

§ 1. Понятие и сущность конституции

Термин "конституция" <1> был известен еще в Древнем Риме: так называли акты императора, имевшие высшую юридическую силу; использовался он и в период феодализма в Европе, но уже для названия различных актов. Современное значение термин "конституция" приобрел в ходе буржуазных революций. В конституционных нормах буржуазия видела определенную гарантию стабильности государственного и общественного строя, гарантию своего участия в осуществлении государственной власти.

<1> От латинского *constitutio* - установление, устройство, учреждение, конституция.

Важно отметить, что существует различие термина "конституция" в современных русском и английском языках, чтобы избежать недоразумений. В современном английском языке термин "конституция" имеет много значений:

- 1) основной закон государства;
- 2) учредительный акт или действие;
- 3) установленное право и обычаи;
- 4) учредительные документы коммерческой или некоммерческой организации;

- 5) основные принципы отдельно взятой социальной группы;
- 6) акт назначения на должность;
- 7) состояние, форма, структура и соединение частей целого, характеризующие объект;
- 8) телосложение и т.д. <2>.

<2> The Cambridge International Dictionary of English; Merriam-Webster's Collegiate Dictionary.

Современный русский язык заметно сужает содержание термина "конституция", придавая ему только два значения <3>:

<3> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1993.

- 1) основной закон государства, определяющий основы общественного и государственного строя, систему государственных органов, права и обязанности граждан;
- 2) строение, структура организма.

Итак, вполне очевидно, что термин "конституция" в русском языке имеет гораздо меньше смысловых значений, чем в английском, так как в работах западных ученых слова "конституция" и "конституционный" употребляются не только в смысле основного закона страны, но и в других значениях - как принципы поведения общественных организаций, семьи и т.д.

Вопрос о терминах важен, как отметил профессор Мичиганского университета Джозеф Вининг при анализе всех аспектов юридического мышления. В частности, он пишет, что адвокаты и судьи в США нередко пользуются ссылками на толковые словари, однако термины все равно могут пониматься по-разному с учетом вариантности значений разных слов. Поэтому он применяет понятие "правовая иллюзия" для случаев, когда один юрист использует слово, которое другой юрист воспринимает в ином контексте или смысловом значении <4>. Известный американский юрист Дональд Райс в рецензии на книгу Вининга отмечает: его мысли о том, что современное мышление не замечает многие правовые нюансы, могут стать основой для пересмотра отношения к праву в XXI в. <5>.

<4> Vining J. From Newton's Sleep. Princeton: New Jersey, 1995. P. 56, 7.

<5> Rice D. The Lawer's Bookshelf// New York: Law Journal. 1997. January 24.

Первыми буржуазными конституциями в собственном смысле слова были американская 1787 г. и французская 1791 г. В эту же эпоху возникает концепция конституционализма, под которым понималось правление, ограниченное конституцией. Эта концепция, выведенная из идей естественного права, явилась буржуазно-демократической антитезой феодальной тирании. Теоретики того времени исходили из идеи, что конституция устанавливает не только пределы государственной власти, но и процедуры осуществления властных функций. Иными словами, устанавливалась юридическая граница между сферой приложения верховной государственной власти и правами гражданина-собственника. Одновременно регламентировалось то, что американская Конституция назвала "надлежащей правовой процедурой". Объективно идеи конституционализма (конституционного государства, конституционного правления, господства права) были исторически прогрессивными, как и само буржуазное государство и буржуазная демократия.

Нередко наука конституционного права и другие социальные науки ограничиваются чисто формальным определением конституции. Они уходят от главного, коренного вопроса - вопроса о сущности конституции. В трудах многих ученых прошлого и нашего времени на разные лады истолковываются две основные идеи. Во-первых, они утверждают, что конституция есть выражение общей воли народа, создающего свою государственность для достижения общей цели. Таким образом, конституция считается не актом государства, а актом народа, создающего государство. Так, один из наиболее демократических мыслителей XVIII столетия, американец английского происхождения Томас Пейн утверждал, что конституция предшествует государству, а государство

является детищем конституции. "Конституция некоей страны есть акт не государства, а народа" <6>. Во-вторых, из первой идеалистической посылки делается не менее идеалистический вывод о том, что конституция есть продукт общего согласия всех классов и групп, составляющих общество.

<6> Пейн Томас. Избр. соч. М., 1959. С. 207.

Подобного рода методологический подход обуславливает чисто формальное, описательное определение конституции. В основу этих определений кладется какой-либо один или несколько формальных признаков, относящихся к предмету правового регулирования конституции, места ее в системе правовых норм, способа объектирования текста. Такие определения конституции зачастую абсолютизируют одно или несколько качеств, присущих конституции как основному закону государства, но ничего не говорят о сущности этого главного источника государственного права. Подобного рода подход объясняется нежеланием касаться столь неприятного для многих вопроса, как демократичность либо, напротив, недемократичность основного закона. Сама постановка этой проблемы предполагает необходимость установления того, чьи интересы выражает конституция, какой политический режим она устанавливает, насколько реальны предусмотренные в ее тексте права и свободы.

Технологические и информационные изменения также ведут к новым этапам развития конституционного права, включая возвращение на новом уровне к вопросам общественного договора, описанного Жан Жаком Руссо.

Совмещение современного понятия государства с древними и ренессансными городами-республиками только на первый взгляд лишено политического и конституционного содержания и значения для нашего XXI века. Казалось бы, масштабы многомиллионных современных государств исключают принципы представительства и волеизъявления, возможные в условиях многотысячных народных собраний Древних Афин, или Рима, или хотя бы Флоренции XV века. Появившаяся в конце XX века теория конституционных революций, предусматривающая принципы конституционного договора, заключаемого со всеми гражданами, с последующими принципиальными конституционными изменениями только на основе всеобщего консенсуса, отнюдь не выглядит исключительной. Автор этой теории профессор Вирджинского университета экономист Джеймс Бьюкенен удостоен в том числе и за нее Нобелевской премии в 1986 году.

Очевидными становятся моменты, которые подтверждают схожесть новых явлений современности с практикой голосования малых городов-коммун прошлого. Последние выборы в США решались пересчетом голосов в небольших избирательных округах Флориды, где разница шла на сотни и десятки голосов, практически как в Древних Афинах и Риме. Растущие технологические возможности Интернета в ближайшие десятилетия сделают практически осуществимым одновременное голосование всех граждан любой по масштабу страны по вопросу любой государственной важности с моментальным и точным подсчетом голосов. Так что непосредственное народное волеизъявление населения большого государства из научной фантастики XX века вскоре может превратиться в реальность XXI века <7>. Коммуникационные возможности Интернета могут вернуть в жизнь многие элементы первоначальных полисных демократий. Они также увеличат возможность граждан объединяться между собой и непосредственно общаться с властями.

<7> Баренбойм П. 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера. М.: РОССПЭН, 2003.С. 139.

От обычных правовых норм конституционные нормы отличаются тем, что они закрепляют в широком смысле слова методы и формы осуществления государственной власти. Предмет правового регулирования конституционных норм качественно отличается от предмета правового регулирования обычных законов своей высшей политической важностью и фундаментальностью, поскольку они касаются самых основных условий политического бытия всего общества. Этим прежде всего объясняется относительная стабильность конституций, которые не являются продуктом повседневной нормоустанавливающей деятельности. Дата принятия конституции в истории любого государства представляет собой важнейшую веху, отмечающую переломный момент его развития. Обычно конституция не является актом законодательного произвола, ее принятие, как правило, исторически обусловлено.

Анализ истории показывает, что конституции принимаются в те моменты, когда устанавливается принципиально новое соотношение классовых или политических сил. Обратимся к историческим примерам.

Французская Конституция 1946 г. была принята в условиях подъема демократического движения. Демократические силы вынудили правящую элиту пойти на определенные уступки, хотя и не смогли добиться последовательной реализации своих программных требований. Выступая в Учредительном собрании по мотивам голосования, Жак Дюкло говорил: "Текст, который будет поставлен на голосование, является результатом

компромисса. И этот компромисс привел не только к тому, что в Конституцию включены те или иные формулировки, но также и к тому, что в Конституции обойдены некоторые щекотливые вопросы... По существу, ее нельзя назвать ни Конституцией Коммунистической партии, ни Конституцией Социалистической партии, ни Конституцией Народно-республиканского движения. Это наша общая Конституция, Конституция Республики" <8>. Конституция 1946 г. явилась, таким образом, выражением выгодного для демократических сил Франции соотношения политических сил. В совершенно иных условиях была принята Конституция 1958 года. Политическая неустойчивость IV Республики, правительственная чехарда, поражение в Индокитае, алжирский мятеж, шантаж угрозой гражданской войны - все это привело к резкому спаду демократического движения. В ходе конституционного референдума 28 сентября 1958 г. более 80% избирателей проголосовали за проект Конституции, который заменил парламентаризм режимом личной власти. "Массовый антипарламентаризм, - пишет проф. Н.Н. Молчанов, - страх перед гражданской войной и вера в де Голля захватили даже тех избирателей, которые обычно поддерживали компартию. Около полутора миллионов среди них также проголосовали за Конституцию" <9>.

<8> Дюкло Жак. Мемуары. Т. 1. М., 1974. С. 552.

<9> Молчанов Н.Н. Генерал де Голль. М., 1972. С. 375.

В науке конституционного права понятие "конституция" имеет два смысла. В формальном смысле - это юридическая конституция, т.е. основной закон государства, закрепляющий правовое положение личности, а также общественно-экономический строй, форму правления и форму государственного устройства. Юридическая конституция представляет собой документ, предписывающий то, что должно быть. Однако в ходе практического применения предписаний юридической конституции обстановка меняется: появляются новые учреждения, принимаются конституционные, органические и обычные законы, существенно изменяющие и дополняющие нормы юридической конституции. Иными словами, на практике складывается такой порядок осуществления государственной власти, который может существенно отличаться от порядка, предписанного юридической конституцией. Этот реальный порядок осуществления государственной власти называется фактической конституцией, или конституцией в материальном смысле слова. Фактическая конституция есть везде, а юридической конституции в государстве может и не быть, такая ситуация обычно возникает тогда, когда все, что необходимо, урегулировано, но конституционного текста нет.

Фактическая и юридическая конституции могут либо совпадать, либо расходиться. Так, в случае спада демократического движения правящая элита может, не меняя текста конституции, отказаться от многих демократических положений и явочным порядком ввести реакционные институты и методы властвования. С другой стороны, под давлением демократических сил эта элита может пойти на такие уступки, которые не находят адекватного отражения в тексте конституции. И в том и в другом случае наблюдается разрыв между конституцией и действительностью, что порождает фиктивность части (возможно, даже большей) положений конституции.

Фактическая конституция может отойти от конституции юридической как вправо, так и влево. Например, фактическая Конституция современной Италии менее демократична, чем юридическая Конституция 1947 г., фактическая Конституция современной Франции в известной мере демократичнее откровенно цезаристской Конституции 1958 г.

Вопрос о фиктивности и нефиктивности конституций нельзя смешивать с вопросом об их реакционности или демократичности: фиктивной может быть как демократическая (итальянская), так и реакционная (французская) Конституция. Касаясь этой проблемы, В.И. Ленин писал: "Конституция может быть черносотенной, помещичьей, реакционной и в то же время менее фиктивной, чем иная либеральная конституция" <10>. Оценки одной и той же конституции в конкретной стране могут существенно отличаться в зависимости не только от соотношения фактической и юридической конституции, но и от политических интересов различных социальных групп, от официального культа конституции, распространения представлений о конституции как о некоей юридической гарантии всеобщей справедливости, государственного правопорядка, прав и свобод граждан, как о непогрешимом абсолюте, выражении высшей морали, высшем критерии законности до обоснования различных вариантов гибкого использования ее норм.

<10> Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 17. С. 345.

Решение вопроса о соотношении конституции с действительностью имеет, помимо теоретического, огромное практическое значение. От этого, т.е. от правильного определения названных качеств конституции, зависит выбор тактики, отношение к ней демократических партий и сил. Если юридическая конституция более демократична, чем конституция фактическая, то речь должна идти о борьбе за реализацию демократических положений основного закона. Если юридическая конституция реакционнее фактической конституции, то она должна быть заменена более демократической писаной конституцией.

Приведение фиктивных положений конституции в соответствие с реалиями социально-политической жизни достигается путем принятия поправок к тексту конституции и ее толкованием органами конституционного контроля. Возможна и общая демократизация политической жизни вследствие прихода к власти демократических сил, по причине чего происходит демократизация политической жизни и наполнение фиктивных демократических положений конституции реальным содержанием.

Примечательно следующее высказывание американских профессоров права Д. Корри и Г. Эбрегэма: "Конституция - это рама или шасси, на которых установлен работающий двигатель правительства. В границах определенной терпимости тип и система двигателя могут быть модифицированы без изменения самой рамы. Конституция вообще должна приспособляться к известным изменениям работающих механизмов правительства"

<11> Цит. по: Мишин А.А. Государственное право буржуазных стран. М., 1961. С. 19-20.

Подобное отношение к конституции, к официально чтимому основному закону получило достаточно широкое распространение. Получается, что, с одной стороны, конституция нужна, т.к. без нее не может обойтись ни одно демократическое государство. С другой стороны, конституция не должна связывать действий властей предрержащих. Коллизия между конституционной законностью и государственной целесообразностью (правильно или ложно понимаемой), к сожалению, нередко решается в пользу последней.

Избежать подобной коллизии можно только при достаточном уровне уважения властей и общества к основному закону своей страны и умелом применении судами конституционных принципов и норм.

В связи с этим уместно вспомнить слова видного конституционалиста Владимира Набокова (отца известного писателя), произнесенные в конце 1912 г., но сохраняющие актуальность и сегодня: "Тщетно чтут законность, попирая ее на деле. В русской жизни это поправление - всем язвам язва. Она заражает весь государственный организм, ежеминутно давая о себе знать, развращая и властвующих, и подвластных... Наиболее

общим результатом такого положения является то неуважение к закону, при готовности устами славословить его, которым проникнута вся администрация снизу и доверху. Именно самые последние годы характеризуются каким-то возведением этого неуважения в принцип, им как-то щеголяют, открыто подчеркивая, что законы и законность всегда и бесспорно должны отступить перед требованиями "государственной целесообразности"... Противовесом этому злу могла бы служить деятельность суда, восстанавливающего действие закона во всех случаях его нарушения, - суда независимого, нелицеприятного, свободного от политики, не считающегося ни с чем, кроме велений закона, и ставящего своей первой и главной задачей доставление торжества этому закону. Есть ли у нас такой суд?" <12>.

<12> Русский конституционализм в период думской монархии. М., 2003. С. 103, 107, 108.

Конституционалисты утверждают, что нужно исходить не только из буквы, но и из духа основного закона. Часто используя при обсуждении текстов законодательных актов слова "дух" и "буква", мы не задумываемся над тем, что по отношению к конституции слово "дух" можно и должно использовать без кавычек и с большой буквы.

Когда известный ученый, судья Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиев пишет о "таинстве содержания конституционных принципов" <13>, его слова следует в первую очередь отнести к конституционному принципу разделения властей. Метафора Гаджиева перекликается с высказыванием крупного американского конституционалиста Р. Бергера: "Доказывание из простого факта трехзвенной системы власти похоже на привлечение магии чисел". Создание самостоятельного суда как основы разделения властей известно с Ветхого Завета.

<13> Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики. М.: Юристъ, 2002. С. 11.

В Древнем Израиле в XII - X вв. до нашей эры до введения института монархии главную роль играли судьи, выдвигавшиеся благодаря способностям, а весь период получил название "эпохи судей". Отделение суда от племенных вождей, советов старейшин и народных собраний стало прообразом разделения властей. Монархия же там была установлена через несколько столетий с ограничениями, предусмотренными судьей Самуилом.

Позже на Западе доктрина разделения властей была развита уже усилиями Макиавелли, Локка, Монтескье и американских конституционалистов.

Библейские юридические и духовные корни доктрины разделения властей представляют в связи с этим не только чисто исторический интерес. Дух или духовность конституции определяются не только ее принципами и идеями, но и формированием близкого к религиозному априорного и аксиоматического почтения к этому письменному документу со стороны власти и общества. Дух конституции формирует конституционную духовность населения и, в свою очередь, формируется и постоянно подпитывается ею же.

Конституционный патриотизм - основа любого духовного патриотизма. Конституция 1993 г. дает в этом смысле России уникальный шанс на духовное развитие в XXI столетии. В нашей стране, где 70% населения - атеисты, только Конституция и ее ценности могут стать базой, основой и центром духовного и интеллектуального (а значит, и экономического) развития государства и общества. Даже в США, где религиозное население разных конфессий составляет свыше 80%, объединяющей всех и самой высокой ценностью является почтение к Конституции. "Церковь Конституции - доминирующая религия в Америке" <14>. Атеисты и верующие любых конфессий в развитых странах признают за Конституцией статус высшей духовной ценности страны.

<14> Financial Times. 11 January 2004.

Применение доктрины разделения властей заметно варьируется от страны к стране, поэтому чтобы понять принцип разделения властей, нужно в том числе осознать его дух ввиду отсутствия буквы в виде общепринятого нормативного толкования. Неслучайно книга Шарля Монтескье, которую многие не вполне точно считают первоисточником доктрины, называется "О духе законов".

В связи с этим весьма важно формирование Конституции РФ как юридического документа, чтобы она перестала восприниматься постсоветской общественностью как чисто политическая декларация или манифест (а именно так и воспринимались тексты всех советских конституций). Этот психологический барьер между обществом и Конституцией можно преодолеть только упорными и каждодневными усилиями в первую

очередь юристов-конституционалистов, Конституционного Суда РФ и всех судов России.

Со стороны общества и органов государственной власти тоже нужны недюжинные усилия по преодолению трех основных негативных тенденций: конституционного нигилизма - в России это наследие советских времен; конституционного инфантилизма, характерного для экономистов и политиков, понимающих значение Конституции, но не видящих необходимости согласовывать с ней свои экономические теории или конкретные экономические решения; конституционного цинизма, который нередко занимает серьезные политические позиции, используя изменения Конституции для решения сиюминутных политических задач. Последняя тенденция особенно опасна и для развития конституционализма во всех переходных странах, и для стабильности действующих конституций.

Конституционный принцип разделения властей - один из важнейших, если не самый главный для стран без устойчивой конституционной традиции, к которым можно отнести постсоциалистические страны. Необходимость в сильной президентской власти, с одной стороны, может отражать политические реалии, но, с другой стороны, вследствие угрозы доминирования конституционного цинизма будет постоянно подталкивать к соблазнам режима личной власти. Как ни странно, но другого противодействия этой всегда опасной тенденции, кроме культивирования конституционного принципа разделения властей и почтения к действующей Конституции, не существует. А между тем большинство людей, в том числе многие юристы, имеют довольно смутное представление о сути данного принципа.

Когда в ходе Уотергейтского дела нужды американской политики в начале 70-х годов XX века потребовали конкретизации практического применения и содержания принципа разделения властей, в Сенате США был создан в рамках Юридического комитета подкомитет по разделению властей, руководство которым было поручено сенатору Эрвину. Один из американских исследователей писал: "Эрвин возглавлял одну из наиболее интригующих и новых сфер деятельности в Конгрессе". Так что даже в США - стране, которая, казалось бы, считается изначально основанной на разделении властей, еще совсем недавно в рамках парламентской деятельности проводились более чем серьезные исследования глубинного смысла и сути конституционного принципа разделения властей. Подобные парламентские разработки проблемы были бы весьма полезны и в России, включая создание в Госдуме подкомитета по разделению властей

<15> Законодательство и экономика. 2003. N 12. С. 28.

Дух Конституции в смысле почтения и уважения к ней определяет не только действенность буквы Основного Закона, но и содержание, и эффективность конституционализма в целом.

Воспитание уважения к Конституции должно быть важной составляющей частью правовой реформы, которая с разной степенью интенсивности планомерно или стихийно идет в постсоциалистических странах. Председатель Конституционного Суда РФ Валерий Зорькин очень своевременно отметил:

"Правовую реформу не зря называют "детонатором" всего реформаторского процесса, включая реформирование экономики... Недооценка правовых ценностей, в первую очередь конституционных, может завести в тупик и существенно замедлить самые прогрессивные реформаторские процессы. Следует признать, что Россия имеет отсталую правовую систему, и предпринять решительные шаги по проведению правовой реформы"

<16> Зорькин В.Д. Тезисы о правовой реформе в России; Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. М., 2007. С. 225.

В книге известного исследователя Владимира Лафитского "Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней" (М., 2003) содержится попытка доказать, что поэзия права может периодически побеждать и подчинять себе прозу государства. Он в то же время опасается, что технократизм и растущая фрагментарность законодательных актов, так же как казенность и сухость их стиля, могут привести к утрате многовековых конституционных ценностей:

"В последние годы наблюдается тенденция к отказу от закрепления конституционных принципов... В отличие от прежних, новые конституции в основном обращаются не к обществу и личности, а к органам власти и их представителям" <17>. В связи с этим интересна опубликованная переписка В.И. Лафитского с депутатами Европарламента, содержащая его критику излишней технократичности текста проекта Конституции Европейского сообщества <18>.

<17> Лафитский В.И. Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. М., 2003. С. 216.

<18> Законодательство и экономика. 2004. N 4.

В юридической литературе используется также термин "живая" Конституция. Раскроем стоящее за этим термином понятие на примере США.

В Соединенных Штатах очень силен официальный культ Конституции, которая наделяется чертами боговдохновенного документа, созданного легендарными "отцами-основателями", однако следует заметить, что до Гражданской войны в значительно большей степени почиталась Декларация независимости, которая, по современным понятиям, не является составной частью действующей Конституции. Примечательно, что в США официально празднуется День независимости, т.е. день принятия Континентальным конгрессом Декларации независимости (4 июля 1776 г.), но День Конституции в числе общегосударственных праздников не значится. Официальная пропаганда преподносит стабильность Конституции как некое сакраментальное свойство (отметим для сравнения, что во Франции первая Конституция была принята в 1791 г., а сейчас действует одиннадцатая - Конституция 1958 г.).

В чем причина подобной живучести Конституции Соединенных Штатов Америки? Отвечают на этот вопрос по-разному.

Профессор Принстонского университета Ч. Уоррен объяснял данное явление так: "Постоянство этого уникального орудия управления в значительной степени обязано искусству, здравому смыслу, а также духу компромисса, с которыми учредители строили на старых основаниях и модифицировали и реконструировали старые принципы, чтобы приспособить их к новым условиям" <19>.

<19> Warren Ch. Congress, the Constitution and the Supreme Court. N.Y.; London, 1968. P. 12.

Президент Франклин Д. Рузвельт отмечал: "Наша Конституция настолько проста и практична, что можно каждый раз приспособлять ее к чрезвычайным нуждам посредством изменения акцентов и методов применения без утраты существенной формы... Вот почему наша конституционная система показала себя наиболее устойчивым политическим механизмом, который когда-либо был создан в современном мире" <20>.

<20> Цит. по: Murphy P.L. The Constitution in Crisis Time. 1918 - 1969. N.Y., 1972. P. 128.

Представляет интерес мнение об американской Конституции бывшего Президента Ричарда Никсона: "Творцы нашей Конституции превыше всего опасались концентрации власти в руках либо отдельных лиц, либо Правительства... Концепция децентрализации власти сохраняется благодаря тому, что мы называем федеральной системой. Но этот принцип на практике гораздо шире. Если изложить дело максимально просто, то надо сказать, что американский идеал состоит в том, что частному или индивидуальному предпринимательству должны быть разрешены любые функции, которые оно в состоянии осуществлять" <21>.

<21> New York Times. 13.VII.1973.

Главная причина неизменности Конституции США коренится в ее изменяемости. Реальная политическая система создавалась и ее структурные подразделения институционализировались помимо текста Основного Закона страны. Если сравнить действующий в настоящее время порядок осуществления государственной власти с конституционным предначертанием, то окажется, что между ними очень мало общего. Так, Конституция ничего не говорит о политических партиях, хотя они служат важнейшим инструментом формирования органов власти и управления на всех уровнях политической системы; Конституция не упоминает о конституционном контроле, комитетской системе Конгресса, исполнительном аппарате при Президенте, порядке выдвижения кандидатов на выборные должности и множестве других институтов, учреждений и процедур. В лучшем случае Конституцию можно рассматривать лишь как скелет механизма власти. Все остальное: мускулы, нервы, связки, сосуды, внутренние органы и т.д. - создано помимо текста Конституции. Конституция США фиктивна, ибо закон и действительность не совпадают, но именно в фиктивности можно усмотреть причину ее стабильности.

Фактическая Конституция, или, как говорят в США, "живая" Конституция, создавалась

различными способами.

Один из главных творцов "живой" Конституции - Конгресс. В тексте Конституции и поправках к ней содержится несколько бланкетных норм, уполномочивающих Конгресс издавать законы для конкретизации и детализации некоторых ее предписаний. Однако практика шагнула далеко за установленные Основным Законом пределы. Конституция лишь упоминает об исполнительных департаментах, но созданы они были на основании законов Конгресса, которые определили их правовое положение, структуру, функции и взаимоотношения. Конституция определяет порядок формирования и некоторые полномочия Верховного суда, но вся остальная судебная система была создана на основании законов Конгресса. На основании актов Конгресса созданы и функционируют разного рода органы, составляющие в совокупности исполнительный аппарат при Президенте, постоянные комитеты Палаты представителей и Сената, многочисленные федеральные агентства и президентские комиссии. Актами Конгресса регулируется порядок реализации и применения гражданских прав и свобод, избирательных прав и т.п. Конгресс по-новому применяет, толкует конституционные положения, распространяет действие Конституции на вновь возникающие предметы правового регулирования. Огромную роль в формировании "живой" Конституции играет президентская власть, т.е. Президент и подчиненные ему ведомства, и органы, составляющие федеральную администрацию. Такие важнейшие институты американского государственного права, как чрезвычайные полномочия исполнительной власти, проверка лояльности государственных служащих, военные полномочия Президента, привилегия исполнительной власти, контроль федеральной администрации над национальной экономикой, были сформулированы и введены в действие прежде всего Президентом. Эта деятельность осуществляется не только посредством указного права, но и в ходе интерпретации Конституции и приспособления ее положений к новым обстоятельствам. "Более того, из Белого дома эта функция конституционной интерпретации и приспособления просачивается вниз через различные уровни администрации", - говорится в курсе Огга и Рея <22>.

<22> Ogg and Ray's Introduction to American Government. N.Y., 1962. P. 42.

Слова "суд" и "политика" многие считают несовместимыми, но не тогда, когда возникает вопрос о проведении конституционной политики.

Правильная конституционная политика как оптимальное сочетание государственной целесообразности с конституционными нормами осуществляется судами, в том числе в процессе конституционного надзора, и основывается на верховенстве конституционных

принципов, прав и свобод над сиюминутными потребностями государственной жизни. Проводником конституционной политики является тот орган, у которого есть полномочия на ее формулирование и право на запрет препятствующих этой политике действий. Сюда не подпадает добровольное конституционное самоограничение органов исполнительной и законодательной власти, а на первом плане находится суд. Именно он формулирует конституционную политику, именно здесь сочетание слов "суд" и "политика" является правомерным (хотя речь не идет о политике в обычном смысле этого слова). Признание за государственной целесообразностью некоего конституционно-правового содержания позволит вывести ее из тени, откуда она, особенно в России и многих постсоциалистических странах, так всевластно правит, и ввести ее в конституционные рамки <23>.

<23> Баренбойм П.Д. Дух Конституции России и восточное происхождение "западной" доктрины разделения властей // Законодательство и экономика. 2003. N 12.

Лауреат Нобелевской премии американский экономист Джеймс Бьюкенен пишет, что "конституционная анархия - это современная политика, которую лучше всего описать как действия, предпринимаемые без понимания и учета правил, определяющих конституционный порядок". При этом такая политика оправдывается ссылками на "стратегические задачи, созданные на базе конкурирующих интересов, безотносительно к их последующему воздействию на политическую структуру" <24>. Вместе с тем Бьюкенен вводит понятие конституционного гражданства, которое он обозначает как соблюдение гражданами их конституционных прав и обязанностей и которое можно рассматривать как составную часть конституционной политики. При этом он подчеркивает, что важнейшим является "напоминание о нравственных ценностях, лежащих в основе конституционных норм, и их постоянная защита".

<24> James Buchanan. Logical Foundations of Constitutional Liberty. Vol. 1. Indianapolis, 1999. P. 372.

Значительная часть фактической Конституции представляет собой результат деятельности судебной власти. Недаром в США существует выражение: "Конституция есть то, что считают Конституцией судьи". Верховный суд в многочисленных решениях не только толковал Конституцию, наполняя, таким образом, ее положения новым содержанием, но и создавал, по существу, новые конституционные нормы. Вудро Вильсон сказал, что Верховный суд - это своего рода постоянно действующий конституционный конвент.

В США, как во всякой другой англосаксонской стране, существует неписаная конституция, состоящая из конвенционных норм и обычаев, имеющих такую же правовую силу, как и предписания основного закона. Многие органы и государственно-правовые институты существуют и действуют не на основе предписаний статутного права, а единственно в силу сложившейся практики, не закрепленной в Конституции или актах Конгресса. Так, выборщики по обычаю обязаны голосовать за кандидата своей партии; кабинет, один из важнейших федеральных органов, существует и действует на основе обычая, а не писаного права. Внесение финансовых биллей только в Палату представителей, функционирование кокусов, необходимость для кандидатов в нижнюю палату Конгресса проживать в соответствующих избирательных округах и многое другое - все это предписывается не закрепленными в государственном праве нормами, а конституционным обычаем.

Процесс приспособления юридической и фактической Конституции к новым социальным и политическим условиям еще далеко не закончен. Крупные политические скандалы выявили многие пробелы в конституционной системе, восполнение которых стало насущной задачей.

§ 2. Основные черты и особенности конституций

В настоящее время насчитывается более двухсот действующих конституций. Некоторые из них приняты свыше двухсот лет назад. Наиболее старыми являются Конституции США 1787 г., Норвегии 1814 г., Бельгии 1831 г., Великого герцогства Люксембург 1868 г. Особенно бурным процесс создания конституций стал в XX веке. Волны массового принятия конституций имели место после крушения колониальной системы - это конституции стран Азии и Африки. В послевоенный период были приняты или существенно изменены конституции многих стран Америки (Бразилия, Боливия, Гондурас, Доминиканская Республика, Сальвадор, Канада), Европы (Италия, Франция,

ФРГ, Дания, Греция, Испания, Португалия), Азии (Япония, Турция, Республика Корея, Филиппины).

Каждая из ныне действующих конституций обладает специфическими индивидуальными чертами. В них нашли отражение социальные, национальные, политические, исторические, религиозные и иные особенности соответствующих стран. В то же время всем конституциям присущи некоторые общие, совпадающие черты.

1. Все конституции в той либо иной форме провозглашают лозунг народного суверенитета. В этом отношении едины как старые, так и новые конституции: в преамбуле Конституции США устанавливается: "Мы, народ Соединенных Штатов... торжественно провозглашаем и устанавливаем настоящую Конституцию..."; в ст. 1 Конституции Италии 1947 г. сказано: "Италия - демократическая Республика, основывающаяся на труде. Суверенитет принадлежит народу, который осуществляет его в формах и в границах, установленных Конституцией"; согласно ст. 3 Конституции Франции "национальный суверенитет принадлежит народу, который осуществляет его через своих представителей и посредством референдума. Никакая часть народа, никакая отдельная личность не могут присвоить себе его осуществление"; п. 2 ст. 1 Конституции Испании 1978 г. гласит: "Национальный суверенитет принадлежит испанскому народу, от которого исходят полномочия государства"; ст. 1 Конституции Колумбии 1991 г. устанавливает, что "суверенитет принадлежит исключительно народу, от которого исходит публичная власть"; в ст. 1 Конституции Эквадора 1996 г. говорится: "Суверенитет принадлежит народу, который его осуществляет через органы публичной власти", а в ст. 5 Конституции Венесуэлы 1999 г. сказано, что суверенитет принадлежит народу и "непередаваем".

2. Все конституции в той либо иной форме закрепляют институт собственности. Исторически эти нормы восходят к французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г., в которой (ст. 17) содержится известное положение о ее неприкосновенности:

"Так как собственность является неприкосновенным и священным правом, то никто не может быть лишен ее иначе как в случае установленной законом несомненной общественной необходимости и при условии справедливого и предварительного возмещения". Охраняемая конституцией собственность составляет основу всего конституционного здания.

3. В конституциях обычно воспроизводятся и закрепляются основные принципы теории разделения властей. В некоторых конституциях (Италия, Франция) концепция разделения властей не выражена семантически явно, она как бы подразумевается, из нее исходят. В других (американская, датская, японская) принципы разделения властей четко сформулированы в соответствующих статьях. Так, принцип разделения властей, дополненный системой сдержек и противовесов, положен в основу американской Конституции. Три первые статьи этой Конституции начинаются следующими положениями: "Все законодательные полномочия, сим установленные, предоставляются Конгрессу Соединенных Штатов..." (ст. I, разд. 1); "Исполнительная власть предоставляется Президенту Соединенных Штатов Америки..." (ст. II, разд. 1); "Судебная власть Соединенных Штатов предоставляется одному Верховному суду..." (ст. III, разд. 1). В японской Конституции содержатся такие предписания по этому предмету: "Парламент является высшим органом государственной власти и единственным законодательным органом государства" (ст. 41); "Исполнительная власть осуществляется Кабинетом" (ст. 65); "Вся полнота судебной власти принадлежит Верховному суду..." (ст. 76). В Конституции Дании концепция разделения властей сформулирована в одной статье: "Законодательная власть принадлежит Королю и Фолькетингу совместно. Исполнительная власть принадлежит Королю, судебная власть - судам" (гл. I, § 3).

4. Все конституции устанавливают и закрепляют форму правления государства - республику или монархию. В конституционном тексте это может быть выражено прямо или косвенно. В преамбуле к Конституции Индии, например, прямо сказано: "Мы, народ Индии, торжественно решив учредить Индию как суверенную демократическую республику...". В пункте 3 ст. 1 Конституции Испании 1978 г. установлено, что "политической формой Испанского государства является парламентарная монархия".

Конституция США, напротив, не называет прямо форму правления всего Союза, однако перечисленные в Конституции институты являются республиканскими по порядку формирования, взаимодействию между собой и порядку осуществления функций. Кроме того, в ней установлена республиканская форма правления для штатов: "Соединенные Штаты гарантируют каждому штату в настоящем Союзе республиканскую форму правления..." (ст. IV, разд. 4).

Монархическая форма правления чаще определяется косвенно или выводится логически из текста конституции. Так, форма правления Японии прямо не называется в

Конституции, но поскольку главой государства является наследственный император, статусу которого посвящена гл. 1 Конституции, то очевидно, что Япония - монархия.

5. Конституции устанавливают и закрепляют унитарную или федеративную форму государственного устройства. По поводу унитарной формы государственного устройства прямые предписания чаще всего отсутствуют (Франция, Япония), хотя в

латиноамериканских конституциях такие прямые указания встречаются. Так, статья 1 Конституции Колумбии 1991 г. гласит: "Колумбия является социальным правовым государством, организованным в форме унитарного децентрализованного государства".

Само умолчание о форме государственного устройства есть констатация унитаризма как наиболее распространенного способа политико-территориальной организации территории страны. Однако и в федеративных государствах далеко не всегда встречается термин "федерация" или его производные. Прямое упоминание о федерации встречается, например, в конституциях стран Латинской Америки (Аргентина, Бразилия, Венесуэла, Мексика и др.). Согласно ст. 1 Конституции Аргентины 1853 г. в действующей редакции,

"аргентинская нация в соответствии с настоящей Конституцией избирает федеративную, республиканскую, представительную форму правления". Статья 1 Конституции Бразилии 1988 г. начинается словами: "Федеративная Республика Бразилия, представляющая собой

нерасторжимый союз штатов, муниципий и Федерального округа...". Согласно ст. 4 Конституции Венесуэлы 1999 г. это государство является федеративным и децентрализованным. Нередко в конституциях используются синонимы (в соответствии

со сложившейся в данном государстве терминологией). Так, Конституции США, Индии и ФРГ говорят о союзе, Конституция Австрии содержит термин "союзное государство". Официальный текст Конституции Швейцарии 1999 г. в соответствии с давней традицией на французском и итальянском языках называется "федеральная Конституция Швейцарской Конфедерации", а на немецком - "федеральная Конституция Союза" (дословно "товарищества по клятве"). Таким образом, название не отражает формы государственного устройства в рамках принятых в науке классификаций, однако содержательный анализ норм конституции позволяет судить и о государственном устройстве.

6. Все конституции в той либо иной форме провозглашают и устанавливают права и свободы человека и гражданина. Обычно в самом тексте конституции содержится соответствующая глава или раздел. В новейших конституциях, особенно латиноамериканских, правовое положение человека и гражданина с

технико-юридической точки зрения разработано весьма обстоятельно, с множеством деталей. В новейшие конституции включаются новые права и свободы (право на получение информации, на охрану окружающей среды, на охрану материнства и др.). Совершенно естественно, что юридический педантизм при определении правового положения личности не может быть поставлен в прямую связь с ее реальным статусом.

Однако существуют конституции, в основном тексте которых отсутствуют разделы о правах и свободах (США) или даже упоминания о них (конституции некоторых франкоязычных стран Африки). Так, в первоначальном тексте Конституции США не было специальной статьи или раздела о правовом положении личности. При ратификации федеральной Конституции шесть штатов <25> (из 13 входивших в то время в состав США) настаивали на принятии Билля о правах. Дж. Мэдисон суммировал их предложения и внес проект поправок в Палату представителей 8 июня 1789 г., и через два с небольшим года <26> вступили в силу первые десять поправок, которые обычно называют Биллем о правах.

<25> Пенсильвания, Массачусетс, Нью-Гемпшир, Северная Каролина, Виргиния, Нью-Йорк.

<26> После ратификации Виргинией 15 декабря 1791 г.

Своеобразно решен вопрос о регулировании прав и свобод во французской Конституции. Ее важной составной частью является Декларация прав человека и гражданина 1789 г. и преамбула Конституции 1946 г., в которых урегулированы важнейшие аспекты правового статуса человека и гражданина. В самом же тексте Конституции 1958 г. законодатель ограничился указанием в преамбуле: "Французский народ торжественно провозглашает свою приверженность правам человека и принципам национального суверенитета, как они определены Декларацией 1789 г., подтвержденной и дополненной преамбулой Конституции 1946 г."

7. Все конституции определяют принципы организации системы высших органов государственной власти и порядок деятельности составляющих ее подсистем. В их число входят глава государства, правительство и парламент. В конституциях устанавливаются также основы регулирования таких важнейших политических процессов, какими

являются выборы, референдум и законодательство. Во многих послевоенных конституциях получил закрепление институт конституционного надзора. Он был конституционно оформлен во

Франции (1946, 1958), в Италии (1947), в ФРГ (1949), в Португалии (1976), в Испании (1978) и в ряде других стран. Все более широкое распространение получает институт уполномоченного по правам человека (омбудсмена).

8. В некоторых конституциях имеются нормы, регулирующие внешнюю политику государства. Так, отказ от завоевательных войн включен в преамбулу Конституции Франции 1946 г.; Конституция Японии предусматривает отказ от войн как средства политики; в Конституции Индии дана подробная характеристика миролюбивого курса страны в сфере международных отношений. Сходные положения содержатся в тексте Конституций Греции, Португалии, Испании.

Круг вопросов, регулируемых конституциями, различен. Однако с определенной степенью приближения можно вывести общую закономерность, состоящую в том, что старые конституции обычно более суммарны. Конституции эпохи свободной конкуренции были, по меткому выражению Наполеона, "краткими и туманными". Наиболее типичным примером в этом плане является Конституция Соединенных Штатов Америки, содержащая в себе лишь общие принципы организации центральной государственной власти и распределения компетенции между Союзом и штатами. Подобная лапидарность Основного Закона давала возможность управлять более свободно, дополняя, видоизменяя и переиначивая конституционные предписания с помощью обычных законов, нормативных актов исполнительной власти, толкований. Именно в ходе такого нормотворчества в США была создана "живая" Конституция, существеннейшим образом отличающаяся от официального конституционного текста.

Конституции, принятые после Второй мировой войны, как правило, более детальны. Значительную роль в появлении этого нового качества конституций сыграла демократическая тенденция масс, под нажимом которых в тексты конституций были внесены многочисленные прогрессивные положения. Конституции некоторых стран (Индия, Малайзия) представляют собой огромные по своему объему документы. В то же время конституции значительного числа стран Тропической Африки весьма кратки.

§ 3. Классификация конституций и их внутренняя структура

В науке конституционного права неоднократно предпринимались попытки классифицировать конституции по различным основаниям. Скажем, в зависимости от формы государственного устройства предлагалось делить конституции на унитарные и федеративные, в зависимости от характера политического режима - на демократические и реакционные, в зависимости от предполагаемой продолжительности применения - на постоянные и временные. Соответствующие термины довольно часто встречаются в литературе, когда возникает потребность в дополнительной характеристике конкретной конституции <27>. Самая старая классификация, которая использовалась еще в XIX веке, применяется до сих пор.

<27> Например, В.Е. Чиркин, воспроизводя классификацию, представленную в настоящем параграфе, классифицирует конституции также по социальному характеру (полуфеодально-теократические конституции, конституции капиталистического общества, конституции тоталитарного социализма, постсоциалистические конституции) и по признаку демократичности (демократические, авторитарные и тоталитарные). См.: Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М.: Юристъ, 1997. С. 40-41.

В учебнике "Конституционное (государственное) право зарубежных стран" под ред. Б.А. Страшуна конституции подразделяются в зависимости от формы правления на монархические и республиканские (с. 71).

По способу объективирования, т.е. по тому, как объективно выражена воля учредителя, конституции подразделяются на две группы - писанные и неписанные.

Писанные конституции составлены в виде единого документа, построенного по определенной системе. Обычно писаная конституция состоит из преамбулы, основного

текста и переходных положений или сопроводительных приложений.

Преамбула обычно содержит в себе торжественную формулу провозглашения конституции, цели принятия конституции, отсылки к прежней конституции и некоторые другие положения. По общему правилу преамбула, хотя она и является интегральной частью конституционного текста, не носит нормативного характера. Ее положения считаются чисто декларативными, за исключением тех, которые являются отсылочными нормами (преамбулы к Конституциям Франции, Республики Кот-д'Ивуар). Многие современные конституции (Австрии, Бельгии, Греции, Дании, Исландии, Италии, Нидерландов, большинства стран Латинской Америки) не имеют преамбулы, но общая тенденция все-таки сводится к тому, что новые и новейшие конституции (Испании, Франции, ФРГ, Швейцарии и др.) предваряются преамбулой.

Основной конституционный текст обычно подразделяется на части, главы, разделы, статьи. Например, Конституция Франции 1958 г. состоит из преамбулы и 18 разделов, которые делятся на статьи. Схожую структуру имеют Конституции Индии, Малайзии, ФРГ, Швейцарии, Японии и некоторых других стран. Обычно наиболее крупные структурные подразделения текста имеют названия, но их может и не быть (США). Некоторые конституции (Индии, Бангладеш) сопровождаются приложениями, в которых конкретизируются и уточняются общие положения по определенным вопросам. В отдельные конституции включаются переходные положения (Италия).

Писаная конституция в принципе представляет собой единый документ, который, по образному американскому выражению, "можно положить в карман". В некоторых случаях писаная конституция может состоять из нескольких документов, сведенных в определенную систему (Израиль, Швеция).

Своеобразную структуру имеет Конституция Канады, которая согласно Акту о Британской Северной Америке 1867 г. (ныне - конституционный Акт 1867 г.), принятому британским Парламентом, получила статус доминиона. Этот акт был впоследствии дополнен почти тридцатью другими британскими законами и приказами короля в Совете. В 1982 г. вступили в силу принятые британским Парламентом по просьбе Парламента Канады Акт о Канаде и Конституционный акт, которым учредительные права были переданы Канаде. С этого момента британский Парламент утратил полномочия принимать законы для Канады. Конституционный акт, содержащий Канадскую хартию прав и свобод и ряд других положений, не отменил Акт о Британской Северной Америке 1867 г. и другие источники канадской Конституции. Вместе с Конституционным актом 1982 г. они составили систему юридических источников,

которые в совокупности своей составляют Конституцию Канады.

Неписанные конституции представляют собой редкое исключение. В настоящее время они применяются только в Великобритании и Новой Зеландии.

Неписаная конституция имеет те же предметы правового регулирования, что и писаная. Иными словами, неписаная конституция закрепляет форму правления, форму государственного устройства, структуру высших органов государственной власти, правовое положение личности и т.д., но ее предписания содержатся не в едином документе, а в огромном числе источников права. Таким образом, форма объективирования неписаной конституции неопределенна. Поясним это на классическом примере Великобритании.

В Британии в течение короткого срока (1653 - 1660) действовала писаная Конституция - орудие управления О. Кромвеля, но она не оставила заметного следа в развитии британского конституционализма. Современная британская неписаная Конституция представляет собой весьма сложный конгломерат различного рода источников. Эта Конституция непрерывно дополняется и изменяется. Она состоит из следующих основных частей.

Статутное право. В эту группу источников включаются некоторые древние акты и ряд важнейших парламентских законов конституционного характера: Великая хартия вольностей 1215 г., Петиция о праве 1628 г., Билль о правах 1689 г., Акт об устройении 1701 г., Акты о Парламенте 1911 и 1949 гг., Акт о пэрстве 1963 г., Акты о народном представительстве 1949 и 1969 гг., Акт о местном управлении 1972 г. и ряд других. Парламентские статуты порождают новые права и обязанности должностных лиц и граждан, изменяют правовой статус государственных органов и общественных организаций, меняют взаимоотношения между различными частями политической системы.

Общее право (прецедентное право) - сложившееся после норманнского завоевания общее для всей Англии право, которое было создано королевскими судами и первоначально противопоставлялось местному обычному праву. Оно основывалось не на законе, а на общих принципах справедливости и разума, здравого смысла. Юридической базой общего права является доктрина *Stare decisis*, в силу которой суд придерживается ранее состоявшихся решений по аналогичным делам (прецедент). На практике это

означает, что решения судов высшей инстанции обязательны для всех нижестоящих судов при рассмотрении похожих дел. Нормы общего права сыграли особо важную роль в сфере определения объема и порядка осуществления гражданских прав и свобод. Так, в судебном решении о прокламациях 1611 г. было сформулировано положение о том, что король своей прокламацией не может объявить преступлением то, что таковым до этого не считалось. В решении 1839 г. было сказано, что резолюция Палаты общин не может изменять права страны. В 1922 г. суд запретил исполнительной власти облагать граждан налогами без прямого уполномочия Парламента. В 1936 г. суд разрешил полиции входить в любое публичное собрание, если есть разумные основания подозревать, что оно может вызвать беспорядки.

Конституционные соглашения - правила политической практики, которые считаются обязательными и неукоснительно соблюдаются теми, кого они непосредственно касаются. Установленные конституционными соглашениями предписания не могут быть принудительно осуществлены через суд. Конституционные соглашения составляют важнейшую часть британской неписаной конституции. Вся система управления Кабинета целиком основана на этих соглашениях: выбор премьер-министра, подбор членов Кабинета, коллективная ответственность Кабинета перед Палатой общин, роспуск Палаты общин. Фактический статус монарха, созыв Парламента на ежегодные сессии и многое другое регулируются только конституционными соглашениями.

Доктринальные источники - мнения авторитетных ученых, к которым обращаются в тех случаях, когда выявляется пробел в конституционном праве. К числу доктринальных источников относятся следующие труды: Брэктон. Трактат о законах Англии (1250); Блэкстон. Комментарии законов Англии (1565); Кок. Правовые институты Англии (1628); Фостер. Решения королевских судов (1763). К числу авторитетных ученых обычно относят Джона Локка (1632 - 1704), Иеремию Бентама (1748 - 1832), Эдмунда Берка (1729 - 1797), Дж. С. Милля (1806 - 1873), Эрскина Мэя (1815 - 1886), А.В. Дайси (1835 - 1922), Дж. Остина (1911 - 1960) и др.

Британская конституция представляет собой столь странное явление, что сами англичане не в состоянии дать ему адекватное истолкование. Что касается неангличан, то при попытке уяснить сущность этого явления они часто оказываются в тупике. Известный американский публицист Ч. Сульцбергер иронизирует: "Британцы имеют замечательную политическую систему, которая, кажется, основывается на вере и парадоксе: конституционность без конституции, разделение правящих властей, в действительности означающее слияние этих властей. Каждый министр представляет и легислатуру, поскольку он пришел из парламента, и исполнительную власть, поскольку заседает в Кабинете. Лорд-канцлер соединяет в себе одновременно все три власти - судебную, как главный судья, законодательную, как лидер палаты лордов, и

исполнительную, как министр, возглавляющий правительственный департамент".

Кажущаяся противоречивость, а порою и бессмысленность британской неписаной Конституции отнюдь не может рассматриваться как забавный анахронизм. Эта Конституция весьма гибка и удобна в практическом смысле. В отличие от своих писаных собратьев, она не нуждается в сложной процедуре принятия дополнений и изменений. Для этого существует масса более простых способов - от парламентского закона до создания нового прецедента.

§ 4. Порядок принятия и изменения конституций

Право на принятие первой или новой конституции является проявлением учредительной власти и осуществляется либо избирательным корпусом, либо представительным учреждением, либо исполнительной властью. Эти три основных способа принятия конституции применяются как в чистом виде, так и в различного рода сочетаниях.

Способ принятия конституции нельзя считать чисто техническим вопросом - это вопрос политический, т.к. он определяет характер конституции. Доктрина конституционного права базируется на представлении, что принятие конституции - акт учредительной власти, последняя же принадлежит народу (в силу теории народного суверенитета) или органу, уполномоченному на принятие основного закона.

В теории принятие конституции путем референдума в наибольшей степени соответствует вышеназванной концепции, поскольку в этом случае конституция создается самим источником учредительной власти. Однако на практике конституционный референдум, как правило, не отражает волю народа даже в том

случае, если за конституцию проголосовало большинство. Связано это и с особенностями самой конституции как акта, и с процедурными особенностями референдума.

Во-первых, конституция представляет собой достаточно сложный правовой документ, понимание которого требует определенной, достаточно высокой правовой культуры. В странах, где много неграмотных или малограмотных, где в целом уровень правовой культуры населения невысок, многие не могут либо познакомиться с текстом, либо понять его. В такой ситуации проведение конституционного референдума - только имитация демократии.

Во-вторых, на референдуме граждане могут голосовать только либо за, либо против предложенного текста, т.е. они определяют свое отношение ко всему тексту конституции в целом, а не к отдельным ее статьям, что может привести к одобрению текста, который только в определенной мере отражает волю избирателей, просто выбирающих "наименьшее зло".

Наблюдается следующая тенденция: чем реакционнее режим, тем чаще он прибегает к референдумам, поскольку именно набор методов и способов проведения референдума, формулирование предмета референдума позволяют манипулировать общественным мнением, соблюдая при этом внешнюю демократичность. В принципе возможна такая организация проведения референдума, при которой отношение референдариев к конституции не сможет даже выработаться. Оценка результатов каждого конкретного референдума зависит от конкретных условий, существующих в данной стране в момент принятия конституции, от того, какие политические силы (или какая часть политической элиты) заинтересованы в проведении референдума по вопросу о конституции, от уровня политической активности населения и целого ряда других факторов. Очевидно, что реальная демократичность референдума проявляется только в определенных условиях. Проведение референдума разумно только тогда, когда ответ однозначен и предмет ясен для понимания, т.е., например, при принятии поправок к конституции.

История конституционных референдумов насчитывает более двух столетий. В 1799 г. во Франции посредством народного голосования была утверждена Конституция VIII года, оформившая переворот 18 брюмера. В том же порядке были утверждены основные принципы Конституции 1852 г., которая легализовала государственный переворот Луи Бонапарта. Впоследствии конституционный референдум неоднократно применялся для легализации государственных переворотов (Турция - в 1961 г., Греция - в 1968 г., Малагасийская Республика - в 1972 г.). Обращает на себя внимание то обстоятельство,

что к этой процедуре неоднократно прибегали антидемократические режимы в Германии и Испании.

Вообще распространение референдума как способа принятия новейших конституций является характерной чертой второй половины XX века. Так, в послевоенный период избирательным корпусом были одобрены Конституция Дании 1953 г., Конституция Испании 1978 г., Конституция Филиппин 1987 г., Швейцарии 1999 г. и др.

Принятие конституции избирательным корпусом складывается из двух этапов - разработка проекта конституции и окончательное его одобрение, после чего конституция вступает в силу. Совершенно естественно, что сам избирательный корпус разработать проект конституции не может. Это делает либо учредительное собрание, либо специальный конституционный комитет. Первый вариант будет рассмотрен далее, что касается второго, иллюстрирующий его пример относится к политической истории послевоенной Франции.

Предварительный проект Конституции Франции был разработан Правительством в соответствии с указаниями Президента Шарля де Голля. Затем он был направлен в Консультативный конституционный комитет, созданный в соответствии с Конституционным законом от 3 июня 1958 г. Этот Комитет состоял из 39 членов, из которых 26 были избраны парламентскими комиссиями обеих палат, а 13 назначены Правительством. Консультативный конституционный комитет во время своих закрытых заседаний с 29 июля по 14 августа не внес ничего существенного в предварительный проект. Окончательный проект был утвержден Советом министров и опубликован 4 сентября. Исход референдума 28 сентября был фактически предрешен, т.к. все влиятельные политические партии, кроме коммунистов, призвали своих избирателей проголосовать "за". 4 октября 1958 г. Конституция V Республики была промульгирована.

Еще один способ принятия конституции - принятие конституции органами, созываемыми специально с этой целью, - учредительными собраниями (конституционными ассамблеями, конституционными конвентами). При условии, что выборы проведены демократично, эти органы представляют различные группы населения, что позволяет учитывать их мнение, а сам порядок работы такого органа дает возможность тщательно отработать каждую статью конституции. Так были приняты многие конституции XIX века, современные Конституции Италии, Индии, Боливии и некоторых других стран. В современной государственно-правовой практике учредительным органом все чаще становится обычный законодательный орган, при этом принятие конституции обычно обставляется некоторыми усложняющими и усиливающими ее особый юридический

характер формальностями. В ряде случаев выработанная учредительным собранием конституция передается затем на утверждение законодательных органов субъектов федерации или учредительных собраний субъектов федерации (США) либо выносятся на референдум (Конституция 1946 г. во Франции).

Ныне действующая Конституция США была принята Конституционным конвентом, который собрался в мае 1787 г. в Филадельфии по решению Континентального конгресса для пересмотра статей Конфедерации 1781 г. Этот орган формально не был наделен учредительной властью. 55 делегатов Конвента, представлявшие 12 из 13 тогдашних суверенных штатов <28>, объединенных в конфедеративный союз, сами присвоили себе учредительные полномочия. 17 сентября 1787 г. 39 делегатов, оставшихся к этому времени в Филадельфии, подписали проект Конституции, который затем Континентальный конгресс направил штатам для ратификации. В штатах с этой целью также были избраны конвенты, т.е. штатные учредительные собрания, на которые возлагалась задача "утверждения и ратификации" проекта Конституции. Для ратификации нужно было получить одобрение девяти штатов. Одобрение Конституцию 11 штатов, после чего 4 марта 1789 г. она официально вступила в силу. Таким образом, завершённая процедура принятия Конституции США распадается на два этапа: разработка и одобрение проекта Конституции (Филадельфийский конвент) и утверждение и ратификация проекта Конституции (конвенты штатов).

<28> Отказался Род-Айленд.

Французская Конституция 1791 г. была принята Учредительным собранием <29>. Одобрённый им текст Конституции был представлен королю для получения санкции, однако этот акт имел чисто символический характер. Во всяком случае, официальной датой вступления Конституции в силу является 3 сентября, т.е. день одобрения Конституции Учредительным собранием, а не 14 сентября, когда она была подписана Людовиком XVI. Таким образом, Учредительное собрание фактически полностью завершило весь процесс принятия Конституции.

<29> 5 мая 1789 г. королем были созваны Генеральные штаты. 17 июня того же года депутаты третьего сословия провозгласили себя Национальным собранием, а после революции 14 июля Национальное собрание преобразовало себя в Учредительное собрание.

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. Только учредительными собраниями были приняты Конституции Италии 1947 г., Индии 1950 г., Боливии 1967 г., Бангладеш 1972 г. Парламентами были приняты Конституции Пакистана 1973 г., Таиланда 1974 г., Греции 1975 г. В некоторых случаях учредительное собрание лишь разрабатывает и одобряет проект конституции, а окончательное решение о его принятии передается избирательному корпусу. Так, Конституция IV Республики Франции 1946 г. была разработана Учредительным собранием, а затем одобрена всенародным голосованием (референдумом).

Конституция может быть принята односторонним актом исполнительной власти - это октроирование, т.е. дарование. 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 короной. Исторический опыт показывает, что октроирование конституции не дар, не добровольный акт монаршей воли или органов метрополии, а вынужденная уступка политическим силам, борющимся за ограничение монаршей власти либо за освобождение от власти метрополии.

По способу изменения, внесения поправок и дополнений конституции подразделяются на жесткие и гибкие.

Жесткие конституции изменяются и дополняются в особом порядке, более сложном, чем тот, который принят для обычной законодательной процедуры. Если парламентские законы принимаются простым большинством голосов (50% кворума + 1 голос), то для принятия поправок и дополнений к конституции устанавливается особая процедура. По общему правилу конституция изменяется в том же порядке, в каком она была принята. Усложненный порядок изменений конституции по сравнению с обычным законом связан с идеей о том, что и принятие конституции, и ее изменение относятся к компетенции

учредительной власти, а она функционирует в соответствии с более строгими процедурными правилами, чем власть законодательная. Встречаются различные способы усложнения процедуры принятия поправок. Поправки могут: 1) ставиться на референдум (Ирландия, Франция); 2) одобряться законодательными собраниями субъектов федерации (США, Австралия); 3) одобряться дважды.

В некоторых конституциях прямо указывается, какие нормы не могут быть предметом пересмотра, так называемые неизменяемые нормы (чаще всего это республиканская форма правления). Так, согласно ст. 89 Конституции Франции 1958 г. "республиканская форма правления не может быть предметом пересмотра". Аналогичная норма содержится в ст. 139 Конституции Италии 1947 г. Шире перечень положений, не подлежащих пересмотру, в латиноамериканских конституциях. Так, согласно параграфу 4 ст. 60 Конституции Бразилии 1988 г. "не могут быть предметом рассмотрения какого-либо предложения поправки, ведущие к упразднению: 1) федеративной формы государства; 2) прямого, тайного, всеобщего и периодически проводимого голосования; 3) разделения властей; 4) личных прав и гарантий".

Процедура изменения конституций состоит из нескольких стадий. Во-первых, инициатива изменения конституции, которая обычно предоставляется либо парламенту, либо главе государства. Во-вторых, одобрение предложенного проекта изменения конституции, что, как правило, делает парламент квалифицированным большинством голосов. И наконец, окончательное одобрение принятого проекта изменения конституции. Эта функция, если она вообще предусмотрена, осуществляется либо главой государства, либо избирательным корпусом посредством референдума. В некоторых странах (США, Франция, Италия, Индия) предусматривается возможность применения различных процедур изменения конституции. Рассмотрим основные варианты.

Сложна процедура изменения федеральной Конституции США. Объединенная резолюция, содержащая в себе проект поправки к Конституции, должна быть одобрена либо двумя третями голосов обеих палат Конгресса, либо специальным Конвентом, созываемым по требованию законодательных собраний двух третей штатов. В обоих случаях одобренный проект поправки должен быть ратифицирован либо тремя четвертями законодательных собраний штатов, либо тремя четвертями конвентов штатов. Одобрение поправки штатами является окончательным. Анализ текста ст. V Конституции США позволяет заключить, что возможно применение четырех процедур принятия поправок к Конституции: Конгресс - легислатуры; Конгресс - конвенты; Конвент - конвенты; Конвент - легислатуры. На практике применялся в основном первый вариант. Лишь XXI поправка, отменившая XVIII поправку о сухом законе, была принята способом "Конгресс - конвенты". К настоящему времени принято 27 поправок к

Конституции.

Статья 89 Конституции Франции 1958 г. предусматривает два варианта процедуры пересмотра Основного Закона. Инициатива пересмотра осуществляется либо Президентом, действующим по предложению премьер-министра, либо Парламентом. В первом варианте проект или предложение должны быть одобрены в идентичной редакции обеими палатами Парламента. "Пересмотр является окончательным после одобрения его референдумом" (ст. 89). Второй вариант процедуры относится только к проекту пересмотра (но не к предложению о пересмотре). После принятия проекта пересмотра обеими палатами в идентичной редакции Президент представляет его в Парламент, созванный в качестве Конгресса. Согласно ст. 89 "в этом случае проект пересмотра считается одобренным, если он получает большинство в три пятых поданных голосов". Интересно, что конституционной обязанности Президента доводить процедуру до конца (т.е. до созыва Конгресса) нет, поэтому проекты, одобренные обеими палатами, могут "повиснуть" без окончательного утверждения на неопределенный срок, что и произошло с одобренными палатами проектами изменений ст. 6 (1973 г.) и ст. 25 (1974 г.). Впрочем, не существует препятствий и для того, чтобы Президент возобновил процедуру, начатую любым из предшественников.

Двойные процедуры изменения конституций предусмотрены Конституциями Италии, Индии, Японии и некоторых других стран. Статья 138 Конституции Италии 1947 г. гласит: "Законы, изменяющие Конституцию, и другие конституционные законы принимаются каждой из палат после двух последовательных обсуждений с промежутком не менее трех месяцев и одобряются абсолютным большинством членов каждой палаты при втором голосовании". Принятые в таком порядке поправки могут быть вынесены на референдум по требованию одной пятой членов одной из палат Парламента, пяти областных советов или пятисот тысяч избирателей. Если при втором голосовании в Парламенте поправка к Конституции была одобрена квалифицированным большинством в две трети голосов, то референдум не проводится. Таким образом, речь идет о двух процедурах изменения Конституции - чисто парламентской и смешанной, допускающей возможность обращения к избирательному корпусу.

Конституция Индии в качестве основной предусматривает чисто парламентскую процедуру принятия поправок (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 legislatures не менее половины штатов.

В некоторых странах (ФРГ, Греция) применяется чисто парламентская процедура изменения конституции. Основным Законом ФРГ может быть изменен только законом, который должен быть принят большинством в две трети голосов бундестага и бундесрата (ст. 79).

Гибкие конституции изменяются и дополняются в том же порядке, что и обычные законы. Никаких особых процедур для этого случая не предусмотрено, т.к. отсутствует сам писанный текст основного закона. К этому типу относятся Конституции Великобритании и Новой Зеландии.

Контрольные вопросы к главе 2

1. Определение конституции.
2. Соотношение конституции и конституционализма.
3. Основные черты конституций зарубежных стран.
4. Классификация конституций по различным основаниям.
5. Понятие конституции юридической и фактической.
6. "Живая" Конституция.
7. Принципиальные различия и сходство писаной и неписаной конституций.
8. Плюсы и минусы жесткости конституций.
9. Референдум как способ принятия конституции.
10. Какой порядок принятия конституции Вы считаете наиболее демократическим и почему?
11. Сравните Конституции США и Великобритании.