждан. Дело в том, что принятие Конституционным Судом по обращению гражданина отказного определения с позитивным содержанием не являлось и не является основанием для пересмотра вынесенного в отношении гражданина решения другим судом. Процессуальное законодательство называет в качестве такого основания принятие Конституционным Судом постановления.

Следует отметить, что письменное производство, как и устное производство, является состязательным. Только это состязание не сторон, а исходящих от них документов (жалобы, отзывы, возражения и др.). Здесь, в отличие от устного производства, нет четкого разведения самих заседаний и совещания судей в совещательной комнате. После принятия Конституционным Судом дела к рассмотрению в письменном производстве стороны вправе ходатайствовать о его переводе в устное (публичное) разбирательство. Однако такое ходатайство в настоящее время не является для Суда обязательным, и он вправе его отклонить.

В заседаниях без проведения слушаний Конституционный Суд вправе рассматривать все категории дел по вопросам нормоконтроля, за исключением дел о толковании Конституции и о разрешении споров о компетенции (последние выступают, по сути, спором о содержании нормативного регулирования). Сама природа двух выделенных категорий дел требует их рассмотрения в процедуре устного разбирательства. Статистика показывает, что в рамках письменного производства, введенного в 2011 г., в настоящее время рассматривается значительное число дел. Так, в 2016 г. в публичных заседаниях было принято 6 решений, в заседаниях без проведения слушаний – 20. Но здесь российская конституционно-судебная практика не отличается существенно от соответствующей практики других стран. Вместе с тем, необходимость соблюдения принципа состязательности сторон в рамках письменного судопроизводства определила довольно длительную процедуру выявления позиции сторон по делу. В таких условиях Конституционному Суду иной раз проще рассмотреть дело в публичном заседании, чем прибегать к процедуре письменного производства¹.

Согласно п. 3 ч. 1 ст. 43 Закона о Конституционном Суде Конституционный Суд Российской Федерации принимает решение об отказе в принятии обращения к рассмотрению в случае, если по предмету обращения им было ранее вынесено постановление, сохраняющее свою силу, за исключением случаев, предусмотренных ст. 47.1 Закона о Конституционном Суде. Последняя закрепляет новую для Конституционного Суда Российской Федерации организационную форму судебного разбирательства – разрешение дел без проведения слушаний в порядке как конкретного, так и абстрактного нормокон-

¹ См.: Маркин А. А. Письменное производство в деятельности органов конституционной юстиции в России и зарубежных странах // СПС «КонсультантПлюс».

троля. Установлено два основания для осуществления конкретного нормоконтроля в усеченной форме: во-первых, наличие жалобы заявителя или запроса суда о проверке конституционности правоположения, примененного в конкретном деле, аналогичного норме, ранее признанной Конституционным Судом Российской Федерации не соответствующей Конституции Российской Федерации постановлением, сохраняющим силу; во-вторых, оспариваемая норма, ранее признанная не соответствующей Конституции Российской Федерации постановлением Конституционного Суда Российской Федерации, сохраняющим силу, применена в конкретном деле, а подтверждение ее неконституционности необходимо для устранения фактов нарушений конституционных прав и свобод в правоприменительной практике. Однако в случае, если имеются ходатайства с возражением против разбирательства дела без проведения слушания, поданные Президентом Российской Федерации, Советом Федерации, Государственной Думой, Правительством Российской Федерации или органом государственной власти субъекта Российской Федерации в отношении нормативного правового акта, принятого соответствующим органом, или заявителем в случае, когда проведение публичного слушания необходимо для обеспечения его прав, то дело не может быть разрешено путем письменной процедуры. В порядке абстрактного нормоконтроля Конституционный Суд Российской Федерации может рассматривать и разрешать дела о соответствии Конституции Российской Федерации нормативных правовых актов, указанных в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о Конституционном Суде (за исключением федерального конституционного закона, федерального закона, конституции (устава) субъекта Российской Федерации), в письменной форме¹.

Очевидно, правомерно выделять и *специальные производства*, применяемые при рассмотрении судебным органом конституционного контроля отдельных категорий дел. В частности, к специальным можно отнести производства в случаях, предусмотренных п. 9 § 13 Закона ФРГ о Конституционном суде. Это производство по обвинению судьи федерального суда в служебном нарушении (процедура рассмотрения такого производства предусмотрена § 58 Закона).

§ 2. Стадии конституционного судебного процесса

Конституционное судопроизводство – сложносоставное образование, включающее несколько классов разнородных, но взаимосвязанных между собой правовых явлений. Это субъекты конституционного судопроизводства, наделенные конституционной правосубъектностью в данной сфере; процессуальные действия; процессуальные процедуры; процессуальные правоотношения. В своем единстве они образуют юридически определенную конструкцию конституционного судопроизводства.

С технолого-юридической точки зрения конституционное судопроизводство может быть представлено комплексом однородных процессуальных действий и соответствующих им процессуальных

¹ См.: Червонюк В. И. Конституционный судебный процесс : учебное пособие. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. С. 168–169.

процедур, образующих в своем единстве относительно замкнутый цикл или стадию конституционного судопроизводства.

В стадиях конституционного судебного процесса, можно сказать, заключена логика конституционного правосудия; развиваясь в строго определенной последовательности, стадии конституционного судопроизводства тем самым мотивируют совершение необходимых процессуальных действий, связывают действия и решения суда, исключая его действия по усмотрению; процессуально установленный режим поведения суда обязывает суд и участников процесса вести себя в соответствии с должной процедурой, действовать по праву. В этой связи совершение определенных действий и решений становится возможным вследствие предварительного осуществления требуемых по закону действий и решений. Таким образом, каждая стадия – относительно обособленная и однородная группа процессуальных действий (процедур и правоотношений) – охватывает определенную совокупность процессуальных действий, направленных на достижение самостоятельной процессуальной цели, и выполняет свою процессуальную функцию. Установленная законом последовательность конституционно-судебной процессуальной деятельности образует упорядоченную, взаимосвязанную систему действий. Характерной особенностью любой последующей стадии является то обстоятельство, что она включает производство качественно новых действий, не присущих предыдущей стадии. На каждой последующей стадии оцениваются результаты предыдущей, осуществляется проверка их достоверности, законности и обоснованности.

Очевидно также и то, что любая стадия является относительно самостоятельной. Она начинается и заканчивается составлением процессуального документа, наделяющего участников конституционных судебно-процессуальных правоотношений специфическими правами и обязанностями, свидетельствующего о завершении процессуальной деятельности на данном этапе и знаменующего собой переход дела на следующую ступень конституционного судопроизводства¹.

В специальной литературе позиции авторов по данному вопросу более или менее сходны. В частности, Н. В. Витрук указывает на следующие стадии: внесение обращений в конституционный суд; предварительное рассмотрение обращений в конституционном суде; принятие обращения конституционным судом либо его отклонение; под-

¹ См.: Нарутто С. В. Обращение граждан в Конституционный Суд Российской Федерации : научно-практическое пособие // СПС «КонсультантПлюс».

готовка к судебному разбирательству; судебное разбирательство (либо разбирательство вне этой формы); совещание, голосование и принятие конституционным судом итоговых решений; провозглашение, опубликование и вступление в силу решений конституционного суда; исполнение решений конституционного суда¹.

Если отвлечься от особенностей рассмотрения Конституционным Судом отдельных категорий дел и сориентироваться на законодательную конструкцию конституционно-судебного процесса, то, как представляется, правомерной будет следующая классификация таких стадий:

- 1) внесение обращения в Конституционный Суд;
- 2) предварительное рассмотрение обращения;
- 3) принятие Конституционным судом обращения к рассмотрению либо его отклонение;
- 4) подготовка к разбирательству;
- 5) непосредственно разбирательство;
- 6) принятие итогового решения;
- 7) исправление неточностей в решении и разъяснение решения (факультативная стадия);
- 8) исполнение решения Конституционного суда.

Согласно законодательству о конституционном правосудии каждая из стадий структурно обособлена, представляя собой относительно автономное собрание процессуальных норм, объединенных в соответствующий субинститут конституционно-процессуального права.

Применительно к различным обстоятельствам возможны не все стадии. Обращение может быть отклонено и, таким образом, дальнейшее производство по делу исключается. Крайне редко возникает необходимость в применении факультативной стадии.

Следует особо подчеркнуть, что стадии конституционного судопроизводства не являются плодом измышлений исследователя, они имплицитно присущи производству по делу. Это или вытекает из смысла и содержания законодательно закрепленных тех или иных процессуальных положений, или на это прямо указывает закон.

Укрупненный подход к отмеченным стадиям позволяет выделить три процессуальных цикла (процессуальные фазы) конституционного судопроизводства:

- 1) предварительный (пропедевтический);
- 2) основной;
- 3) заключительный.

Каждому из выделенных циклов соответствуют присущие ему стадии. Соответственно первым циклом охватываются такие стадии, как обращение в Конституционный Суд; предварительное рассмотрение обращения; принятие обращения к рассмотрению; назначение дела к слушанию. Назначение первых трех стадий заключается в подготовительной работе Конституционного Суда к возбуждению производства по обращению, собственно производство до слушания дела. Основному циклу соответствует стадия судебного разбирательства. Заключительным циклом охватываются стадии принятия Конституционным Судом решения и стадия исполнения решения.

¹ См.: Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс : учебное пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма : ИНФРА-М, 2012.

§ 3. Процессуальные сроки в конституционном судопроизводстве

Конституционный судебный процесс как разновидность юридического процесса обусловлен временными параметрами, в связи с чем в конституционном судебном процессе чрезвычайно велико значение процессуальных сроков. В *теории конституционного права сроки интерпретируют* как «закрепленную в конституционном законодательстве (в исключительных случаях – в нормативных договорах субъектов конституционного права) юридическую модель календарного времени, используемую органами публичной власти, иными субъектами конституционного права в регулировании конституционно-правовых отношений»¹. Сроки – это определенный промежуток времени, с которым участники правоотношений (в данном случае участники конституционного процесса) связывают наступление желаемых для них последствий – возникновения, изменения или прекращения правоотношений. Кроме того, наличие в законодательстве процессуальных сроков дисциплинирует стороны и судей в их работе.

Сроки важны на всех стадиях конституционного судебного процесса: при внесении обращения в Конституционный Суд; на этапе предварительного рассмотрения обращений; при принятии Конституционным Судом обращения к рассмотрению либо его отклонение; при подготовке к разбирательству; в ходе непосредственного разбирательства; при принятии итогового решения; при исправлении неточностей в решении и разъяснение решения (факультативная стадия); на стадии исполнения решения Конституционного Суда.

Применительно к каждой из стадий процессуальные действия сторон, иных участников судопроизводства должно укладываться в процессуальные сроки. Так, по российскому законодательству предварительное изучение обращения должно быть завершено не позднее 2 месяцев со дня его регистрации. Несоблюдение сроков, определенных законом, может стать препятствием в осуществлении права на обращение в Конституционный Суд.

Согласно Закону ФРГ о Конституционном суде (§ 93(1) конституционная жалоба может быть подана и обоснована в течение месяца. Срок исчисляется с момента вручения заинтересованному лицу полного текста обжалуемого решения о принятии такого решения, если согласно общим процедурным правовым предписаниям оно должно

¹ См.: Карташов Л. А. Сроки в конституционном праве Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 8.

быть принято в обычном служебном порядке. В остальных случаях срок исчисляется с момента оглашения решения или, если оно не должно оглашаться, с момента оповещения о нем любым иным способом лица, подавшего жалобу; если такому лицу не выдается при этом полная копия решения в надлежащей форме, то течение срока, указанного в предложении 1, прерывается в случаях, когда лицо, подавшее жалобу, письменно ходатайствует о выдаче ему полной копии принятого решения в надлежащей форме или заявляет такое ходатайство устно с занесением его в протокол канцелярии учреждения. Перерыв в течении срока длится до тех пор, пока полная копия решения в надлежащей форме не будет выдана лицу, подавшему жалобу, судом или официальной инстанцией, на которую в силу ее компетенции возложена такая обязанность, или одним из участников процесса.

Если у подателя жалобы возникли не по его вине препятствия для соблюдения этого срока, ему по его ходатайству обеспечивается восстановление прежнего состояния. Ходатайство подается в течение 2 недель после устранения препятствия. Факты для обоснования ходатайства должны быть удостоверены учреждением, подавшим ходатайство, или в ходе производства по ходатайству. В течение срока для подачи ходатайства пропущенное судопроизводство должно быть наверстано; если это произойдет, восстановление может быть осуществлено и без ходатайства. По истечении 1 года с момента окончания пропущенного срока ходатайство не допускается. Вина уполномоченного приравнивается к вине подателя жалобы (§ 93(1); подача конституционной жалобы на закон или другой акт суверенной власти, которые не подлежат обжалованию в обычном судебном порядке, возможна только в течение года с момента вступления закона в силу или с момента издания упомянутого акта (§ 93(1)).

Органический закон о Конституционном совете (промульгированный Ордонансом № 58-1067 от 7 ноября 1958 г.¹) устанавливает: Конституционный совет постановляет в 3-месячный срок, считая со времени его запроса (ст. 23-10); Конституционный совет принимает решение в месячный срок. Этот срок сокращается до 8 дней, если правительство заявляет о срочном характере переданного акта (ст. 25); Конституционный совет выносит мотивированное решение в 8-дневный срок (ст. 28); избрание депутата или сенатора может быть опротестовано в Конституционном совете не позднее 18 часов 10-го дня, следующего за объявлением результатов выборов (ст. 33 в ред. Органического закона № 2011-410 от 14 апреля 2011 г.).

Статья 29 («Сроки обсуждения обращений в Конституционном суде») Закона Литовской Республики от 3 февраля 1993 г. № 1-67 «О Конституционном суде Литовской Республики» предусматривает, что после получения обращения – запроса или ходатайства, относящегося к юрисдикции Конституционного суда и представленного в соответ-

¹ См.: Маклаков В. В. Конституционный контроль и защита прав и свобод человека в современной Франции : учебное пособие / отв. ред. Е. В. Алферова. М., 2015.

ствии с процедурой, установленной настоящим законом, Суд в течение 7 дней должен начать исследование дела, т. е. назначенный конкретный судья должен начать его предварительное исследование. Рассмотрение дела должно быть завершено, и заключительное постановление или решение должно быть принято в течение 4 месяцев со дня получения Судом запроса или ходатайства, если иное не установлено Конституционным судом.

В конституционном судебном процессе подавляющее большинство сроков являются *императивными*, что типично для всех отраслей публичного права; в то же время, учитывая использование в конституционном праве так называемых «мягких» средств правового регулирования, они (сроки) не лишены элементов диспозитивности.

Общая максима, нормативно закреплённая Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (п. 1 ст. 6), а с недавних пор – предусмотренная действующим законодательством Российской Федерации, ориентирует на рассмотрение дел в судах в *разумные сроки*. Этому фундаментальному требованию должно быть подчинено и производство по делам в конституционном судопроизводстве.

Процессуальные сроки устанавливаются дифференцированно, в зависимости от субъекта, которому они адресованы: а) сроки, установленные для Конституционного Суда, его судей; б) сроки для действий сторон, их представителей, других участников процесса; в) сроки для иных органов и лиц, обязанных выполнять требования Конституционного Суда и судьи-докладчика.

Что касается иных видов конституционных производств, то предусмотрены постадийные сроки, в пределах которых Конституционный Суд обязан совершать соответствующие действия.

Так, на стадии поступления обращений в Конституционный Суд Российской Федерации и их предварительного рассмотрения установлены следующие сроки: а) на первичную обработку обращений – до 7 дней; б) если заявитель оспаривает уведомление Секретариата о несоответствии обращения требованиям Закона, то проверка обоснованности решения Секретариата поручается одному из судей, который согласно Регламенту обязан не позднее 1 месяца доложить о ее результатах на пленарном заседании; в) предварительное изучение обращения судьей (судьями) должно быть завершено не позднее 2 месяцев с момента его регистрации (ч. 1 ст. 41 Закона); г) решение о принятии обращения к рассмотрению выносится Судом не позднее месяца после завершения его предварительного изучения судьей (судьями) (ч. 1 ст. 42); д) отзыв обращения возможен в период до начала его рассмотрения в заседании Суда (палаты) (ст. 44). Решение о принятии обращения к рассмотрению должно быть принято не позднее месяца с момента завершения предварительного изучения обращения судьей (судьями). Не позднее чем через месяц после принятия обращения к рассмотрению принимается решение о назначении дела к слушанию.

Стадия назначения и подготовки дела к слушанию в судебном заседании предполагает следующие сроки: а) решение о назначении дела к слушанию принимается Конституционным Судом или палатой не позднее чем через месяц после принятия обращения к рассмотрению (ст. 47); б) подготовка дела к слушанию осуществляется в период до даты заседания, в котором оно должно рассматриваться, а указанная дата согласно Регламенту определяется очередностью поступления обращения, его характером и загружен-

ностью Суда; в) уведомление о заседании Суда и необходимые материалы по конкретному делу направляются судьям и участникам процесса не позднее чем за 10 дней до начала заседания (отзывы на обращения направляются в указанный срок только в случае, если они поступили не позднее чем за 2 недели до начала заседания (ч. 1 ст. 51).

Процессуальные сроки рассмотрения дела в судебном заседании определяются по усмотрению Суда и законодательно, регламентными нормами не урегулированы.

Совершение предусмотренных Законом процессуальных действий на стадии принятия итогового решения Конституционного Суда и его исполнения обусловлено следующими сроками, определяемых как Законом, так и нормами Регламента: а) по требованию не менее трех судей в пленарном совещании или одного судьи в совещании палаты голосование по проекту итогового решения производится не ранее чем через сутки после вручения судьям всех представленных проектов указанного решения (§ 22 Регламента); б) оглашение решения осуществляется немедленно после его подписания всеми судьями и не позднее чем в 2-недельный срок направляется перечисленным в Законе адресатам (ч. 1 и 2 ст. 77); в) текст особого мнения судьи должен быть представлен не позднее 14 дней со дня провозглашения итогового решения; г) решение вступает в силу немедленно после его провозглашения (ч. 1 ст. 79).

Законом установлены сроки для исполнения итоговых решений Конституционного Суда (ст. 80, ч. 5 ст. 87).

С использованием различных технико-юридических приемов предусмотрены сроки совершения различных действий. Так, по российскому конституционно-процессуальному законодательству заявители вправе оспаривать конституционность правовых актов со дня их вступления в силу, а международных договоров – до дня их подписания; участники процесса уведомляются о дате и времени слушания дела, а при необходимости вызываются в заседание в назначенный день и час. Обращение к Закону ФРГ о Конституционном суде указывает на два технико-юридических способа определения процессуальных сроков: во-первых, Закон о Конституционном суде в ряде случаев отсылает к действующим общим процедурным правилам; во-вторых, Закон содержит предписания, определяющие те или иные процессуальные сроки, как это, к примеру, характерно для рассмотрения конституционной жалобы гражданина (§ 90 и др.). Согласно Закону оглашение решения не может быть отложено более чем на 3 месяца с момента окончания устного разбирательства и т. д.

На любой из стадий производство по делу может быть прекращено. Как правило, это происходит в случае отзыва обращения. Кроме того, Конституционный Суд вправе прекратить производство по делу,

если в ходе заседания будут выявлены основания к отказу в принятии обращения к рассмотрению или будет установлено, что вопрос, разрешаемый законом, по своему характеру и значению не относится к числу конституционных.

Надо сказать, что зарубежное законодательство в этом вопросе все же идет дальше.

Глава 17. ПРОКУРАТУРА В КОНСТИТУЦИОННОМ МЕХАНИЗМЕ СОВРЕМЕННОГО ГОСУДАРСТВА

§ 1. Модели прокуратуры в зарубежных странах и особенности ее статуса

Прокуратура в механизме государства. Правовая доктрина выделяет разнообразные типы, разновидности прокуратуры, а равно органов, осуществляющих сходные с ней функции. Это разнообразие не является плодом теоретических изысканий, оно причинно обусловлено. Вне зависимости от теоретического «расклада» как часть государственного механизма прокуратура зависима от самых разных обстоятельств. Ее статус, место в государственной системе определяются типом государственного устройства, природой (государственным режимом), структурой государства, политико-правовыми традициями страны, типом правовой семьи и пр. Отмеченные обстоятельства, несомненно, нужно дополнить указанием на специально-юридические факторы, т. е. на те из них, действие которых обусловлено своеобразием правовой среды конкретно взятой страны. В числе таковых – исторически сложившийся тип судопроизводства. То обстоятельство, что в британской системе права никогда не было властной фигуры прокурора, специалисты объясняют тем, что английский состязательный процесс предполагал абсолютное равенство статуса сторон. Соответственно государственные адвокаты никогда не признавались органом юстиции, как это имело место в случае с европейскими прокурорами. Поэтому считается, что подобные органы сохранили в себе «исторический ген» «государственной адвокатуры», что не позволяет говорить о появлении в странах английского права прокуратуры в традиционном смысле.

Еще одной из юридических детерминант являются конструктивные типологические особенности национальной правовой системы. В этой связи справедливо подчеркивается, что тот факт, что в системе общего права главной формой (источником) права длительное время выступал не закон, а судебный прецедент, самым непосредственным образом сказалось на содержании правовой политики британского государства, равно как и на правовом инструментарии и юридической лексике. Для системы общего права не существовало задачи охраны законности (как для систем континентального права). Объясняется это тем, что действие прецедентного права основывается на иных механизмах, чем это характерно для действия статутного права (законодательства). Соответственно средства прокурорского надзора в этом

случае оказываются менее эффективными. Отсюда и институт прокуратуры как один из действенных механизмов обеспечения реализуемости законодательства в системе общего права не получает своего развития. По этой причине и инструментарий законности не имел широкого распространения в английском праве.

Появление в государственном механизме прокуратуры справедливо связывают с конструкцией государства, его природой. Возникнув первоначально как свидетельство складывающейся сильной (жестко централизованной) государственности, институт прокуратуры с течением времени (для различных стран этот период различен) трансформируется в конституционный механизм обеспечения прав и свобод граждан, причем для группы стран исключительно в сфере отправления уголовного судопроизводства начиная со второй половины XX в. повсеместное учреждение таких действенных механизмов контроля за законностью, обеспечением прав и свобод, как конституционные суды, институт омбудсмана, расширившийся доступ граждан к правосудию, гарантированное международным и национальным правом право граждан на эффективные средства правовой защиты и пр. значительно ограничило поле деятельности прокуратуры. На этом фоне наблюдаемый в ряде стран отказ от ранее традиционно осуществляемых прокуратурой функций, выглядит вполне логичным. Одновременно практика многих государств доказывает и то, что в современных условиях прокуратура действительно позиционируется с институтом защиты общих (общенациональных) интересов, утверждения господства права, прежде всего во взаимоотношениях публичной власти и населения. То обстоятельство, что прокуратура является действенным инструментом в механизме поддержания режима законности, обеспечения прав и свобод граждан, со всей очевидностью указывает на социальную значимость данного института. Именно с этим обстоятельством для большой группы зарубежных стран связывается определение места прокуратуры в механизме государства.

Типология прокуратуры. Консолидация всех факторов, так или иначе влияющих на модель, вид прокуратуры, позволяет типизировать существующие в зарубежных странах прокуратуры применительно к различным основаниям.

Исходя из того, что прокуратура – часть действующей в стране системы юстиции (и правовой системы страны в целом) и, взяв за основу критерий типологии правовых систем, можно выделить два самых общих типа прокуратуры: прокуратуры стран континентальной системы права и прокуратуры стран общего права. Внутри каждого

типа обособляется множество их разновидностей. Первые два типа распадаются на несколько исторических моделей прокуратуры, объединенных общностью правовой традиции. В частности, можно выделить французскую, скандинавскую, российскую и иbero-американскую модели.

В зависимости от места прокуратуры в государственном механизме, организационной и функциональной независимости (автономии) данного органа может быть выделено несколько моделей прокуратуры:

1) независимый конституционный орган (страны СНГ, Албания, Венгрия, Вьетнам, Испания, КНР, Куба, Латвия, Литва, Македония, Португалия, Сербия, Словакия, Хорватия, Монголия, Индонезия, почти все страны Латинской Америки, Португалия и ее бывшие колонии);

2) находящийся в ведении другого органа государства, т. е. рассматриваемый как орган:

– государственного обвинения, находящийся в административном подчинении у правительства (министерства юстиции). При этом возможны несколько разновидностей данной модели: а) как орган, организационно подчиненный министерству юстиции, но при этом функционально вполне самостоятельный (Франция, Бельгия, Люксембург, Республика Корея, Румыния, Словения, Турция, Финляндия, Чехия, Эстония, Япония); б) как орган, находящийся в полном подчинении министру (Дания, Польша, Филиппины); в) находящийся исключительно в подчинении правительства (Швеция, Швейцария);

– занимающий промежуточное место между исполнительной и судебной властью (Франция, ФРГ, Бельгия, Египет, Италия, Нидерланды, Румыния);

– относящийся к судебной власти (Азербайджан, Андорра, Болгария, Грузия, Испания, Латвия, Молдова, Иран);

3) орган, идентифицируемый с министерством (департаментом) юстиции, осуществляющим идентичные с прокуратурой функции. Это так называемые атторнейские службы (Канада, США);

4) юридическая служба правительства (Соединенное Королевство и другие страны общего права – Австралийский Союз);

5) нетипичный способ подчинения. Например, в Швеции прокуратура подчинена непосредственно правительству.

В зависимости от организационного строения все существующие прокуратуры подразделяются на *централизованные* и *децентрализованные*. В первом случае прокуратура рассматривается как единая централизованная система государственных органов, исключая или допускающая незначительную автономию внутри данной системы. Порядок формирования, квалификация прокуроров, статус и юрисдикция органов прокуратуры определяются едиными актами. Руководство органами прокуратуры осуществляется из единого центра, действует жесткая иерархия внутри системы органов прокуратуры. Децентрализованная прокуратура основана на иных принципах. При этом степень децентрализации также различна. В ряде государств прокуратура (аналогичные ей органы) почти полностью децентрализована (США, Мексика, Швейцария). Так, в США только федеральные окружные атторнеи назначаются Президентом по представлению Генерального атторнея «с совета и согласия» Сената. Ат-

торнейские службы штатов и муниципалитетов не знают строгой иерархической соподчиненности, они полностью самостоятельны и формируются независимо друг от друга. Генеральные атторнеи штатов назначаются обычно так же, как и на федеральном уровне, губернатором штата с согласия местного сената. Иногда они избираются населением. Местные государственные атторнеи (округа, района, города) избираются населением соответствующей административно-территориальной единицы и лишь в некоторых штатах назначаются губернатором, Генеральным атторнеем штата или законодательным органом штата.

В зависимости от сферы применения прокурорского надзора, наряду с общими прокурорскими органами, выделяются те или иные специализированные прокуратуры. Такие прокуратуры созданы, в частности, в большинстве стран континентальной системы права. Это военные прокуратуры (страны СНГ, Болгария, Бразилия, Венгрия, Вьетнам, Греция, Дания, Иран, КНР, Польша, Словакия); транспортные (Азербайджан, Грузия, Молдова, Нидерланды, Россия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан, Украина, КНР); экологические (Казахстан, Молдова, Норвегия, РФ, Узбекистан); трудовые (Бразилия). К специальным относятся прокуратуры, учреждаемые для предупреждения и подавления незаконного оборота наркотиков (Испания), борьбы с преступлениями против государственной безопасности (Египет), преследования международных преступлений (Дания). В некоторых странах роль специализированных прокуратур выполняют специальные учреждения. Так, в Польше на правах специальной прокуратуры действует Институт национальной памяти – Комиссия преследования преступлений против польского народа, в Италии – Национальное управление по борьбе с мафией, в Румынии – Национальная антикоррупционная прокуратура.

Типология прокуратуры возможна и от *осуществляемых ею функций, способа формирования корпуса прокуроров* и др.

Функции прокуратуры. Как известно, функции прокуратуры в зарубежных странах сводятся преимущественно к трем основным: 1) уголовное преследование лиц, совершивших преступления; 2) поддержание публичного обвинения в суде; 3) надзор за законностью предварительного расследования преступлений и содержания лиц в местах лишения свободы.

При этом можно выделить страны, где прокуратура осуществляет, главным образом, функцию поддержания публичного обвинения в суде. В основном это страны общего права.

В группе стран континентального права, приверженных к так называемой «французской» модели прокуратуры (прокуратура организационно подчинена минюсту, но действует в рамках судебной системы), органы прокуратуры, за некоторыми изъятиями, осуществляют все три группы функций. Так, согласно внутригосударственному праву прокуратура ФРГ: а) расследует уголовные преступления, ведет уголовное преследование по ним и выступает в качестве обвини-

теля в суде; б) участвует в судебном процессе в качестве «беспристрастной стороны», не будучи при этом стороной процесса; в) предпринимает действия с целью приведения в исполнение решения суда, надзирает за исполнением приговора.

По степени значимости и распространения среди иных функций выделяется общий надзор за законностью – надзор за точным и единообразным исполнением и применением законов на всей территории страны. Эта функция прокуратуры предусмотрена законодательством государств СНГ, Польши, стран Латинской Америки, стран с социалистическим типом устройства, ряда других стран (Княжество Андорра, Венгрия, Испания, Италия, Колумбия, Парагвай и др.). Так, Органический закон Венесуэлы о прокуратуре (ст. 11) возлагает на прокуратуру обязанность осуществлять надзор за соблюдением Конституции, законов и фундаментальных свобод на всей национальной территории, а также наблюдение за точным исполнением конституционных прав и прав человека в тюрьмах и других местах заключения. Согласно Закону, прокуратура обязывается гарантировать в судебных процессах уважение прав и конституционных гарантий, равно как соблюдение международных договоров, конвенций и соглашений; гарантировать быстрое действие и хорошую работу системы правосудия, соблюдение должной процедуры.

Небезынтересно, что в Исламской Республике Иран функции, имеющие сходство с общим надзором, осуществляют специальные учреждения мусульманского контроля и инспекции (хисба), которые могут налагать мусульманские наказания за отклонения от правил торговли, общественного порядка или норм морали.

Существует группа стран, в которых функции прокуратуры оказываются достаточно пространными. Так, Конституция Бразилии (ст. 129) к числу функций национальной прокуратуры относит: обеспечение соблюдения правительственными и служебными органами прав, гарантированных данной Конституцией; назначение гражданского расследования и публичных гражданских акций для защиты государственной и общественной собственности, окружающей среды и других индивидуальных и коллективных интересов; в установленных случаях возбуждение исков о признании неконституционности актов и процессов; защиту в суде прав и интересов индейского населения; осуществление внешнего контроля за полицейской деятельностью в соответствии с законом и др.

В соответствии с Органическим законом 2002 г. Федеральная прокуратура Мексики осуществляет надзор за соблюдением конституци-

онности и законности; принимает участие в процессе экстрадиции и других формах международного правового сотрудничества; следит за уважением конституционных гарантий и прав человека в сфере своей компетенции; участвует в Национальной системе общественной безопасности; высказывает свое мнение и участвует в разработке законопроектов и законодательных реформ, относящихся к сфере ее деятельности. Генеральный прокурор Республики принимает личное участие в рассмотрении споров между двумя или несколькими штатами Федерации, между штатом и Федерацией или между различными властями одного и того же штата.

Согласно национальной Конституции, кроме участия в правосудии (в уголовном и гражданском судопроизводстве), прокуратура Аргентины призвана следить за соблюдением Конституции и законов, должной процедуры в судебном процессе и др.

Конституция Болгарии (ст. 127) устанавливает, что прокуратура следит за соблюдением законности путем поддержания обвинения по уголовным делам общего характера; осуществления надзора за исполнением уголовно-правовых и других принудительных мер; отмены не соответствующих закону актов; участия в гражданских и административных делах. Кроме того, прокуратура Болгарии осуществляет расследование преступлений, поиск доказательств и исполнителей, исполняет надзор за деятельностью служб судов и трибуналов. На нее возлагается конституционная обязанность «требовать проведения следствия и начала полицейского расследования, определяя правовые основы для их проведения».

Имеет место и возложение на прокуратуру весьма специфичных для данного органа функций. Так, Законом Республики Польша 1985 г. о прокуратуре среди прочих на нее возлагается задача «рецензирования проектов нормативных актов».

В монархическом Брунее Генеральный атторней «ответственен за разработку законопроектов». Согласно ст. 159 Конституции Перу прокуратура обязана «осуществлять законодательную инициативу и уведомлять Конгресс или Президента Республики о проблемах или дефектах в законодательстве».

Закон Португалии о прокуратуре 1998 г. обязывает прокуратуру «надзирать за конституционностью нормативных актов». А согласно ст. 127 Конституции Болгарии, «прокуратура предпринимает действия для отмены актов, не соответствующих закону» (конституционный суд страны по искам устанавливает конституционность законов).

Законодательством Нидерландов в обязанности Генерального прокурора при Верховном суде вменяется «возбуждение процедуры снятия с должности или отстранения от исполнения обязанностей назначенных пожизненно членов судебного корпуса».

Конституция Таиланда возлагает на прокуратуру обязанность «представлять государство в суде; осуществлять правовые исследования и развитие права; давать юридические консультации государственным органам» (Конституцией Бразилии, напротив, прокуратуре «запрещается юридически представлять и консультировать государственные органы» – ст. 129).

Среди прочих функций, возлагаемых на прокуратуру, ст. 127 Конституции Республики Куба указывает и на функцию «бороться против любого проявления преступности».

Судебный кодекс Бельгии уполномочивает королевского прокурора выполнять различные виды следственной деятельности: допрашивать подозреваемых, свидетелей; осуществлять выемку; назначать экспертов (судебно-медицинских, по баллистике и

взрывам, по тестам на ДНК и пр.), идентифицировать и блокировать при необходимости банковские счета; осуществлять обыск с согласия проживающего; арестовывать на период до 24 часов.

Основными функциями федеральной прокуратуры Конституция Швейцарии называет: осуществление уголовного преследования преступлений, направленных против Швейцарии и «общих интересов» (шпионаж, терроризм, организованная преступность, отмывание денег, должностные преступления федеральных служащих, воинские и международные преступления); руководство расследованием уголовных дел соответствующих категорий, осуществляемым судебной полицией; представление интересов общества в судах.

§ 2. Статус прокурора в зарубежных странах

Статус прокурора определяется целым рядом слагаемым: способами замещения должности; определением в законодательстве места должности прокурора в иерархии иных должностей, объем его полномочий, наличием гарантий их осуществления; иммунитетом от юрисдикции и т. п.

Способы и процедуры (порядок) формирования корпуса прокуроров. С решением этих вопросов связана независимость прокуратуры в целом, характер взаимоотношений с другими органами государства. Принципиальное значение имеет способ назначения генерального прокурора (высших должностных лиц органов государственного обвинения).

Наиболее распространена практика утверждения в должности генерального прокурора главой государства, самостоятельно или при участии парламента. Так, согласно ст. 153 Конституции Бельгии 1994 г. (с послед изм.) Король назначает и увольняет чиновников прокуратуры. Точно так же, по Конституции Нидерландов (ч. 1 ст. 117) указом Короля назначаются на должность и пребывают в должности пожизненно судьи судебных органов и Генеральный прокурор при Верховном суде.

В Монголии Генеральный прокурор и его заместители назначаются сроком на 6 лет Президентом по согласованию с Великим Государственным Хуралом (ч. 2 ст. 56). В Албании Генеральный прокурор назначается Президентом Республики с согласия Кувенда (ч. 1 ст. 149 Конституции). В Азербайджане, Кыргызии, Туркменистане, Узбекистане, Украине генеральные прокуроры назначаются Президентами с согласия национальных однопалатных парламентов; в Республике Беларусь, Бразилии, Казахстане, США, ФРГ – с согласия Верхней палаты парламента. Аналогичный порядок применяется и в других странах. По Конституции Мексики (ст. 102) Генеральный прокурор назначается Президентом Республики с согласия Сената. Генеральный Прокурор Федеративной Республики Бразилия назначается Президентом Республики из числа ее профессиональных членов старше 35 лет после утверждения абсолютным большинством Федерального сената сроком на 2 года с возможностью переназначения. При этом отстранение Генерального прокурора Республики от должности по инициативе Президента Республики требует предварительной санкции абсолютного большинства Федерального сената.

В Португалии Генерального прокурора Республики назначает и отстраняет от должности Президент Республики по предложению Правительства. В Дании назначение Генерального прокурора («королевского адвоката»), а также на старшие прокурорские должности осуществляется Королем по представлению министра юстиции.

Похожей является практика утверждения в должности генерального атторнея в большинстве государств бывших английских колоний. Генеральный атторней назначается президентом, генерал-губернатором, действующим в соответствии с советом премьер-министра (Ирландия, Зимбабве и др.). Так, в Сингапуре Генерального атторнея назначает Президент по совету Премьер-министра. Данный способ вполне логичен, так как Генеральный атторней рассматривается здесь, прежде всего, как юридический представитель правительства, исполнительной власти.

В Мексике и ЮАР Президент Республики назначает и увольняет Генерального прокурора по своему усмотрению.

Достаточно распространена и практика утверждения в должности генерального прокурора парламентом. По Конституции Венгрии Генерального прокурора избирает Парламент по предложению Президента Республики (ст. 111). В Грузии Генеральный прокурор также утверждается однопалатным парламентом по представлению главы государства. Согласно ч. 1 ст. 125 Конституции Молдовы Генеральный прокурор назначается парламентом по представлению Председателя парламента. В Македонии Прокурор Республики назначается Собранием (Парламентом) сроком на шесть лет и освобождается от должности Собранием. В Черногории все прокуроры (кроме Специального прокурора) и их помощники назначаются, перемещаются и смещаются с должности парламентом Черногории по предложению Совета Прокуроров. Срок полномочий составляет 5 лет. По конституции Черногории (ч. 2 ст. 106) Публичный прокурор назначается сроком на 6 лет и отстраняется от должности Собранием (однопалатным национальный парламент). Согласно ст. 284 Конституции Венесуэлы Генеральный прокурор Республики избирается Национальной ассамблеей (парламентом) сроком на 7 лет.

Главного прокурора Хорватии назначает Палата представителей Хорватского сабора по предложению Правительства Хорватии сроком на 4 года после ознакомления с мнением компетентного комитета этой палаты.

Подобная практика существует во многих странах, вне зависимости от формы государственного правления и типа государственного режима.

Нередко в процедуре наделения генерального прокурора полномочиями участвуют судебные органы или органы, организационно обеспечивающие их деятельность. Такая практика применяется не только в тех странах, где прокуратура «встроена» в судебную систему. Так, в Греческой Республике прокуроры (как и судьи) назначают-

ся пожизненно президентским декретом на основании предшествующих решений Высшего судебного совета. В Болгарии Главный прокурор также назначается на должность (на 7-летний срок однократно) и освобождается от нее Президентом Республики по предложению Высшего судебного совета. Генеральный прокурор Испании назначается Королем по предложению Правительства и по заслушивании Генерального совета судебной власти. В Турции Главный прокурор Кассационного суда, являющийся также Генеральным прокурором республики, и его заместитель назначаются Президентом из числа пяти кандидатов, выдвигаемых пленумом Кассационного суда. В Латвии Генерального прокурора утверждает в должности Сейм (парламент) по предложению председателя Верховного суда. В Эквадоре Генеральный прокурор страны избирается на единственный 6-летний срок Национальным конгрессом большинством голосов его членов из числа трех кандидатов, представленных Национальным Советом Магистратуры. Генеральный прокурор Генеральной фискалии Колумбии избирается на единственный 4-летний срок Верховным судом из числа 3 кандидатов, представленных Президентом Республики.

Согласно Конституции Марокко (ст. 84) прокуроры, как и судьи, назначаются на свои должности королевским декретом по рекомендации Высшего Совета Магистратуры (орган управления судейско-прокурорским сообществом).

В некоторых странах назначение прокурора находится в исключительном ведении судебной власти. Так, Конституцией Ирака 2005 г. устанавливается, что Генерального прокурора назначает Высший судебный совет (ч. 2 ст. 88). По Конституции Исламской Республики Иран (ст. 111) генерального прокурора сроком на 5 лет назначает Глава судебной власти после консультации с судьями Верховного суда. Конституция Княжества Андорра предусматривает, что члены Прокуратуры назначаются на 6 лет, с возобновлением срока, Высшим советом Правосудия по предложению Правительства из лиц, отвечающих требованиям на занятие судейской должности (ч. 2 ст. 93).

В ряде стран назначение руководителей прокуратур (органов государственного обвинения) – прерогатива органов исполнительной власти.

Это, к примеру, характерно для Швеции. В Эстонии Генеральный прокурор государства назначается на должность Правительством Республики по предложению министра юстиции и с учетом мнения юридической комиссии парламента. В Норвегии прокуроры назначаются правительством и могут быть смещены только по решению суда. В Японии Верховный (Генеральный) прокурор назначается и смещается с должности Кабинетом министров (Правительством), решение которого утверждает Император. Во Франции генеральных прокуроров в Кассационный суд назначает Совет министров (од-

нако заседание правительства страны в этом случае проходит под руководством главы государства). В Австрии прокуроров назначает министр юстиции от имени Президента Республики. К слову сказать, в бывших британских колониях применяется аналогичный порядок, если учесть, что генерал-губернатор формально-юридически признается главой исполнительной власти. В Индии государственные обвинители и помощники государственных обвинителей назначаются Центральным правительством и правительствами штатов.

В Чехии Верховный прокурор назначается и смещается правительством по представлению министра юстиции. Конституция Аргентины и Органический закон о прокуратуре 1998 г. (Закон № 24.946) устанавливают, что Генеральный прокурор и Генеральный защитник Республики назначаются Исполнительной властью по согласованию с Сенатом (ст. 5). Закон (ст. 6) предусматривает, что для назначения указанных лиц «необходимо быть аргентинским гражданином, иметь диплом национального адвоката и 8 лет стажа по этой профессии, а также отвечать требованиям, установленным для национальных сенаторов».

В Швейцарии Генерального прокурора, как и других должностных лиц федеральной прокуратуры, назначает Федеральный совет (Правительство) Швейцарии.

Иногда в формировании института генерального прокурора принимают участие законодательная, исполнительная и судебная ветви власти. Так, в Парагвае Генеральный прокурор назначается исполнительной ветвью власти с согласия Сената из списка трех кандидатов, предложенных Советом Судей. В Чили в назначении Генерального прокурора участвуют Президент, Сенат и Верховный суд. Генеральным прокурором назначается Президентом Республики на 10-летний срок с согласия 2/3 членов Сената из списка 5 кандидатов, представленных Верховным судом на основе результатов публичного конкурса. Генеральный прокурор государства, согласно Конституции Испании (ч. 1 ст. 124) назначается Королем по предложению Правительства, с учетом мнения Генерального совета судебной власти. Генеральный прокурор Нации в Колумбии избирается Сенатом сроком на 4 года из 3 кандидатов, представленных Президентом Республики, Верховным судом и Государственным советом.

Специфичен способ формирования института главы прокуратуры в Перу, где прокуратура представляет собой централизованную иерархическую систему, действующую под руководством Национального прокурора. Последний избирается Советом верховных прокуроров из числа своих членов сроком на 3 года. Этот срок может быть продлен только еще на 2 года.

Практика назначения на должности нижестоящих прокуроров принципиально отлична. Жестко централизованная модель прокуратуры предполагает порядок, при котором все нижестоящие прокуроры назначаются одним вышестоящим лицом или органом: самостоятельно генеральным прокурором (Беларусь, Венгрия, Вьетнам, Грузия, Латвия, Молдова и др.). В Перу верховные и старшие прокуроры

и их помощники назначаются Национальным прокурором и утверждаются Сенатом. Провинциальные прокуроры и их помощники назначаются Президентом Республики по предложению окружных советов магистратуры.

В Бразилии Генеральные прокуратуры штатов, федерального округа и территорий готовят список из 3 своих профессиональных членов, в установленном законом порядке, для избрания своих генеральных прокуроров, назначаемых главой исполнительной власти сроком на 2 года с возможностью переназначения. Генеральные прокуроры штатов, федерального округа и территорий могут быть отстранены от должности решением абсолютного большинства голосов законодательного органа, как установлено в соответствующем законе. Конституция Бразилии предусматривает получение нижестоящими прокурорами пожизненного поста после 2 лет пребывания на должности. Потеря ими поста возможна только после окончательного и не подлежащего обжалованию решения суда.

В Чехии прокуроры высших прокуратур назначаются и смещаются министром юстиции по представлению Верховного прокурора. Краевые прокуроры назначаются и смещаются министром юстиции по представлению высших прокуроров Праги и Оломуца. Районные прокуроры назначаются и смещаются министром юстиции по представлению соответствующих краевых прокуроров. При этом срок полномочий прокуроров не определен.

В Хорватии окружных и муниципальных прокуроров сроком на 4 года назначает Главный прокурор Республики с учетом мнения министра юстиции, а также коллегии прокуратуры Республики (в случае, окружных прокуроров) или коллегии соответствующей окружной прокуратуры (в случае муниципальных прокуроров). В соответствии с Конституцией и законом заместителей прокуроров назначает и освобождает от занимаемой должности, равно как и выносит решение об их дисциплинарной ответственности Прокурорское вече, которое избирает Парламент. При этом большинство членов Прокурорского веча должны избираться из состава заместителей прокуроров; руководители прокуратуры не могут избираться членами Прокурорского веча. В случае первого вступления в должность заместители прокурора назначаются сроком на 5 лет. После повторного назначения заместитель прокурора исполняет свои полномочия бессрочно.

Прокуроры Болгарии (судьи и следователи) назначаются, повышаются и понижаются в должности, перемещаются и освобождаются от должности Высшим судебным советом (ч. 1 ст. 129 Конституции).

В соответствии со ст. 105 Конституции Италии Высший Совет Магистратуры (орган судебного самоуправления) занимается вопросами назначений, переводов, повышений по службе и наложения дисциплинарных взысканий в отношении магистратов, включая прокуроров. Это осуществляется независимо от исполнительной власти.

В Чили региональные прокуроры назначаются Генеральным прокурором из числа 3 кандидатур, представленных Апелляционным судом соответствующего региона на основе результатов публичного конкурса. При этом свои должности региональные прокуроры занимают только в течение 10 лет. Местные прокуратуры назначаются Генеральным прокурором из кандидатур, представленных соответствующими региональными прокурорами на основе результатов публичного конкурса. Они занимают свои должности до достижения пенсионного возраста или добровольной отставки.

В Дании назначение на младшие прокурорские должности осуществляется министром юстиции самостоятельно.

По Конституции Португалии (ч. 5 ст. 219) назначение, передвижение и применение дисциплинарных мер прокуроров – компетенция Генерального прокурора.

Во Франции существенная роль в назначении прокуроров отводится возглавляемому Президентом страны Высшему совету магистратуры. В соответствии с Органическим законом от 5 февраля 1994 г., определившим его (Совета) статус, в составе Совета созданы две палаты: одна компетентна в отношении судей, вторая – в отношении прокуроров. Палата, компетентная в отношении прокуроров, дает заключения при их назначениях.

В Перу прокуроры первоначально назначаются на 2-летний испытательный срок по рекомендации Генерального прокурора приказом министра юстиции. Те, кто успешно прошел испытания, назначаются на постоянной основе Высшим судебным советом. Этот орган имеет также исключительное право принимать дисциплинарные меры в отношении прокуроров. Генеральный прокурор назначается на свою должность Президентским декретом.

В Бразилии принятие на профессиональную службу в прокуратуру осуществляется через публичный конкурсный отбор, с обеспечением присутствия на экзаменах Бразильского Адвоката и с учетом при назначении классификацию.

В Швейцарии прокуроры кантонов (субъектов Федерации) назначаются местными парламентами или исполнительной властью.

Иной порядок применяется в странах, где прокуратура является децентрализованным органом. Так, в США федеральные окружные атторнеи назначаются Президентом по представлению Генерального атторнея «по совету и с согласия» Сената. Что касается атторнейских служб штатов и муниципалитетов, то они полностью самостоятельны и формируются независимо друг от друга. На этом уровне атторнеев нередко избирает население (местное сообщество).

Генеральный прокурор и Вице-Генеральный прокурор Швеции назначаются Правительством. Последнее также назначает «директора» окружных прокуратур по представлению Генерального прокурора. Другие прокуроры назначаются решением Генерального прокурора.

Квалификации для замещения должности. Национальное законодательство устанавливает специальные квалификации, необходимые для занятия должности прокурора. В целом ряде зарубежных стран (в особенности европейского ареала) требования к кандидатам на прокурорские должности те же, что и для иных магистратов. Исследователи юридической практики Швеции обращают внимание, что, для того чтобы стать прокурором в этой стране, необходимо окончить юридический факультет университета, проработать 2 года в окружном суде; обязательна длительностью от 9 до 12 месяцев стажировка в прокуратуре, успешное завершение которой дает претенденту право быть назначенным помощником прокурора. Работа в этой должности в течение 3 лет и положительная характеристика – следующие квалификации для приобретения статуса прокурора. В Мальте для занятия должности генерального атторнея требуются квалификации те же, что и для судей Высших судов (ч. 2 ст. 91 Конституции). Кроме того, необходимо, чтобы кандидат на должность в течение 12 лет не был практикующим адвокатом в Мальте или не служил магистратом в Мальте, или не был часть этого срока адвокатом и часть – магистратом (ч. 2 ст. 96 Конституции).

Место прокурора в иерархии государственных должностей. Очевидно, что правовой статус прокуроров в большинстве случаев производный от места, занимаемого прокуратурой в системе органов государства конкретно взятой страны.

В странах, относящихся к так называемой французской модели прокуратуры (Франция, Бельгия, Италия, Нидерланды, Греция, бывшие французские колонии), статус прокуроров совпадает со статусом судей: и судьи, и прокуроры принадлежат к одной профессиональной корпорации. Сходный с судейским статус имеют прокуроры в ряде других стран (Андорра, Болгария, Южная Корея).

Это тождество получило законодательное (иногда конституционное) оформление. Так, согласно Конституции Греции прокуроры обладают тем же статусом, что и судьи (ст. 111). Закон Болгарии о судебной системе 1994 г. (главы 7, 9, 10) устанавливает, что прокуроры по своему статусу полностью приравнены к судьям. В Перу прокуроры имеют те же права и статус, что и представители судебной власти в пределах соответствующей категории и разряда. Их назначение подчинено требованиям и процедурам, идентичным тем, которые применяются к членам судебной власти соответствующей категории и разряда.

В ряде стран (в том числе континентального права) статус прокурора существенно разнится со статусом судей. Так, в Венгрии прокуроры имеют статус государственных служащих, а не судебных магистратов, как это имеет место, например, во Франции.

В ФРГ, в отличие от судей, прокуроры считаются гражданскими (государственными) служащими и обязаны исполнять указания своих начальников.

В Республике Корея прокуроры составляют особый класс государственных служащих, что позволяет им иметь особые льготы, включая компенсации, строгое соблюдение гарантий по найму и т. д. (подобными привилегиями в Республике Корея обладают судьи).

Сотрудники прокуратуры обладают особым статусом, не совпадающим со статусом других государственных служащих.

Несовпадение статуса прокуроров со статусом иных государственных служащих выражается в наличии у первых *специальных классов чинов*. Так, в Южной Корее в соответствии с их профессиональной деятельностью прокуроры делятся на четыре класса: Генеральный прокурор, Старший главный прокурор, главный прокурор и прокурор. Соответственно каждый из этих постов занимает государственным служащим, имеющим соответствующий класс. При этом статус Генерального прокурора соответствует статусу министра кабинета, в то время как статус Главного прокурора аналогичен посту заместителя министра, а статус Старшего главного прокурора считается средним между указанными двумя классами.

В Японии в состав Прокуратуры входят государственные прокуроры: Генеральный прокурор, заместитель Генерального прокурора, надзирающие прокуроры, прокуроры, заместители прокуроров, помощники прокуроров и т. д.

В государствах СНГ статус прокуроров принципиально отличен от статуса судей. Прокуроры являются государственными служащими, статус, порядок прохождения службы которых, помимо общего законодательства о государственной службе, определяется законами о прокуратуре, положениями о порядке прохождения службы в органах прокуратуры, другими законодательными актами.

Гарантии статуса прокурора. Статус прокурора в зарубежных странах несовместим с занятием других должностей, а равно осуществлением определенных видов деятельности. Высоким статусом

должности прокурора обусловлено то обстоятельство, что такие требования нередко закрепляются на конституционном уровне.

В соответствии с Конституцией Ирака 2005 г. судьям и прокурорам запрещено: совмещать занимаемую должность с должностью в органах законодательной или исполнительной власти или с осуществлением любой другой деятельности (ч. 1 ст. 95); состоять в какой-либо партии или политической организации или заниматься любым другим видом политической деятельности (ч. 2 ст. 95). Органический закон Аргентины о прокуратуре 1998 г. (Закон № 24.946) устанавливает, что члены прокуратуры не вправе осуществлять адвокатскую деятельность или представительство интересов в суде, кроме собственных интересов, а также интересов своего супруга, родственников по нисходящей линии либо такое представительство в соответствии с обязанностями, установленными законом. На членов прокуратуры распространяются требования о несовместимости: не могут быть членами Прокуратуры лица, состоящие в кровном родстве (до четвертой степени) с судьями судов, в которых им надлежит осуществлять свои полномочия (ст. 9).

В соответствии с ч. 2 § 53 Конституции Венгрии прокуроры не могут быть членами партии и не вправе осуществлять политическую деятельность.

Элементом статуса прокурора являются гарантии его (статуса) осуществления, независимость и неприкосновенность (иммунитет) прокурора.

В странах континентального права для членов прокуратуры установлены гарантии и запреты, подобные тем, которые действуют для судей (пожизненное назначение, несменяемость и пр.). Предусмотрены гарантии профессиональной независимости. Согласно Закону Черногории о прокуроре 2003 г., «при осуществлении своих полномочий прокурор независим и действует на основе Конституции, законов и международных договоров». Законодательство Аргентины предусматривает, что магистраты прокуратуры пользуются следующими иммунитетами: они не могут быть арестованы, кроме случаев задержания на месте преступления; не обязаны являться в суд для дачи показаний в качестве свидетелей (при неявке они обязаны дать «письменные объяснения»), что не лишает их права сделать это по собственному желанию; члены прокуратуры не могут быть присуждены к возмещению убытков в делах, в которых они принимали участие в своем официальном качестве. Дела, в которых члены прокуратуры возбуждают обвинение в связи с нарушениями со стороны органов публичной власти, рассматриваются Генеральным прокурором или Генеральным защитником (ст. 14).

Конституция Словении исходит из того, что, «являясь государственным чиновником Республики, государственный прокурор пользуется теми же привилегиями и иммунитетами, что и судья, если Законом о государственном прокуроре не установлено иначе».

В некоторых странах законодательством устанавливается объем неприкосновенности прокуроров, равнозначный объему неприкосновенности парламентариев. В частности, согласно Закону Болгарии о судебной системе 1994 г. прокуроры (как и судьи) пользуются неприкосновенностью народных представителей, т. е. членов парламента. Вопрос о лишении их неприкосновенности рассматривает Высший судебный совет страны.

Иммунитет прокурора, безусловно, не является абсолютным, означавшим бы его неприкасаемость. Как и в отношении иных должностных лиц государства, в определенных случаях к прокурорам могут быть применены меры принудительного воздействия. В частности, Органический закон Аргентины о прокуратуре предусматривает, что в случае ненадлежащего исполнения своих обязанностей магистраты Ведомства Генерального прокурора и Генерального защитника могут

быть подвергнуты таким дисциплинарным взысканиям, как предупреждение, выговор, штраф в размере до 20 % месячного вознаграждения (ст. 16).

Существенными гарантиями статуса прокурора являются установленные законодательством сроки замещения им должности, а равно основания и порядок прекращения полномочий. В законодательстве различных стран эти вопросы решаются по-разному.

Так, согласно ст. 129 Конституции Болгарии прокуроры, как и судьи, становятся несменяемыми после окончания 3-летнего стажа на должности, которую они занимают. Освобождаются при выходе на пенсию, если подадут в отставку, если вступило в силу решение суда, предусматривающее наказание в виде лишения свободы за умышленное преступление, а также в случае долговременной фактической невозможности исполнять свои обязанности более 1 года. Аналогичный порядок предусмотрен ч. 4 ст. 88 Конституции Греции.

По Конституции Словении пост государственного прокурора является пожизненным.

Конституция Аргентины (ч. 6 ст. 99) и Органический закон предусматривают, что «магистраты Прокуратуры остаются в должности пока добросовестно исполняют свои обязанности до достижения возраста 75 лет» (ст. 14). Они могут быть отрешены от должности «только по решению Трибунала по импичменту... Основанием для отрешения является ненадлежащее исполнение обязанностей, грубые упущения или совершение умышленных преступлений» (ст. 18 Закона).

Согласно ч. 2 ст. 93 Конституции Княжества Андорра, Генеральный прокурор может быть освобожден от своих обязанностей Президентом Республики только по представлению Кувенда и только «за нарушение Конституции или за серьезное нарушение закона в процессе своей служебной деятельности, по причине умственной и физической недееспособности, за поступки, серьезно дискредитирующие положение и личность Генерального прокурора».

В Республике Малави снять Генерального атторнея с должности может только Президент – на основании некомпетентности, недееспособности или в случае, если Генеральный атторней при исполнении своей должности будет скомпрометирован до такой степени, что он не сможет далее консультировать беспристрастно.

Значительными особенностями отличается правовой статус государственных обвинителей в странах англо-американской системы права (должностных лиц, аналогичных прокурорским работникам). В их числе – отсутствие ряда запретов и ограничений, налагаемых на прокуроров в других странах. Так, правовой системе США не известно правило деполитизации прокуратуры. В отличие от профессиональных чиновников западноевропейской прокуратуры, американские атторнеи – это активные политические фигуры, добивающиеся политических постов с помощью избирательных кампаний, предвыборных собраний. Кроме того, местным атторнеям разрешено заниматься адвокатской практикой. Законодательство лишь некоторых штатов запрещает атторнеям совмещать свои должностные обязанности с частной адвокатской практикой.

§ 3. Статус прокуратуры в странах континентального права

В зависимости от организационно-правовой оформленности статуса прокуратуры принято выделять две группы зарубежных стран. В

одной группе стран прокуратура представляет собой независимый конституционный орган. Иными словами, прокуратура представляет собой конституционно оформленный орган государства. Национальные конституции в данном случае содержат не только упоминание о прокуратуре, но нередко достаточно подробно характеризуют порядок ее формирования, способ формирования, функции и полномочия, взаимоотношения с иными органами государства. Вторая группа стран отличается тем, что прокуратура организационно не обособлена и подчинена какому-либо органу, чаще всего министерству юстиции, хотя структурно, как правило, «встроена» в судебную систему. Применительно к этой группе стран прокуратура организована как судебно-административная властная структура, действующая на началах иерархической субординации. Прокуратуру в этой группе стран относят к так называемой «французской» модели.

Общее, что объединяет обе группы стран под эгидой континентального права, заключается в том, что прокуратура представляет собой в большей или в меньшей мере централизованную систему прокурорских органов, осуществляющих значительно больший набор функций, чем это характерно для органов государственного обвинения в странах англо-американского права. Важной задачей прокуратуры этого типа является ее деятельность в сфере борьбы с преступностью. Статус прокуратуры (иногда и прокуроров) определяется конституцией, специальными законами и процессуальным законодательством.

Для этой модели характерна иерархическая связь как между прокуратурами, так и прокурорами. Прокуратура в странах континентального права построена на принципе иерархической субординации: все нижестоящие прокуроры подчиняются вышестоящим и обязаны выполнять их указания; каждый прокурор имеет заместителя, который обязан следовать указаниям прокурора, а каждый прокурор в свою очередь обязан следовать указаниям вышестоящих лиц. До некоторой степени учреждение должно следовать указаниям генерального прокурора (министра юстиции). Иерархическая субординация ограничена принципами законности и личной убежденности. Эти два принципа позволяют подчиненному прокурору отказаться от выполнения приказа, который он считает незаконным. При подаче ходатайства или возражения по иску он свободен в выражении собственного личного мнения.

К рассматриваемой группе относятся страны континентальной Европы, Латинской Америки, ряд государств Африки, Южной и Юго-Восточной Азии. Это государства с различными формами государственного правления (монархические и республиканские) и государственно-территориального устройства (унитарные и федеративные), не только с однотипными, но и с разноформационными характеристиками (например, с одной

стороны, социалистическая Куба, КНР, КНДР а с другой – ФРГ, Южная Корея). Это крупные государства по размерам территории и численности населения (Бразилия, КНР) и карликовые государства (Люксембург, Княжество Андорра).

Прокуратура как самостоятельный конституционный орган. Прокуратура этой модели распространена во многих странах. Статус независимого и самостоятельного органа получает конституционное оформление. Так, Конституцией Аргентинской Республики (глава вторая, раздел четвертый «О прокуратуре») прокуратура рассматривается как независимый орган, имеющий функциональную и финансовую автономию; ее задача – содействие судебной власти в защите законности и общественных интересов (ст. 120).

«Французская» модель прокуратуры. Считается, что ее прародительницей является прокуратура, возникшая в начале XIX в. во Франции. Как и проанализированная выше модель, распространена на различных континентах мира.

Прокуратура организационно подчинена министерству юстиции, но действует в рамках судебной системы. Министр юстиции формулирует общую политику уголовного преследования путем издания министерских циркуляров. При исполнении своих обязанностей прокурорские работники не зависят от судов, при которых они числятся. Систему прокуратуры возглавляет генеральный прокурор, министр юстиции несет политическую ответственность за действия прокурорской службы. Между министром юстиции и коллегией генеральных прокуроров проводятся регулярные консультации относительно общей политики в области уголовного преследования.

Магистраты прокурорского корпуса представляют исполнительную и судебную власти и одновременно входят в судейский корпус. В этом двойном качестве они участвуют в деятельности обеих этих ветвей власти: входя в систему судебной власти и действуя при судах, прокуратура в то же время организационно подчиняется министерству юстиции. Несмотря на подчинение исполнительной власти, прокуроры по своему статусу весьма близки к судьям (те и другие именуются магистратами), так как они получают одинаковую подготовку и в ходе своей карьеры нередко переходят с прокурорских должностей на судейские, и обратно. В то же время между указанными категориями магистратов имеются и существенные различия.

Таковы некоторые родовые признаки прокуратур стран, относящихся к данной группе. Вместе с тем, каждая из стран привносит свою специфику.

§ 4. Страны с нетипичным статусом прокуратуры

Представленный в главе материал указывает на то, что фактически в каждой из стран статус прокуратуры, ее место и роль в государственной системе имеет те или иные особенности. В то же время такие различия несущественны, что дает основание некое множество прокуратур объединять в один класс, тип. Отсутствие таких типологических различий позволило все рассмотренные прокуратуры отнести к одному или другому типу, рассмотренным в предыдущих параграфах. Вместе с тем, существуют страны, в которых органы прокуратуры нельзя отнести к какой-либо из этих групп. Это страны с так называемым атипичным статусом прокуратуры.

Факторы, обуславливающие такой статус, различны: это своеобразие конституционного развития страны, что, к примеру, характерно для оценки природы прокуратуры в этой стране. Это вопрос о соответствии функции государства и его структуры. В переводе на государствоведческий язык это означает, что функции государства должны соответствовать государственным структурам. Так, очевидно, что проверка законности действий административных структур и должностных лиц – все же прерогатива прокуратуры, форма прокурорского надзора. Для ее осуществления логично создавать в механизме государства органы, подобные прокуратуре. Нежеланием создавать ведомство, которое концентрировало бы значительный объем правоохранительной власти, продиктован подход к прокуратуре. Нечто подобное наблюдается в Великобритании. Отсутствие прокуратуры обусловило учреждение в различных областях множество омбудсменов. Вполне возможно, что для этой страны данный институт имеет преимущества. Но предположение о том, что его деятельность будет столь же эффективна в других странах (в том числе в Российской Федерации) имеет лишь вероятностный характер. К этой группе стран следует отнести Южно-Африканскую Республику, Израиль, Колумбию и др.

Глава 18. КОНСТИТУЦИОННЫЙ СТАТУС ВООРУЖЕННЫХ СИЛ И ПОЛИЦИИ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

§ 1. Конституционно-правовой статус вооруженных сил

События не только 50–60-х годов XX в., но и новейшего времени указывают на активную роль вооруженных сил в политических процессах страны. В 2008 г. именно армия Малайзии организовала военный переворот, приведший к смене правительства и его главы. В 2011 г. подразделения армии и полиции Эквадора (одной из беднейших стран Латинской Америки) вышли из-под контроля президента страны, захватили аэропорт в столице страны, городе Кито. В других странах, напротив, попыткам иных сил захватить власть незаконно препятствует именно армия и полиция страны.

Отвлекаясь от некоторых национальных особенностей строения вооруженных сил и военного управления ими, обратим внимание на следующее: По административной организации вооруженные силы делятся на три вида – сухопутные войска (армия), военно-воздушные и военно-морские силы. В свою очередь виды вооруженных сил подразделяются, к примеру, в США на регулярные войска (силы флота) и организованный резерв: в сухопутных войсках и ВВС национальная гвардия и резерв, в ВМС – резерв. Во главе каждого вида вооруженных сил стоят министры и начальники штабов.

Органы высшего военного управления образуют: 1) верховный главнокомандующим вооруженными силами, которым, как правило, является глава государства (так, именно Президент США как главнокомандующий вооруженными силами США имеет исключительное право отдавать распоряжение о применении ядерного оружия); 2) Совет национальной безопасности – создаваемый при главе государства орган, который координирует и направляет деятельность всех правительственных органов в области военной политики, строительства и использования вооруженных сил; 3) министр обороны, который назначается (утверждается в должности) главой государства и осуществляет руководство вооруженными силами, отвечает за их строительство, мобилизационную и боевую готовность, боевое использование, материально-техническое обеспечение, а также проведение военных исследований и разработок; является главным консультантом главы государства и правительства по всем военным вопросам и членом совета национальной безопасности; 4) генеральный штаб вооруженных сил (в США – это Комитет начальников штабов – высший консультативный, планирующий и исполнительный орган, через который президент и министр обороны осуществляют оперативное руководство вооруженными силами); 5) военачальник или гражданский чиновник высокого ранга, осуществляющий руководство видом вооруженных сил стран (в США – это министр, назначаемый на 4 года президентом с согласия сената из числа гражданских лиц и осуществляющий руководство строительством, комплектованием, подготовкой кадров, мобилизационным развертыванием, оснащением оружием и военной техникой, военными исследованиями и разработками, материально-техническим обеспечением войск (сил) через свой аппарат и штаб).

В отдельных странах конституционно учреждаются политические органы по руководству вооруженными силами. К примеру, в Китае такой орган – Центральный Военный Совет – формируется Всекитайским собранием народных депутатов.

Примечательно, что конституционно в некоторых странах вооруженные силы интерпретируются в смысле всего (или основного) силового блока государства. Так, согласно Конституции Эквадора (ч. 1 ст. 183), «Вооруженные силы состоят из армии и На-

циональной полиции. Их цели, организация, подготовка, служба и контроль за ними регулируются законом»¹.

Но даже в обычных, ординарных условиях армия стран осуществляет важнейшие функции, обеспечивающие жизнеспособность страны. Так, по утверждению М. Тэтчер, «один из самых сильных и уважаемых государственных институтов Пакистана – его вооруженные силы. Еще до переворота в 1998 г., армия контролировала крупнейшие гражданские предприятия и даже управляла ими. Именно поэтому население с энтузиазмом восприняло переворот: в армии виделась единственная сила в государстве, способная искоренить коррупцию и восстановить разумное управление»². Следует отметить, что в конституциях целой группы стран эта сторона вооруженных сил получает даже специально-юридическое закрепление. Так, бланкетная статья Конституции Эквадора содержит установление, согласно которому «закон определяет помощь, которую оказывают вооруженные силы, без ущерба осуществлению их специфических функций, в социальном и экономическом развитии страны» (ч. 6 ст. 183); кроме того, «вооруженные силы могут участвовать в экономической деятельности, связанной с национальной обороной» (ст. 190)³.

Таким образом, национальный законодатель (парламент) обязывается сформировать правовую основу для участия военных структур в решении стоящих перед страной в области экономики и в социальной сфере.

Статус вооруженных сил определяется многими факторами, среди которых на передний план выступает их роль в конституционном механизме и политической системе страны. С учетом этого обстоятельства в специальной литературе выделяют несколько моделей вооруженных сил. Так, применительно к большинству стран Азии и Африки принято говорить о двойственной, т. е. собственно военной и гражданской, функции армии. Армия на постколониальном Востоке в этом смысле рассматривается не только как гарант сохранения суверенитета и территориальной целостности, но и как важнейший инструмент обеспечения политической стабильности и субъект форсированной модернизации. При оценке политической роли армии в афро-азиатском мире особо выделяются страны арабского Востока. При этом подчеркивается, что трудно найти арабское государство, вооруженные силы которого были бы индифферентно настроены к участию в

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 1134.

² Тэтчер М. Искусство управления государством / пер. с англ. В. ИONOва. М. : ООО «Альпина Паблишер», 2013. С. 229.

Небезынтересен такой факт. Сильная жара в Великобритании летом 2018 г., вызвавшая целый ряд негативных последствий (возгорание торфяника, пожары и др.), связанная с этим необходимость устранения последствий техногенной катастрофы, обусловила обращение публичных властей Королевства за помощью к вооруженным силам. Армия, таким образом, была привлечена к борьбе со стихией. Подобные факты не являются единичными.

³ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 1134–1135.

политическом процессе, не оказывали бы влияния на политическую жизнь и хотя бы раз не предпринимали попытку захвата власти.

Особенно распространена идея «гражданской миссии» вооруженных сил, что нашло закрепление в конституциях целого ряда арабских и других стран.

В западной историографии можно выделить две основные концепции, посвященные политической роли армии стран Востока – модернизаторская и преторианская. Первая концепция была наиболее популярна в 50-60 годы XX в. и исходила из того, что в условиях слабости буржуазии и почти полного отсутствия гражданского общества армия на Востоке – идеальный модернизатор. Именно военные, получившие западное образование и впитавшие западные политические ценности, могут обеспечить быструю и эффективную модернизацию и вестернизацию восточных обществ, а коррумпированные гражданские режимы неэффективны.

Сторонники теории армии-модернизатора считали, что военные профессионалы будут «держат крышку котла закрытой» и обеспечат рост и модернизацию до тех пор, пока национальная буржуазия не обеспечит себе прочные позиции социального господства. Считается, что теория «военного модернизаторства» была специально разработана западными учеными-социологами под влиянием «холодной войны». К концу 70-х годов XX в. стало очевидно, что концепция армии как «идеального модернизатора» не выдержала проверку временем. Неэффективность и коррумпированность оказались присущи и самим военным режимам. В этих условиях получила развитие *преторианская концепция политической роли армии*, согласно которой современное восточное общество можно охарактеризовать как «преторианское», в котором идет постоянная борьба за власть, преобладают сепаратистские, центробежные тенденции. В этих условиях обеспечить социально-политическую стабильность и условия для последующей модернизации может только приход армии к власти и установление жесткого военно-авторитарного режима. В настоящее время все больше акцент переносится с концепции армии-модернизатора на проблему эффективности правления и стабильности самих режимов.

В то же время, если рассматривать данную проблему с более широких позиций, то очевидно, что именно вооруженные силы выступают инструментом достижения политических целей государства на международной арене (показательны в этом смысле попытки Великобритании силового разрешения конфликта с Аргентиной по поводу Фолклендских островов). Именно этим обстоятельством обусловлено наращивание вооружения, создание наиболее современных средств поражения, характерных, прежде всего, для США. Согласно данным Лондонского института стратегических исследований, вооруженные силы США в настоящее время насчитывают в своем составе около 3300 тыс. военнослужащих (в том числе 2168 тыс. в регулярных вооруженных силах) и до 1100 тыс. гражданских служащих. Между тем конституционными актами такое состояние силовой структуры страны никак не опосредовано.

Возрастание удельного веса силовых структур в системе государственной власти западных государств выражается в том числе в усилении роли военного руководства в деятельности высших органов страны. К примеру, в Великобритании военные руководители – начальник штаба обороны, начальники штабов отдельных видов воору-

женных сил при рассмотрении вопросов военного строительства приглашаются на заседания Кабинета, на заседания Комитета обороны. Тем самым генералитет получает возможность активно влиять на принимаемые решения общегосударственного характера. В политической практике этой страны известно немало фактов, свидетельствующих о самостоятельной и независимой позиции генералитета по отношению к Кабинету и гражданским властям. Очевидно существенное влияние военных на премьер-министра, осуществляемое путем «личных контактов», в том числе предпринимаемых ими в ходе предварительных консультаций главы Кабинета с высшими должностными лицами министерств, не входящими в состав Кабинета; советниками премьер-министра при решении им вопросов руководства вооруженными силами, как правило, выступают представители генералитета. Премьер-министр возглавляет Комитет обороны и заморской политики, ведающий всеми военными вопросами и координирующий деятельность всех министерств по проблемам строительства вооруженных сил. Членами Комитета являются министры обороны, внутренних дел, иностранных дел, финансов. К его работе привлекаются также представители высшего командования и высшие чиновники министерства обороны (постоянный секретарь, главный научный консультант). Премьер-министр осуществляет общее руководство разведывательной службой и службой безопасности. Между тем именно от личного указания премьер-министра зависит применение атомного и водородного оружия¹.

§ 2. Полиция в структуре современного государства: конституционно-правовая характеристика

Точно так же, как наличие вооруженных сил связывают с обеспечением функции обороноспособности страны, возникновение полиции связано с необходимостью осуществления конкретных государственных задач, решение которых объективно предопределено. Наряду с армией и различными спецслужбами полиция является неотъемлемым институтом государственно-организованного общества, составляющим аппарат принуждения, без которого невозможно эффективное функционирование государства.

Возникновение полицейских функций связано с возникновением самого государства. При этом уже на начальных этапах развития го-

¹ См.: Parliamentary Debates (Hansard): House of Commons. L., 1964. Vol. 690. P. 754.

сударственности отсутствие полицейских структур не исключало наличие самих полицейских функций, выполнение которых первоначально возлагалось на армию. В Древнем Риме полицейские полномочия исполняли центурионы дислоцированных в населенном пункте легионов и когорт, жандармерия в средневековой Франции и т. д. Эти же функции возлагались на отдельные категории должностных лиц – древнеримских прокураторов, московских воевод и др., хотя при этом их деятельность усиливалась вооруженными подразделениями. Считается, что появление самостоятельных полицейских структур в привычном для нас понимании приходится на первую половину XIX в. В привычном понимании первоначально полиция появляется в Великобритании (создание в 1829 г. муниципальной полиции в Лондоне, представлявшей профессионально подготовленную, специально оснащенную и финансируемую, с необходимыми полномочиями и властными атрибутами структуру), а затем во Франции, в которой была выработана и реализована доктрина полицейской деятельности.

Полицейская деятельность современного государства имплицитна целям правовой государственности¹. Как следует из Закона Республики Молдова от 27 декабря 2012 г. «О деятельности полиции и статусе полицейского» (вступил в силу 5 марта 2013 г.), полиция является специализированным публичным учреждением государства в подчинении министерства внутренних дел, предназначенным для защиты прав и основных свобод человека посредством деятельности по поддержанию, обеспечению и восстановлению общественного порядка и безопасности, предупреждению, расследованию и раскрытию преступлений и правонарушений. Очевидно, что данное положение национального закона в определенной мере можно считать универсальной характеристикой назначения полиции в конституционном механизме современного государства.

Проявляющаяся во всем мире тенденция унификации полицейских функций указывает на то, что, несмотря на исторические, национальные, государственно-правовые и иные различия, органы полиции различных государств осуществляют сходные функции. Как следует из Конституции Колумбии, «полиция – военизированный

¹ См.: Червонюк В. И. Полицейская функция современного (правового) государства и полицейское право как юридическая форма ее реализации // Актуальные вопросы эволюции полицейского права как характерного типа Российского права : сборник. М., 2015. С. 95–107 ; Его же. Современный контекст конструкции полицейского государства // Вестник Московского университета МВД России. – 2016. – № 4. – С. 147–156.

корпус гражданского назначения, постоянно служащий Нации, первоочередной задачей которого является поддержание условий, необходимых для осуществления гражданами принадлежащих им прав и свобод и обеспечения мирного сосуществования жителей Колумбии»¹ (ст. 218). По определению экспертов ООН, институт, именуемый «полиция», выполняет следующие главные функции: предупреждение преступлений; обнаружение преступлений; расследование преступлений; охрана общественного правопорядка. Может быть, обеспечение безопасности также следовало бы отнести к числу этих функций полиции, реализуемой в соответствии с законодательно определенной компетенцией солидарно с другими силовыми структурами государства. В контексте генеральной конституционной ценности функции полиции могут быть представлены несколько иначе: «полиция защищает жизнь, физическую целостность, здоровье и свободу человека, частную и публичную собственность, другие законные права человека и сообщества». По отношению к этой главной функции полиции (ее предназначению) отмеченные выше направления деятельности (функции) выступают в качестве инструментов ее реализации. Это обстоятельство принципиально важно для понимания действительных (конституционных) целей полиции, понимания ее природы (конституционной сущности), места и роли в современном государстве.

При осуществлении этих функций деятельность полиции осуществляется исключительно на основе и во исполнение закона, в интересах человека, сообщества и в поддержку учреждений государства, для защиты прав, основных свобод и достоинства человека, предусмотренных Всеобщей декларацией прав человека, Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, Европейским кодексом полицейской этики и другими международными документами, на принципах законности, соблюдения прав и основных свобод человека, беспристрастности и недискриминации, постоянного иерархического контроля, персональной ответственности и профессионализма, прозрачности, соблюдения государственной тайны и другой официальной информации ограниченного доступа.

Особый характер деятельности полиции предъявляет особые требования к ее персоналу. Персонал полиции состоит из полицейских, государственных служащих, вольнонаемных работников и персонала технического обслуживания. В пределах установленной законодательством компетенции полицейский наделяется полномочиями на

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 614.

период и в связи с выполнением служебных обязанностей, предусмотренных законом. Полицейский является государственным служащим с особым статусом, т. е. наделяется специальной правосубъектностью. Это значит, что конституционно предоставленные гражданам права и свободы имеют особенности в реализации полицейскими.

Национальные законы возлагают комплекс взаимосвязанных задач, которые так или иначе подчинены реализации следующих направлений ее функционирования: предупреждение преступлений (противоправных деяний); обнаружение и расследование преступлений; охрана общественного правопорядка. В соответствии с Конституцией Парагвая «полиция — система государственных органов, действующая на постоянной профессиональной основе...; задачей Полиции является обеспечение внутренней безопасности Нации. В пределах, установленных настоящей Конституцией и законами, Полиция защищает от преступных посягательств законно установленный публичный порядок, права и собственность физических и юридических лиц и обеспечивает их безопасность; предотвращает преступления; выполняет поручения компетентных властей и под руководством судебных органов осуществляет расследование преступлений. Закон регламентирует организацию и полномочия Полиции» (ст. 176)¹. Конституция Колумбии предусматривает, что «Полиция — военизированный корпус гражданского назначения, постоянно служащий Нации, первоочередной задачей которого является поддержание условий, необходимых для осуществления гражданами принадлежащих им прав и свобод и обеспечения мирного сосуществования жителей Колумбии» (ст. 218)².

Для предупреждения преступлений и правонарушений полиция собирает сведения с целью выявления и предупреждения преступлений и иных противоправных деяний, а также борьбы с ними; разрабатывает и осуществляет меры по предупреждению преступлений и правонарушений, отнесенные законом к компетенции полиции; ведет собственные профилактические, криминалистические и оперативные учеты в целях обеспечения своей деятельности; обеспечивает незамедлительное реагирование на заявления о преступлениях и правонарушениях, доводит до сведения соответствующих органов публичного управления о ставших известными ей событиях, создающих угрозу личной, общественной и государственной безопасности и требующих

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 736–737.

² Там же. С. 614.

их немедленного реагирования; выявляет причины и условия, порождающие преступления и правонарушения или способствующие их совершению, внося в пределах своей компетенции согласно национальному законодательству представления в компетентный орган о необходимости принятия ими мер по устранению таких причин и условий.

Кроме того, полиция в соответствии с установленным законодательством правовым режимом осуществляет контроль: за порядком владения, ношения и использования оружия и боеприпасов гражданского назначения, за деятельностью предприятий, частных лиц, обладающих лицензией на ремонт оружия, и функционированием стрелковых тиров, а также за проведением технического осмотра и экспериментальной стрельбы из оружия независимо от формы собственности и назначения. На полицию возлагается контроль за соблюдением уполномоченными учреждениями законных норм оборота наркотических, токсических и радиоактивных веществ, а также других предметов и веществ, требующих разрешения и представляющих высокую степень общественной опасности, а также которые могут быть использованы для совершения противоправных деяний.

В законодательно определенной сфере расследования преступлений и производства уголовного преследования полиция проводит специальные розыскные мероприятия в соответствии с законом; осуществляет согласно компетенции действия по установлению преступлений и уголовное преследование в связи с этим; исполняет письменные поручения и указания прокурора, а также судебные решения; констатирует правонарушения и применяет наказания за них согласно закону; осуществляет розыск лиц, скрывающихся от уголовного преследования и суда, пропавших лиц, а также предметов, которые служили орудием преступления, хранят на себе следы преступного деяния или могут быть объектом такого деяния.

Полиция проводит задержание лиц в соответствии с установленными законодательством условиями, а также обеспечивает меры защиты свидетелей и других участников уголовного процесса в соответствии с законодательством.

В области поддержания, обеспечения и восстановления общественного порядка и безопасности, защиты прав и законных интересов человека и сообщества полиция: во-первых, реализует комплекс мер по поддержанию общественного порядка и безопасности, обеспечению безопасности людей, установлению и пресечению деяний, посягающих на жизнь, свободу, здоровье и целостность человека, на частную или публичную собственность, а также на другие законные интересы сообщества; во-вторых, принимает меры, направленные на обеспечение общественного порядка при проведении собраний, культурно-спортивных и других подобных мероприятий, а также по восстановлению общественного порядка в случаях, предусмотренных действующим законодательством; в-третьих, осуществляет надзор и контролирует движение на автомобильных дорогах общего пользования, за исключением случаев, предусмотренных законом, сотрудничает с другими органами публичной власти, учреждениями, общественными объединениями, неправительственными организациями с целью совершенствования организации и систематизации движения, обеспечения надлежащего технического состояния автотранспортных средств, поддержания инфраструктуры дорог, совершенствования подготовки водителей автотранспортных средств и принятия мер по воспитанию участников дорожного движения, соблюдения органами публичной власти, физическими и юридическими

лицами правовых норм в области безопасности дорожного движения; в-четвертых, обеспечивает в соответствии с законом общественный порядок и охрану зон, в которых произошли или существует неминуемая угроза возникновения пожаров, взрывов или других чрезвычайных обстоятельств, представляющих опасность для жизни, физической целостности людей или их имущества; в-пятых, участвует в ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций природного, техногенного или экологического характера в населенных пунктах и на охраняемых объектах; в-шестых, обеспечивает охрану при перевозке оружия, боеприпасов, взрывчатых материалов, наркотических, психотропных, токсичных или радиоактивных веществ либо других опасных материалов или веществ в соответствии с установленными законом условиями.

Кроме того, полиция осуществляет мероприятия по розыску лиц, уклоняющихся от исполнения наказаний или от выполнения судебных решений; обеспечивает охрану и функционирование в соответствии с законом мест содержания задержанных в подразделениях полиции; обеспечивает содержание задержанных лиц в изоляторах временного содержания, а также их конвоирование; в соответствии с законодательством оказывает содействие в доставлении в соответствующие органы или публичные учреждения по их требованию лиц, уклоняющихся от явки по вызову; осуществляет контроль за поведением лиц, находящихся под домашним арестом, временно освобожденных под судебный контроль или под залог; обеспечивает защиту жертв насилия в семье и осуществляет надзор за исполнением примененных мер защиты в соответствии с законодательством.

В соответствии с иммиграционным законодательством полиция проверяет соблюдение правил пребывания на территории государства иностранных граждан и лиц без гражданства, принимает решения о возвращении иностранцев, отмене и аннулировании права на пребывание, объявлении иностранца нежелательным лицом, о сокращении срока пребывания иностранцев, применяет и снимает запреты въезда на территорию государства и выезда из него. В этой же связи полиция осуществляет задержание и содержание в специально отведенных для этого помещениях иностранцев, которые незаконно проникли, незаконно пребывают на территории государства и подлежат выдворению из нее; выполняет обязательства, вытекающие из соглашений о реадмиссии, заключенных между правительством данного государства и правительствами других государств.

Для реализации этих многообразных задач и в целях эффективного исполнения своих обязанностей полиция в порядке и пределах, предусмотренных национальными законами, имеет право собирать, обрабатывать и хранить информацию о лицах, совершивших противоправные или наносящие вред деяния, создавать и использовать собственные базы данных, использовать базы данных других органов в соответствии с законодательством о защите персональных данных. При этом полиция обеспечивает защиту информации, в том числе персональных данных, от уничтожения, потери, несанкционированного доступа к ним.

В современных условиях на полицию возлагается осуществление задач по оказанию помощи населению и органам местного публично-

го управления. В этой связи полиция, как это определено национальными законами, оказывает содействие органам местного публичного управления в осуществлении ими своей деятельности; участвует в работе советов и создаваемых при органах местного публичного управления комиссий по вопросам правопорядка, защиты прав и свобод человека; обеспечивает своевременное оповещение населения о мерах безопасности, соблюдение которых необходимо для предупреждения виктимности, для личной защиты и защиты материального имущества; оказывает при необходимости первую помощь лицам, находящимся в беспомощном физическом или психическом состоянии, а также лицам, пострадавшим от преступлений или правонарушений, различного рода чрезвычайных ситуаций и других происшествий; привлекается в соответствии с законодательством к действиям по спасению и эвакуации людей и имущества при авариях, катастрофах, пожарах, стихийных бедствиях.

Кроме того, территориальные подразделения полиции информируют периодически или по требованию органы местного публичного управления о состоянии преступности, о мерах по предупреждению и раскрытию преступлений и правонарушений, по поддержанию общественного порядка и безопасности и обращаются за поддержкой к данным органам в отношении мер по предупреждению и борьбе с преступностью и поддержанию общественного порядка и безопасности в соответствующей административно-территориальной единице.

Многообразие выполняемых полицией задач характеризует полифункциональность ее организационного строения. Так, согласно Конституции Бразилии полицейские функции осуществляют пять ведомств: федеральная полиция (департамент федеральной полиции), федеральная дорожная полиция, федеральная железнодорожная полиция, военизированная и противопожарная служба (бригада) штатов, гражданская полиция. Первые три структуры подчинены министерству юстиции и являются общегосударственными (федеральными) полицейскими службами; последние две подчинены правительствам штатов. По действующей Конституции федеральная полиция (департамент федеральной полиции) определяется как «постоянный административный орган федеральной исполнительной власти»; ее возглавляет генеральный директор; в оперативном подчинении находятся 27 региональных подразделений федеральной полиции, 12 сторожевых застав, 2 морские базы и 2 базы на внутренних водных путях.

Степень централизации органов управления полицией и обусловленное этим организационное построение ее органов, распределение

функций и полномочий между различными уровнями управления этими органами обуславливает подразделение всех существующих в современных зарубежных странах полицейских систем на централизованные, полуцентрализованные и децентрализованные.

§ 3. Силовые структуры государства и форма правления: прямые и обратные связи

В новейшее время на связь верховной власти и силовых структур государства указывает то обстоятельство, что вооруженные силы, равным образом и полиция, выступают объектом конституционного регулирования. Соответственно в конституциях зарубежных стран:

1) определяется состав вооруженных сил, их назначение и роль в обеспечении функции обороноспособности страны.

Согласно Конституции Демократической Республики Конго (ст. 187), «Вооруженные силы состоят из сухопутных, военно-воздушных, морских сил и их служб поддержки» (ч. 1 ст. 8 Конституции Испании); Конституция Эквадора (ч. 1 ст. 183) устанавливает, что «Вооруженные силы состоят из армии и Национальной полиции»¹; в соответствии с Политической Конституцией Боливии «Вооруженные силы Нации включают в себя президентские войска, сухопутные войска, воздушные войска и морские войска, чье использование устанавливается законодательной властью по предложению исполнительной власти» (ст. 207)². По конституции Колумбии «Силы обеспечения безопасности и охраны порядка состоят исключительно из Вооруженных сил и Полиции» (ст. 215)³;

2) закрепляются основные цели и задачи вооруженных сил и полиции, статусные особенности этих частей государственного механизма, базовые принципы организации и деятельности.

По Конституции Боливии «основной обязанностью Вооруженных сил является защита и охрана национальной независимости, безопасности и стабильности Республики, национального достоинства и суверенитета; обеспечение господства Политической Конституции, гарантии стабильности законного избранного Правительства и содействие всеобщему развитию страны» (ст. 208). А согласно ст. 215 «Национальная полиция как политическая сила имеет специальные полномочия по защите общества, поддержанию общественного порядка и контролю за соблюдением законом на всей территории страны. Национальная полиция осуществляет политические функции на основе единоначалия и в соответствии с законом о национальной полиции и другими законами Республики»⁴. Конституция Венесуэлы устанавливает, что «Национальные Вооруженные силы представляют собой важнейший профессиональный, неполитический институт, организованный государством для гарантий независимости и суверенитета нации и обеспечения целостности географического пространства путем военной защиты, сотрудничества в поддержании внутреннего порядка и активного участия в национальном развитии в соответствии с настоящей Конституцией и законом» (ч. 1 ст. 328). При этом конституционно подчеркнуто, что «при осуществлении своих функций национальные Вооруженные силы находятся на службе у нации и ни в коем случае у какой-либо личности или политической партии.

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 1134.

² Там же. С. 107.

³ Там же. С. 614.

⁴ Там же. С. 108.

Их фундаментальные основы составляют дисциплина, подчиненность и субординация» (ч. 2 ст. 328);

3) устанавливается конституционный статус главнокомандующего вооруженных сил, его полномочия, полномочия иных структур в сфере военного управления. В частности, вышеупомянутая Конституция Боливии содержит положение о том, что «Высший совет национальной обороны, состав которого, структуры и полномочия определяются законом, возглавляется генерал-капитаном Вооруженных сил» (ст. 212)¹;

4) закрепляются функции вооруженных сил в ликвидации техногенных катастроф;

5) применительно к странам с развитой демократией (а в новейших условиях – в развивающихся странах Азии и Африки) формулируется (признается) принцип деполитизации вооруженных сил.

По Конституции Колумбии «силы обеспечения безопасности и охраны порядка состоят исключительно из Вооруженных сил и Полиции» (ст. 216); для целей обороны Нация располагает Вооруженными силами в составе сухопутных, военно-морских и военно-воздушных сил. При этом конституционно определено, что «первоочередной задачей Вооруженных сил является защита суверенитета, независимости, территориальной целостности и конституционного правопорядка. Закон определяет порядок комплектования Вооруженных сил и продвижения по службе, права и обязанности военнослужащих и порядок несения военной службы, денежное довольствие и воинскую дисциплину» (ст. 217). Конституция устанавливает, что «военнослужащие, находящиеся на действительной военной службе, не могут принимать участие в голосовании и деятельности политических партий или движений, в том числе в устраиваемых ими дебатах» (ст. 219)².

В данном вопросе отмечается страноведческое своеобразие. Согласно Основному закону о вооруженных силах от 31 марта 1976 г. Армия обороны Израиля является армией Государства (ст. 1); Армия подчиняется Правительству (ст. 2.а); высшая командная должность в Армии – глава Генерального штаба (ст. 3.а); Глава Генерального штаба находится под юрисдикцией Правительства и подчиняется непосредственно министру обороны. Назначается Правительством по представлению министра обороны (ст. 3. В)³.

Точно так же национальные конституции содержат специальные установления, касающиеся статуса полиции.

Так, Конституция Намибии включает ряд статей, относящихся к статусу полиции: ст. 115 «Полицейские силы», обязывающая «Парламент Намибии соответствующим законом установить полицейские силы с определением их полномочий, обязанностей и процедурных правил, необходимых для обеспечения внутренней безопасности Намибии и поддержания мира и правопорядка»; ст. 116, учреждающая должность Генерального инспектора полиции, порядок назначения на эту должность, роль Генерального инспектора в системе полиции; ст. 117 «Отстранение Генерального инспектора от должности».

¹ Конституции государств Америки : в 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 107.

² Там же. С. 614.

³ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 1. Средняя Азия. С. 119.

Согласно положениям данной статьи «Генеральный Инспектор полиции может быть отстранен от своей должности решением Президента на достаточном на то основании, в интересах общественного порядка и безопасности, и согласно с положениями соответствующего закона, который определяет эту процедуру». Статьи 182–186 Конституции Демократической Республики Конго достаточно подробно для национального основного закона закрепляют ключевые характеристики статуса полиции. В частности, ст. 182 определяет главную обязанность (цели) Национальной полиции – «обеспечение общественной и личной безопасности, безопасности имущества лиц, поддержание и установление общественного порядка, а также осуществление личной охраны высокопоставленных государственных деятелей». Согласно ст. 183 «Национальная полиция – аполитична». Здесь же содержится запрет, прежде всего, адресованный публичным властям, «злоупотреблять ее возможностями в своих собственных целях». Статья 184 устанавливает принцип двойного подчинения полиции (хорошо известного Советскому государству): «Национальная полиция подчиняется местному гражданскому органу власти и находится под ответственностью министерства...». Примечательна статья 186, в соответствии с которой «Органический закон определяет формирование и деятельность Национальной полиции». Таким образом, конституционно подтверждается высокий статус полиции в структуре государства.

Практически во всех национальных конституциях закрепляются положения, определяющие статус главнокомандующего вооруженными силами, его полномочия. Например, в соответствии со ст. 33.G Конституции Бахрейна Король является Верховным командующим Сил обороны. Он командует ими и определяет задачи внутри страны и за ее пределами. Силы обороны напрямую связаны с Королем и поддерживают необходимый уровень секретности в их делах. Король назначает и освобождает от должности государственных гражданских служащих, военных (ст. 40)¹. По Конституции Иордании Король является Верховным главнокомандующим наземными, морскими и воздушными Вооруженными силами (ст. 32)²; согласно ст. 127 задача армии состоит в обороне и обеспечении безопасности и целостности Королевства³.

Иногда конституционные формулы о функциях вооруженных сил и полиции сами по себе особо выделяют роль этих структур в жизни страны. Так, согласно вводной статье Конституции Исламской Республики Иран, «на Армию Исламской Республики Иран и Корпус стражей Исламской революции ложится ответственность не только за безопасность страны, но и за выполнение исламской миссии – джихада во имя Бога, а также за распространение закона Божьего по всему миру». Часть 2 Конституции определена как «Армия и Корпус стражей исламской революции». Согласно ч. 2 ст. 143 Конституции Исламской Республики Иран Армия призвана охранять независимость и территориальная целостность и исламский республиканский строй

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. .Т. 1. Средняя Азия. С. 32.

² Там же. С. 160.

³ Там же. С. 180.

страны¹. Корпус стражей Исламской революции продолжает выполнять свою миссию по охране революции и ее достижений (ст. 150).

Основываясь на собственном опыте и опыте сопредельных государств, некоторые государства Арабского Востока закрепляют в своих конституциях нормы, императивно предписывающие взаимоотношения силовых структур государства и общества. Так, по Конституции Ирака (ст. 9.1.A) иракские Вооруженные силы и органы безопасности находятся под контролем гражданских властей. Вооруженные силы защищают Ирак и не могут использоваться в качестве средства подавления иракского народа и вмешиваться в политическую жизнь, влияя на процесс передачи властных полномочий. Иракским Вооруженным силам и персоналу запрещено участвовать в выборах в качестве кандидатов для занятия политических постов (ст. 9.1.B–D)².

О роли армии и полиции в конституционном механизме свидетельствует и то обстоятельство, что положения об этих структурах государства композиционно обособлены в национальных конституциях: в Конституции Катара – раздел 3 «Военные вопросы»³; в Конституции Объединенных Арабских Эмиратов – часть девятая «Вооруженные силы и Силы по поддержанию безопасности»⁴; в Конституции Шри-Ланки – глава XVIIIА «Национальная полицейская комиссия»⁵; в Конституции Бангладеш – глава 4 «Войска обороны»⁶; в Конституции Непала – часть 20 «Положения, касающиеся армии»⁷; в Конституции Мьянмы – глава VII «Силы обороны»⁸; в Конституции Намибии – раздел 15 «Полиция, силы обороны и тюремная служба»; в Конституции Демократической Республики Конго – часть 6 «О Национальной полиции и Вооруженных силах» и т. д.

Конституционно закрепляются установления, направленные на обеспечение деполитизации персонала вооруженных сил и полиции и/или устанавливаются определенные ограничения (пределы реализации) политических прав и свобод.

Так, согласно п. б ст. 243 Конституции Мальдив члены служб безопасности не должны в какой-либо форме заниматься политической деятельностью и не должны всту-

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 1. Средняя Азия. С. 239.

² Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 194.

³ Там же. С. 379.

⁴ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 1. Средняя Азия 452–454.

⁵ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 974.

⁶ Там же. С. 978.

⁷ Там же. С. 594.

⁸ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 639.

пать в профессиональные объединения или политические партии¹; по Конституции Демократической Республики Конго Вооруженные силы страны «аполитичны и подчиняются гражданским органам власти» (ст. 187); Конституция Перу содержит безусловный запрет относительно того, что «служащие Вооруженных сил и Полиции, находящиеся на действительной военной службе, не могут избирать и быть избранными»². Несколько иной подход к проблеме представлен в Конституции Венесуэлы: «Военнослужащие национальных Вооруженных Сил, находясь в должности, имеют право голоса в соответствии с законом, но им не разрешено занимать выборную должность или участвовать в агитационной политической деятельности, или проявлять политическую активность и приверженность к какой-либо партии» (ст. 330)³.

Ответ на вопрос о том, насколько сильно влияние армии и полиции на организацию верховной государственной власти может по-разному строиться применительно к различным странам. Политическая практика целого ряда государств свидетельствует о том, что в кризисных условиях их роль существенно возрастает. Лояльность армии и полиции к властвующим нередко имеет решающее значение для разрешения такого кризиса. Так, несмотря на сильное противодействие оппозиционных сил правительству Сирии активные действия армии и полиции способствуют удержанию ситуации под контролем. Иная позиция этих структур совершенно по-иному влияет на ситуацию в стране. При этом не меняет дела то обстоятельство, что формально-юридически главнокомандующим вооруженными силами страны является глава государства – президент или король. Именно так определен Конституцией Королевства Таиланд от 2007 г. статус Короля (ст. 10)⁴; точно такая же формулировка содержалась и в прежней Конституции страны⁵.

¹ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 246.

² Конституции государств Америки. В 3 т. Т. 3. Южная Америка. С. 816.

³ Там же. С. 398.

⁴ Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. С. 791.

⁵ Между тем в ночь на 20 сентября 2006 г. после многомесячного политического кризиса был совершен государственный переворот, в Бангкок были введены танки. Представители военной хунты захватили расположенное в столице королевства здание правительства и объявили, что Конституция упразднена, правительство низложено, а парламент распущен. Под давлением путчистов король был вынужден обнародовать в эфире временную Конституцию.

§ 4. Парламентский контроль за вооруженными силами и полицией в зарубежных государствах

Концентрация силового потенциала государства, прежде всего в вооруженных силах, а равно особенности ежедневной деятельности полиции, вторгающейся в силу своих обязанностей в сферу прав и свобод граждан и организаций, обуславливают необходимость установления дополнительного контроля за деятельностью этих силовых структур со стороны государственных институтов, включая президентский, парламентский, судебный и ведомственный контроль. Одновременно предусмотрен общественный (гражданский) контроль, указывающий на то, что как армия, так и полиция не стоят над обществом, а служат ему, ориентируясь на сотрудничество с институтами гражданского сообщества и гражданами в процессе обеспечения защиты суверенитета государства, охраны прав и свобод граждан, противодействия преступности, обеспечения конституционных порядков в стране. Возможность парламентского контроля за деятельностью вооруженных сил и полиции предопределена местом и ролью парламента в механизме разделения властей, его исключительным правом (прерогативой) осуществлять посредством установленных основным законом страны форм и механизмов контроль за исполнительной ветвью власти, включая контроль за правительством (высшим органом исполнительной власти), центральными органами исполнительной власти и их должностными лицами.

Конституционное значение парламентского контроля за деятельностью вооруженных сил и полиции состоит в том, что такой контроль позволяет обществу воздействовать на эти силовые структуры с целью обеспечить их функционирование в точном соответствии с их действительным предназначением¹.

В самом общем виде основным предметом контроля законодательных органов государственной власти в сфере деятельности полиции выступают: полнота и эффективность выполнения армией и полицией возложенных на них задач; соответствие функционирование армии и полиции принципам, установленным законом; рациональное распределение и использование людских, финансовых и материальных ресурсов армии и полиции; подбор и расстановка кадров в армии и полиции, состояние их профессиональной подготовки; выполнение

¹ Червонюк В. И. Парламентский контроль над полицией в Российской Федерации и зарубежных странах // Актуальные проблемы развития конституционализма : материалы научно-практического семинара. М., 2016. С. 196–213.

армией и полицией конкретных решений, принятых в пределах своей компетенции органами государственной власти.

Конституционные формы парламентского контроля за деятельностью вооруженных сил и полиции обусловлены характером функций и содержанием деятельности парламента. Соответственно к основным формам парламентского контроля следует отнести контроль в рамках исполнения федерального бюджета, отдельные статьи которого предусматривают выделение финансовых средств на содержание армии и полиции, обоснованность и рациональность расходования бюджетных средств, работа по их экономии. При этом работа над бюджетом силовых структур осуществляется парламентом при участии и постоянном содействии представителей всех заинтересованных властных структур и общественных организаций. Так, в работе французского парламента со стороны министерства внутренних дел участвует директор национальной полиции страны, от министерства обороны – генеральный директор и начальник штаба Национальной жандармерии, а также привлекается большое число представителей профсоюзных организаций: профсоюз комиссаров и высшего чиновничества национальной полиции; профсоюз городской полиции; союз офицеров полиции.

Еще одним направлением парламентского контроля за деятельностью вооруженных сил и полиции является контроль за исполнением законодательства, регулирующего ее деятельность. Как показывает опыт зарубежных стран, ведущая роль в данной сфере принадлежит специальным структурным элементам парламентов – постоянно действующим комитетам и комиссиям (Специальный комитет по внутренним делам Палаты общин Великобритании¹, Комитет по внутренним делам Бундестага ФРГ, Комиссия конституционных законов, законодательства и общего управления Республикой Национального Собрания Франции и др.) и комиссиям, призванным осуществлять постоянный и комплексный контроль над вооруженными силами и

¹ Так, в структуре ее законодательного органа (Палаты общин) действует специальный комитет Палаты общин по внутренним делам (Home Affairs Select Committee) предметом изучения которого является деятельность полицейских органов. Законодательная деятельность комитета выражается в его участии в предварительной проработке правительственных законопроектов (до внесения в Парламент), затрагивающих какие-либо аспекты деятельности полиции. Поскольку в соответствии с британской парламентской традицией структура комитета должна пропорционально отражать партийную структуру парламента, то данный Комитет состоит из депутатов (11 парламентариев) Палаты общин, представляющих Лейбористскую, Консервативную и Либерально-демократическую партии.

полицией, а также при необходимости проводить специальные расследования в случаях совершения преступлений, имеющих повышенный общественный резонанс и при систематическом осложнении криминогенной ситуации в конкретных регионах. Так, в Национальном Собрании Франции (ст. 36 Регламента) вопросами деятельности правоохранительных структур занимается Комиссия конституционных законов, законодательства и общего управления Республикой, компетенция которой охватывает контроль за исполнением конституционных, органических и избирательных законов, судебной деятельностью, соблюдение гражданского, административного и уголовного законодательства, рассмотрением заявлений и жалоб петиции, а также общим управлением регионами. В Испании активную роль в развитии законодательства о полиции играют комиссии Генеральных Кортесов по внутренним делам, находящиеся в Конгрессе депутатов и Сенате. Важной характеристикой этих комиссий можно считать право законодательной инициативы. Кроме того, помимо парламентских комитетов и комиссий, важная роль в существующей системе контроля над полицией принадлежит уполномоченным по правам человека – парламентским омбудсменам, главная задача которых заключается в рассмотрении недостатков в работе государственных органов, в том числе полиции, по персональным обращениям граждан, а также подготовка предложений по устранению недостатков в работе соответствующих инстанций. Формой парламентского контроля в данной сфере являются парламентские расследования, интерpellации и др., выработка на этой основе мер оптимизации функционирования силовых структур государства.

Наряду с парламентским контролем, важен *гражданский контроль* как над вооруженными силами, так и полицией. В Финляндии вошло в практику создание так называемых консультативных комитетов по полицейским делам, действующих совместно с министерством внутренних дел при каждом полицейском управлении. Комитеты занимаются вопросами, связанными с поддержанием общественного порядка и безопасности, а также управления полицейскими формированиями. Местные власти назначают председателя, вице-председателя и членов комитета из представителей гражданских органов полиции 1 раз в 3 года. Консультативные комитеты проводят по запросам мониторинг состояния общественного порядка и безопасности, а также результатов работы полиции в этой сфере, выступают с предложениями по улучшению охраны правопорядка и представляют на рассмотрение властей заявления, касающиеся полиции.

В городах муниципальные советы на весь срок их полномочий избирают членов местных консультативных комитетов по делам полиции.

Наличие конституционно установленного постоянного парламентского и гражданского контроля также свидетельствует о значительной роли армии и полиции в структуре государства. В специальной литературе, в частности, подчеркивается, что важной характеристикой израильской модели государственного устройства является гражданский контроль над армией и другими силовыми структурами. Именно контроль правительства и парламента за деятельностью силовых структур предотвратил опасность формирования в Израиле военного режима (несмотря на то, что проблемы обеспечения безопасности постоянно находились и находятся в центре внимания общества, отодвигая на второй план важные социальные вопросы)¹.

¹ См.: Восток и политика: политические системы, политические культуры, политические процессы : Научно-методический комплекс / под ред. А. Д. Воскресенского. М. : Аспект Пресс, 2011. С. 114.

Глава 19. ТЕРРИТОРИАЛЬНОЕ УСТРОЙСТВО И ПУБЛИЧНАЯ ВЛАСТЬ НА МЕСТАХ

§ 1. Административно-территориальное устройство и публичная власть на местах

Публичная власть всегда имеет территориальные пределы. Это ее, можно сказать, имплицитное свойство. Разделение власти «по вертикали» указывает на то, что на местах публичная власть «привязана» к административно-территориальному делению. Так, в ФРГ в соответствии с земельными конституциями земли делятся на округа, округа – на районы, а последние – на общины. Районы и общины имеют свои выборные органы местного самоуправления – соответствующие советы. В небольших общинах вместо представительного органа созывается собрание.

В Японии территориальное деление включает префектуры, которые различаются по численности населения от полумиллиона до 12 млн. (все они имеют особый статус). Префектуры включают города (населенные пункты с численностью населения свыше 50 тыс. жителей), поселки и деревни. Органами местного самоуправления в префектурах, городах, поселках и деревнях являются избираемые населением собрания.

В США штаты подразделяются на графства, которые разделены на тауны и тауншипы, а города нередко – на районы; в свою очередь тауны подразделяются на общины. Во всех этих образованиях действует англо-американская муниципальная система, т. е. нет чиновников, представляющих государственную власть на местах.

В Латинской Америке основой территориального деления является свободная муниципия, управляемая муниципалитетом, понимаемая как городской муниципалитет. В Италии области делятся на провинции, которые включают городские и сельские коммуны. Во всех есть выборные советы.

Ранее (глава 7) уже обращалось внимание на то, что во многих зарубежных странах в структуре административно-территориального устройства образуются так называемые *специальные округа* – специализированные территориальные подразделения, созданные для управления отдельными вопросами. Это *судебные, школьные, полицейские, больничные округа, округа по водоснабжению, противопожарной службе* и др. (во Франции они именуются территориальными коллективами). Наряду с органами местного самоуправления общей компетенции, все более широкое распространение получают созда-

ваемые в таких округах специализированные институты местного управления и самоуправления. При этом границы специальных округов не совпадают с границами территориальных образований; они включают территории нескольких административно-территориальных единиц, в рамках которых функционируют местные органы управления и самоуправления общей компетенции. Данное обстоятельство указывает на определенные преимущества организации власти в данных округах для достижения конкретных целей: прежде всего, это возможность вывести органы управления специальными округами из-под влияния публичной власти на местах. Охват специальными округами больших территорий и населения позволяет значительно эффективнее использовать накопленные средства для решения конкретных задач жизнеобеспечения территории (например, создание системы противопожарной безопасности на территориях распространения лесных массивов). Управление в специальных округах осуществляется как в форме самоуправления через выборные комитеты, так и на основе управления посредством чиновников, назначенных учредившими данный округ органами власти.

§ 2. Понятие местного самоуправления и управления

Органы местного самоуправления и управления на местах – это органы, которые осуществляют публичную власть. Имея общие цели и задачи, они имеют разную природу.

Органы местного самоуправления по конституциям ряда стран не входят в систему органов государственной власти, но, вместе с тем, они обладают чертами публично-правовой корпорации. Публично-правовая природа местного самоуправления обусловлена тем, что, во-первых, местное самоуправление тесно связано с государственными делами, является, можно сказать, их продолжением на соответствующей территории. Из публично необходимого характера деятельности местного самоуправления (осуществления его органами переданных государством полномочий) следует принцип обязательности решений местного самоуправления для населения соответствующей территории, а также действующих на ней органов, объединений и должностных лиц. Муниципальные правовые акты – структурный элемент национального права и за ними всегда стоит сила государства.

Во-вторых, в целом ряде стран главы администрации местного самоуправления (мэры городов, начальники районов (муниципий) в Латинской Америке, префекты областей (муниципий) в унитарном государстве избираются непосредственно гражданами (Бразилия) или

советах (мэры во Франции), но в то же время утверждаются государством, ответственны и перед ним как представители государственной власти. В этом случае они действуют как органы местного самоуправления и как должностные лица, уполномоченные государством и имеющие определенные государственно-властные полномочия;

Наконец, в-третьих, местное самоуправление находится в финансовой и иной зависимости от центра. Во всех развитых странах бюджет муниципальных образований состоит из местных сборов, налогов, доходов и преобладающей части – дотаций из государственного бюджета.

Местное управление – это осуществляемая центральной властью или администрацией вышестоящего административно-территориального уровня деятельность на местах. В отличие от местного самоуправления, местное управление может осуществляться двумя видами различных органов в двух формах: как государственное муниципальное управление и как муниципальное или региональное местное управление.

Государственное муниципальное управление – это осуществляемая на местах деятельность органами и должностными лицами, назначенными государственной властью: префекты департаментов и регионов во Франции (в регионах эту должность в 1982–1988 гг. занимали комиссары Республики); управители областей в Болгарии; воеводы в Польше; губернаторы в Таиланде, Саудовской Аравии; начальники районов в Индонезии. Все они осуществляют на местах полномочия государства.

При этом государственное управление на местах в разных странах охватывает один или более уровней. Так, во Франции *на уровне региона* такая власть представлена в лице *префекта Республики*, который назначается правительственным декретом и представляет правительство страны во взаимоотношениях с местным населением. Сфера его компетенции обширна – это вопросы финансов, безопасности, общественного порядка, образования, культуры, туризма, социальной помощи, экономического развития и др. *На уровне департамента* (административно-территориальной единицы более низкого уровня) правительство представлено в лице *префекта*, наделенного теми же полномочиями на своем уровне что и префект Республики. Еще на более низком уровне территориального устройства – в *округе* (территориальной единице между департаментом и коммуной) центральную власть (правительство) представляет супрефект (в буквальном смысле – подпрефект). В Италии центральная власть представлена прави-

тельственными комиссарами и префектами соответственно на уровне каждой из 15 областей и на более низком уровне – в провинциях. Только на областном уровне (наиболее крупной административно-территориальной единице) центральную власть представляют: в Греции – префекты; в Испании, Японии – губернаторы; в Польше – воеводы и т. д.

Иногда, наряду с ними, есть избранные гражданами советы, которые осуществляют полномочия регионального местного самоуправления (тем более широкие, чем выше ступень административно-территориальных единиц). Иногда при таких должностных лицах создается совещательный орган (совет). В отдельных случаях такие должностные лица управляют единолично, создавая из подчиненных чиновников дирекцию.

Муниципальное и региональное управление подчинено избранному гражданами совету либо совету и центральной власти. На низовом уровне (в общинах) это мэр с подчиненными ему муниципальными службами, ведающими местными делами. На более высоком уровне административно-территориальных единиц могут создаваться коллегиальные органы управления, избираемые советами этих административно-территориальных единиц (исполнительные советы – во Франции, джунты в – Италии). В этом случае избранный председатель возглавляет региональное местное управление, имеющее свой штат чиновников.

Особенность рассматриваемой модели управления на местах заключается и в том, что избираемым выборным должностным лицам (мэрам – во Франции и в Италии, губернаторам и мэрам – в Японии, бургомистрам и ландратам – в ФРГ) делегируется осуществление определенных государственных полномочий на местах. В силу этого они приобретают двойственный статус и одновременно ответственны и перед избравшим их населением, и перед центральной властью. Примечательно, что такая модель управления на местах в современных условиях получает распространение во многих зарубежных странах.

Нетипичные формы государственного управления на местах. В некоторых странах конституционно предусмотрены формы осуществления государственного управления, которые не охватываются отмеченными выше. Так, согласно Конституции Казахстана осуществление местного государственного управления является обязанностью как местных органов государственной администрации, так и маслихатов – выборных представительных органов и местных исполнительных органов. При этом согласно ст. 86 Конституции местные

исполнительные органы входят в единую систему исполнительных органов Республики Казахстан и обеспечивают проведение государственной политики исполнительной власти в сочетании с интересами и потребностями развития соответствующей территории.

Конституционно-правовые основы организации публичной власти на местах. Институт публичного управления и самоуправления на местах представляет собой комплекс разнородных норм, часть из которых получает отражение в национальных основных законах.

Юридические формы и способы оформления данного института в конституциях зарубежных стран различны. Неодинаков и объем конституционного материала. В частности, Основной закон ФРГ содержит лишь фрагментарные положения, касающиеся организации власти на местах. Однако конституции и законодательство земель детально урегулировали вопросы, относящиеся к данной проблеме. Точно так же организация публичной власти на местах, не являясь объектом урегулирования в Конституции Японии, подробно регламентирована в Законе о местной автономии. Напротив, множество конституций зарубежных стран содержат специальную главу (раздел), посвященную вопросам организации публичной власти на местах. Конкретизация конституционных установлений в таких главах (разделах) находит отражение в специальных законах – обычных или органических. Так, в Конституции Казахстана 1995 г. местное государственное управление и самоуправление урегулировано в разделе VIII и в Законе от 9 декабря 1993 г. «Об административно-территориальном устройстве Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями, внесенными имеющим силу закона Указом Президента Республики от 2 марта 1995 г.).

§ 3. Типы (модели, системы) местного самоуправления

В конституционно-правовом смысле тип местного самоуправления представляет собой обусловленную особенностями политической системы страны, историческими условиями развития ее государственности и институционализированную организацию местного самоуправления, отличающуюся спецификой взаимоотношений с центральными и местными (региональными) органами государственной власти, формами участия местных сообществ в осуществлении власти. Применительно к типам правовых систем принято различать следующие основные модели (системы) местного самоуправления, сложившиеся в XIX в. и функционирующие в современных условиях.

Модель, действующая в странах общего права (или англо-американская модель), характеризующаяся тем, что публичную власть на местах самостоятельно, без влияния представителей центрального правительства, в пределах своих полномочий осуществляют избираемые населением муниципалитеты. Это значит, что на местах нет чиновников, представляющих государственную власть, во всех административно-территориальных образованиях действуют только органы местного самоуправления. К примеру, в США это собрания жителей общин, мелких таунов и тауншипов; избираемые прямыми выборами советы; главы исполнительной власти, исполнительные комитеты, некоторые должностные лица (казначей, констебли и др.), избираемые непосредственно населением или советами. Вмешательство представителей центрального правительства допускается лишь в случае выхода органами местного самоуправления за пределы их полномочий. Во всех административно-территориальных единицах (общинах, графствах, округах в Англии и Уэльсе, в областях и округах Шотландии, в графствах США, в Австралии, Канаде и др.) для решения местных вопросов избирается представительный орган – совет (в количестве 3–5 чел. в мелких поселениях, до 50 чел. – в крупных) и правление, срок полномочий которых – обычно 4 года. На основе хартии городов избираются мэры (в некоторых городах США представительный орган для управления городом нанимает по контракту специалиста-менеджера, также имеющего титул мэра). Государственный контроль осуществляется в основном в двух формах – финансовый (инспекции уполномоченных министра, ответственного за местное самоуправление) и судебный. Данная система как самая «старая» применяется в Соединенном Королевстве, США, Канаде, Австралии и некоторых других «старых» государствах, в то время как в «новых» государствах созданы более централизованные системы.

Континентальная модель. Основана на сочетании выборности и назначаемости и различении общинного самоуправления (управления) и управления в других административно-территориальных единицах. Применяется во Франции, Италии, Бельгии, Сенегале, большинстве латиноамериканских стран. На уровне общин создаются только выборные органы местного самоуправления (как правило, совет и мэр); назначаемых «сверху» чиновников нет. Управление созданными «сверху» административно-территориальными единицами строится различно:

а) в некоторых региональных административно-территориальных единицах существуют только назначенные центром чиновники (гу-

бернаторы в Финляндии, Турции, Ираке; супрефекты в округах Франции; регирунгспрезиденты в округах Германии) или представители вышестоящих выборных органов, управляющие регионом;

б) в ряде стран (Франция, Италия, Латинская Америка) во всех или в отдельных видах региональных административно-территориальных единицах действует двойная система: выборные органы территориального коллектива и назначаемые представители из центра. Назначенные чиновники осуществляют административный контроль в отношении выборных советов: вправе приостанавливать решения местного совета (сейчас только через административный суд).

В рамках континентальной модели выделяют две разновидности: 1) *французскую* – допускает контроль центральной власти посредством специально назначаемых представителей и в иных формах (так, во Франции в округах в качестве представителей правительства Франции супрефекты руководят правительственными ведомствами и осуществляют административный надзор за местным самоуправлением в коммуне); 2) *германскую* – органы местного самоуправления наделяются полномочиями, осуществляют их по поручению государства, а территориальные общины самостоятельно и под свою ответственность в соответствии с законами выполняют задачи согласно своему статусу.

Континентальной моделью охватывается и действующая в Испании, Португалии, в ряде стран Латинской Америки так называемая *иберийская модель*, согласно которой местные советы и главы администраций избираются, но во всех случаях регидоры (префекты) по должности возглавляют советы и одновременно утверждаются органами государственной власти (правительством, министром внутренних дел). Глава администрации обладает широким полномочиями, объединяя в своих руках публичную власть территориального коллектива и (по уполномочию государственных органов) государственную власть. В качестве представителя государственной власти он осуществляет контроль за деятельностью органов местного самоуправления на территории «своей» административно-территориальной единицы.

§ 4. Конституционные механизмы контроля государства за деятельностью органов местного самоуправления и управления

В современных зарубежных странах применяются многообразные формы государственного контроля за деятельностью публичных властей на местах. При этом формы государственного контроля разнообразны даже в тех случаях, когда отсутствуют назначенные сверху чиновники на местах. Так, в Великобритании центральные департамен-

ты могут контролировать органы местного самоуправления в пределах закона; в форме утверждения центральными департаментами чиновников аппарата местной власти, утверждение также актов советов сфере планирования и финансов; наиболее распространено инспектирование (в качестве санкции, в случае выявленного нарушения, может применяться временная передача полномочий и служб местного самоуправления в подчинение назначенным из центра органам или чиновникам (на практике это редко имеет место). Это также проведение правительственных расследований в отношении подконтрольных местных служб (но только при обнаружении обмана или мошенничества); аудиторский контроль в финансовой сфере; судебный контроль, осуществляемый за соответствием актов и действий органов местного самоуправления предписаниям парламента (санкции – штраф, приказ об устранении недостатков в управлении (мандабус), приказ-запрещение).

Контроль центра за деятельностью местного самоуправления в сфере обеспечения прав и свобод осуществляется через омбудсменов: комиссаров – в Северной Ирландии, комиссаров по местному управлению – в Англии, Уэльсе и Шотландии. При этом в странах общего права такой контроль осуществляется в соответствии с доктриной *inter vires* – основополагающей для местного самоуправления. В частности, в Великобритании местные органы власти осуществляют свои полномочия в пределах, определенных Парламентом или по поручению Парламента Правительством.

Обобщенно говоря, контроль центральной власти за местным самоуправлением осуществляется в таких формах, как административная опека и административный надзор.

Административная опека предполагает, что решения органов местного самоуправления не могут вступить в силу без одобрения центральной власти, как правило, в лице чиновника, назначенного сверху. Кроме того, действующие акты местного самоуправления могут быть отменены центральной властью по мотивам законности и даже целесообразности.

Административный надзор означает, что акты местного самоуправления могут быть оспорены центральной властью или властью более крупной территориальной единицы только в судебном порядке и только по мотивам незаконности. По общему правилу контрольно-надзорному органу для проверки предоставляется определенный (сравнительно небольшой) срок, по истечении которого при отсутствии возражений решение органа местного самоуправления вступает в

силу. С усилением гарантий прав местного самоуправления связана новая тенденция административного надзора: решение органа местного самоуправления контрольно-надзорным органом может быть оспорено только в судебном порядке. В специальной литературе обращается внимание на то обстоятельство, что рассматриваемая форма контроля за деятельностью местного самоуправления применяется как в унитарном государстве, так и в централизованных федерациях (Индия), а равно в региональных государствах и в государствах с элементами регионализма (Финляндия). В частности, согласно Конституции Польши деятельность территориального самоуправления подлежит надзору с точки зрения законности. При этом органами надзора за деятельностью единиц территориального самоуправления являются Председатель Совета Министров и воеводы, а по финансовым вопросам – региональные счетные палаты (ч. 1 и 2 ст. 171).

Исторически первая форма – административная опека. В современном демократическом государстве доминирует административный надзор. Сфера применения опеки ограничена полномочиями делегирования местного самоуправления органами государственной власти и вопросами использования субсидий, выделенных центром.

Формой государственного контроля за деятельностью публичных властей на местах является применение мер конституционной ответственности к органам и выборным должностным лицам местного самоуправления и управления.

Так, в соответствии с Конституцией Мексики законодательные органы штатов могут 2/3 голосов приостановить деятельность муниципалитетов, объявить об их ликвидации и приостановить либо аннулировать мандат любого их члена по одному из предусмотренных законами штатов оснований. 4300 муниципалитетов Бразилии имеют право самостоятельного управления во всем, что относится к их интересам. Вместе с тем, федеральная власть наделена правом вмешательства в дела муниципалитетов в случае нарушения муниципальной автономии, задолженности по федеральным платежам, невыполнения федеральных законов или судебных решений, нарушения прав человека.

Согласно ст. 126 Конституции Италии областной совет может быть распущен Президентом Республики после заслушивания специальной парламентской комиссии по областным вопросам. Основания роспуска – совершение указанным органом действий, противоречащих Конституции, или совершение серьезных нарушений закона, невыполнение предложений Правительства о смещении своих исполни-

тельных органов, совершивших аналогичные нарушения; необходимость обеспечения национальной безопасности.

Конституцией Италии предусмотрены также *отставка председателя джунты*, совершившего незаконные действия, отрешение от должности высших должностных лиц исполнительной власти. В частности, председатель джунты может быть уволен мотивированным декретом Президента Республики за совершение действий, противоречащих Конституции, или совершение серьезных нарушений закона, а также по соображениям национальной безопасности.

Несомненно, к отмеченным формам контроля следует отнести конституционный контроль. К примеру, новая редакция ст. 127 Конституции Италии предусматривает, что Правительство страны может в течение 60 дней со времени опубликования областных законов, если считает их превышающими компетенцию области, ставить перед Конституционным судом вопрос об их конституционности.

По Конституции Польши Сейм по предложению Председателя Совета Министров может распустить постановляющий орган территориального самоуправления, если этот орган грубо нарушает Конституцию или законы.

В странах с федеративной структурой государства также существуют конституционно предусмотренные механизмы контроля и ответственности федерального центра в отношении субъекта федерации и в меньшей степени составляющих его административно-территориальных единиц. Самым грозным оружием вмешательства федеральных властей в дела субъектов федерации является применение им тех или иных мер федеральной интервенции.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Антология конституционных учений : учебное пособие : в 2 ч. Ч. 1 / В. И. Червонюк, И. В. Калинин, А. Ю. Мелехова, И. С. Назарова и др. – 3-е изд., доп. и обновл. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. – 468 с.

Антология конституционных учений : учебное пособие : в 2 ч. Ч. 2 / В. И. Червонюк, И. В. Калинин, А. Ю. Мелехова, И. С. Назарова и др. – 3-е изд., доп. и обновл. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. – 492 с.

Избирательное законодательство и выборы в современном мире. Европейско-Азиатский регион / В. И. Лысенко ; под общ. ред. В. Е. Чурова. Вып. 4. – М., 2015. – 1344 с.

Избранные конституции зарубежных стран : учебное пособие для бакалавров / отв. ред. Б. А. Страшун. – М. : Юрайт, 2012. – 795 с.

История Латинской Америки: вторая половина XX века / отв. ред. Е. А. Ларин. – М. : Наука, 2004. – 607 с.

Конституции государств Америки : в 3 т. / под ред. Т. Я. Хабриевой. Т. 1. Северная и Центральная Америка. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. – 832 с.

Конституции государств Америки : в 3 т. / под ред. Т. Я. Хабриевой. Т. 2. Карибский регион. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. – 1088 с.

Конституции государств Америки : в 3 т. / под ред. Т. Я. Хабриевой. Т. 3. Южная Америка. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. – 1088 с.

Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан / под ред. Т. Я. Хабриевой. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Норма, 2010. – 1024 с.

Конституции государств Азии : в 3 т. Т. 3. Дальний Восток / под ред. Т. Я. Хабриевой. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Норма, 2010. – 1040 с.

Конституции государств Европы : в 3 т. / под общ. ред. и со вступ. ст. Л. А. Окунькова. – М. : Норма, 2001. – Т. 1. – 898 с.

Конституции государств Африки и Океании : сборник. Том 1. Северная и Центральная Африка / отв. ред. Т. Я. Хабриева. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2018. – 944 с.

Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Особенная часть : учебник для вузов / рук. авт. кол. и отв. ред. Б. А. Страшун. – 4-е изд., обновл. и дораб. – М. : Норма, 2016. – 1104 с.

Конституционное право зарубежных стран : учебно-методический комплекс / под общ. ред. В. И. Червонюка. – 2-е изд., обновл. и доп. – М. : ООО «Миттель Пресс», 2011. – 387.

Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 5. Избирательное право / В. И. Червонюк, И. В. Калинин, Е. Н. Хазов ; отв. ред. В. И. Червонюк. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. – 377 с.

Конституционное право зарубежных стран : учебник / под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2016. – 976 с.

Конституционное право России. Энциклопедический словарь / В. И. Червонюк, И. В. Калинин. – М. : Юрид. лит., 2003. – 487 с.

Конституционное право зарубежных стран : учебно-методическое пособие / В. И. Червонюк, И. В. Калинин, А. Ю. Мелехова, И. С. Назарова ; под общ. ред. В. И. Червонюка. – М.: Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2018. – 619 с.

Конституционное право зарубежных стран. Общая часть : учебник для студентов юрид. вузов и фак. / В. В. Маклаков. – 4-е изд., перераб. – М. : Волтерс Клувер, 2014. – 896 с.

Конституционное право зарубежных стран : учебник : в 2 ч. Ч. 2. Иностранное конституционное право / В. И. Червонюк, И. В. Калинин, А. Ю. Мелехова, И. С. Назарова ; под общ. ред. В. И. Червонюка. – 3-е изд., обновлен. и доп. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2018. – 517 с.

Конституционный судебный процесс : учебное пособие / В. И. Червонюк, И. В. Калинин, Е. Н. Хазов ; отв. ред. В. И. Червонюк. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. – 411 с.

Политические системы современных государств : энциклопедический словарь : в 4 т. Т. 1. Европа. – М. : Аспект Пресс, 2012. – 616 с.

Политические системы современных государств : энциклопедический словарь : в 4 т. Т. 3. Америка, Австралия и Океания. – М. : Аспект Пресс, 2012. – 616 с.

Политические системы современных государств : энциклопедический словарь : в 4 т. Т. 4. Африка. – М. : Аспект Пресс, 2014. – 560 с.

Правосудие в современном мире : монография / В. М. Лебедев, Т. Я. Хабриева, А. С. Автономов и др. ; под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Норма, 2017. – 784 с.

Страшун Б. А. Избранные конституции стран Азии и Америки : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2016. – 406 с.

Червонюк В. И. Законодательная власть в зарубежных странах : учебное пособие. : в 2 ч. Ч. II. Законодательные производства. – М. : Московский университет МВД России, 2009. – 232 с.

Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : лекции в 10 вып. Вып 4. Государственное (конституционное) устройство. Ч. 1. Организация верховной власти в современных государствах. – М. : Московский университет МВД России, 2014. – 178 с.

Червонюк В. И., Гасанов К. К. Форма государственного правления (конституционно-правовой анализ) : монография. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2018. – 526 с.

Червонюк В. И., Калинин И. В., Мелехова А. Ю., Назарова И. С. Конституционное право зарубежных стран : учебник : в 2 ч. Ч. 1. Сравнительное конституционное право / под общ. ред. В. И. Червонюка. – 3-е изд., обновл. и доп. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2018. – 517 с.

Червонюк В. И., Калинин И. В., Хазов Е. Н. Прикладная юриспруденция и прикладные методы научного исследования в юридической отрасли науки. – М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. – 467с.

Червонюк В. И., Гасанов К. К., Хазов Е. Н. Конституционное право зарубежных государств : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности 030501 «Юриспруденция». – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2016. – 463 с.

Червонюк В. И. Конституционное право России. Общая и Особенная части : учебник для магистрантов. – 2-е изд., пересм., перераб. и доп. – М. : ИРЭ, 2017. – 950 с.

Червонюк В. И. Конституционное право зарубежных стран : курс лекций : в 10 вып. Вып. 2. Введение в конституционное право. Ч. II. Формы конституционного права. – М. : Московский университет МВД России, 2009. – 182 с.

Червонюк В. И., Калинин И. В., Хазов Е. Н. Методология подготовки научного исследования в юридической отрасли науки / отв. ред. В. И. Червонюк. – М.: Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2017. – 587 с.

Элементарные начала общей теории права / В. И. Червонюк, И. В. Калинин. – М. : Право и закон : Колос, 2003. – 544 с.

Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран : учебник. – 8-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2017. – 356 с.

Энциклопедия Латинской Америки / гл. ред. В. М. Давыдов. – М. : Экономика, 2013. – 867 с.

Юсуфзода А. Х. Конституционное право государств – участников Содружества Независимых Государств. – Душанбе, 2017. – 571 с.

Червонюк Владимир Иванович,
доктор юридических наук, профессор;

Калинский Игорь Владимирович,
кандидат юридических наук, доцент;

Мелехова Ангелина Юрьевна,
кандидат юридических наук

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Под общей редакцией
доктора юридических наук, профессора В. И. Червонюка

Учебник

В двух частях

ЧАСТЬ I. СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

Редактор *Васильевых Е. М.*
Корректор *Баринова Е. А.*
Компьютерная верстка *Бариновой Е. А.*

Подписано в печать 27.12.2018 г.
Заказ № 2049

Формат 60×84/16
Цена договорная

Тираж 68 экз.
Объем 43,52 уч.-изд. л.
39,23 усл. печ. л.

Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя
117997, г. Москва, ул. Академика Волгина, д. 12