Конституция: идея и история (на примере Античности, Англии, Франции, США и Германии)

ЮМАШЕВ Юрий Михайлович, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор

Россия, 119019, г. Москва, ул. Знаменка, 10

E-mail: yuri.marina.ivan@gmail.com

Автор статьи последовательно прослеживает процесс формирования и развития конституционной идеи, начиная со времен Античности и заканчивая современностью на примере основных демократических стран Запада — Англии, США, Франции и Германии.

Родиной конституционализма был древнегреческий полис, а основным теоретиком в этой сфере — Аристотель, который на основании исследования 158 конституций полисов своей эпохи пришел к выводу, что относительно лучшей моделью конституции является смешанная конституция, поскольку именно такая модель гарантирует стабильное политическое устройство. Образцом смешанной конституции служила конституция Спарты. Согласно Полибию и Цицерону модель смешанной конституции была присуща и Древнему Риму.

Аристотелевская модель смешанной конституции была воспринята современным конституционализмом. Так, написанная конституция Англии, основанная на традиции и праве давности, ограничивает prerogatives короны в пользу парламента и расширяет права индивидов. В Конституции США действует принцип «сдержек и противовесов», согласно которому различные уровни власти (федерация и штаты) ограничивают друг друга, а конституционная юстиция обладает компетенцией судебного контроля. Кроме того, в конституции провозглашен приоритет прав человека. Особенностью Конституции Франции является то, что понятия нации и Республики имеют приоритет перед конституцией, а Конституционный совет не является самостоятельной контролирующей инстанцией. Права человека опираются на законы парламента, а не на конституцию, которая играет в политической жизни Франции меньшую роль, чем, например, в США. Основной закон (Конституция) Германии «скроен по лекалам» Конституции США, начиная от приоритета прав человека и заканчивая разграничением властных отношений между федерацией и землями. Конституционный суд не только защищает основные права граждан от политического, законодательного и административного вмешательства государства, но и стимулирует процесс развития немецкого конституционализма в реализации политической системы страны.

Во всех рассмотренных странах в основу конституций положен суверенитет народа, и они имеют смешанный характер.

Ключевые слова: конституционализм, смешанная конституция, государство, права человека.

Для цитирования: Юмашев Ю. М. Конституция: идея и история (на примере Античности, Англии, Франции, США и Германии) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2020. № 4. С. 31—46. DOI: 10.12737/jflcl.2020.030

Введение

Конституция занимает высшую ступень в механизме правового регулирования жизнедеятельности государства, ее основная задача — институализировать политический порядок, определяя при этом правила принятия политических решений. Исторический опыт показывает, что конституции наиболее востребованы в переломные моменты общественно-исторического развития, в периоды революций или образования новых государств, решая все проблемные и спорные ситуации общественно-политической жизни своей страны. Так было в 1776 г., когда американские колонии начали освободительную войну за независимость с Англией — своей бывшей метрополией. Так было и во Франции в 1789 г. после взятия Бастилии. Старый режим рухнул, и была разработана революционная Конституция 1791 г.

В Германии эпоха конституций началась в XIX в. Но здесь все было иначе. После революции 1848—1849 гг. настало время конституционных перемен и

начался период согласования конституций между короной и сословиями.

После распада социалистического лагеря 1989—1990 гг. восточноевропейские страны захотели иметь демократические конституции по западноевропейскому образцу.

В современных конституциях помимо политических аспектов исключительно важную роль играют принципы, согласно которым функционирует государство: права человека, демократия, правовое и социальное государство, разделение властей и ограничение политической власти.

Являясь высшим инструментом общественно-политического развития государств, конституции провозглашают их цели, главным образом в преамбулах. Так, в преамбуле Конституции США 1787 г. прямо сказано: «Мы, Народ, даем Конституцию, чтобы осуществлять свой союз в интересах реализации справедливости, обеспечения спокойствия внутри страны и ее безопасности, стимулирования общего бла-

госостояния во имя счастья свободы для нас самих и наших потомков, торжественно провозглашаем и устанавливаем настоящую Конституцию Соединенных Штатов Америки»¹.

А в преамбуле Основного закона (Конституции) Германии 1949 г. подчеркивается стремление обеспечить национальное и государственное единство и в качестве равноправного члена единой Европы служить делу мира во всем мире. В статье 1 Основного закона Германии провозглашается принцип защиты человеческого достоинства и признание нерушимости и неотчуждаемости прав человека как основы любого демократического общества².

Таким образом, конституция сформулирована в качестве акта, данного властью народа, и действует в форме конституционного закона, нормы, институты и принципы которого имеют статус позитивного права и который имеет приоритет над обычными законами. В конституции, в частности, узаконены разграничение и ограничение компетенций основных политических органов власти государства с помощью механизма их взаимного контроля, а также создание независимой конституционной юрисдикции (судебной инстанции) и недопущение вмешательства государства в сферу защищаемых законом основных прав человека. Другими словами, современные конституции, с одной стороны, конституируют политические аспекты жизнедеятельности государства, а с другой — ограничивают его политическую власть, расширяя социальную, экономическую, культурную и политическую сферы деятельности индивида. Принцип самоограничения суверенной власти народа, давшего конституцию, позволяет государству осуществлять повседневную жизнь и достигать консенсуса разных слоев общества, который часто бывает трудно установить.

В целом нормативная сила конституции лишь отчасти является результатом акта ее предоставления. В большей степени ее нормативность — результат согласия и признания, которые достигаются в течение длительного времени.

И хотя верно, что конституция имеет решающее значение в периоды образования новых государств, в переломные моменты истории и в революционные эпохи, для установления нового общественно-политического порядка ее роль не должна ограничиваться только характером учредительного документа. Чтобы быть действующей, конституция должна постоянно находить подтверждение в согласии граждан, в интересах которых она была разработана.

В связи с этим называют две важные функции конституции:

1) конститутивная, согласно которой устанавливаются основные структуры политической системы, сфера действия политических решений, круг лиц, их принимающих, и их компетенции. Она формирует институты и создает основу политической власти в трех областях: законодательной, исполнительной и судебной. Конституция также определяет субординацию, разделение и ограничения каждой из ветвей власти, границы их компетенций и процедуры реализации ими своей политической воли и принимаемых решений;

2) легитимационная, цель которой — подтвердить легитимность созданного конституцией нового общественно-политического порядка, что означает его признание правомерным в качестве должного и отвечающего интересам государства и его граждан.

Конституция может легитимировать общественно-политический порядок посредством ссылки на его происхождение и особые обстоятельства установления. Так, в Конституции США 1787 г. и Основном законе ФРГ 1949 г. термин «народ» означает, что «коллективный субъект» — народ — выступает в качестве властной силы, предоставляющей конституцию и конституирующей и легитимирующей посредством конституционного акта новый общественно-политический порядок.

Но этого акта и ссылки на коллективного субъекта, предоставляющего конституцию, недостаточно. Необходимо согласие населения путем референдума или представительного демократического органа, чтобы обосновать правомерность конституции и действующего на ее основе общественно-политического порядка.

Важно также, что конституция выполняет интегрирующую функцию самоидентификации нации и общества и его осознания в качестве такового.

Конституция должна устанавливать не только общественно-политический порядок с его властными органами, институтами и процедурами, но и вводить ограничения на осуществление власти государством, т. е. выполнять ограничительную функцию.

Это характерно для современных конституций, которые ограничивают власть государства главным образом посредством расширения сферы свободы действий индивидов.

В наши дни разработаны новые конституционные инструменты ограничения власти государства, в частности благодаря механизмам взаимного контроля, осуществляемого властными органами во взаимоотношениях между собой, а также решения конфликтов между ветвями власти.

Существенная роль в этом плане отводится конституционным судам, которые решают проблемы споров между высшими органами государственной власти.

¹ См.: Фридман Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 238.

² См.: Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 181. Статья 1 Основного закона Германии гласит: «Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его — обязанность всякой государственной власти».

И, наконец, важно, что конституции устанавливают иерархию правовых актов в правовом порядке государства.

Конституции в Античности и Средневековье

Аристотеля (384—322 до н. э.) можно назвать первым великим теоретиком и аналитиком конституционализма. Он изучил различные представления общественно-политических порядков в греческих полисах своего времени и попытался определить относительно лучшую конституцию. В 500 г. до н. э. считалось, что политический порядок полиса имеет божественное происхождение. Лишь при Солоне (между 640 и 635 — ок. 559 до н. э.) благодаря его реформам это представление постепенно стало меняться³. И граждане полиса восприняли светскую идею установления полисного общественно-политического порядка. Тем не менее еще долго сохранялось представление о божественной природе гарантий справедливости и целеполагания государственного устройства полиса. Благодаря Клисфену (род. 565 до н. э.) и его реформам (508—507 г. до н. э.) влияние граждан на общественную жизнь полиса уже не ставилось под сомнение⁴. И тогда стал обсуждаться вопрос о лучшем устройстве полиса.

Аристотель в работе «Политика» говорит о конституции как о государственном устройстве полиса. При этом он использует это понятие в различных аспектах.

Конституция в узком смысле понималась как институциональное устройство с указанием того, кто имеет доступ к руководящим органам полиса и может участвовать в принятии решений. Таким образом, речь шла об управлении государством.

Конституция в нормативном смысле была призвана адаптировать справедливую систему управления полиса к природе и цели полиса как сообществу граждан. Но нормативный смысл аристотелевской конституции не следовало понимать в качестве ее приоритета над обычными законами. При Аристотеле государство-полис считалось высшей формой организации человеческого сообщества, поскольку обеспечивало нормальные условия совместного проживания большого количества людей и позволяло вести жизнь, ориентированную на достижение счастья.

Аристотель разработал критерии лучшего государственного устройства как идеальной конституции. Одним из таких критериев было совпадение добродетели правителя и его подданных. Однако по-

добное совпадение носило скорее теоретический, чем практический характер.

На основании исследования 158 конституций полисов своей эпохи философ пришел к выводу, что относительно лучшей моделью конституции является смешанная конституция, поскольку именно такая модель гарантирует стабильное политическое устройство⁵. Согласно классификации Аристотеля существует шесть видов государственного устройства: три из них — правильные (царская власть, аристократия, полиция), а три — «отклонения» от первых трех (тирания, олигархия, демократия)⁶. В качестве наилучшей из них он считал полицию. Согласно этой форме правления большинство правит в интересах общей пользы, а потому полиция — высшая форма правления. Она обеспечивает должный и стабильный политический порядок, когда социальные противоречия могут уравниваться эффективным функционированием институциональной системы. Другими словами, важно найти такую смешанную форму правления, которая могла бы сбалансировать социальные противоречия, политически их нейтрализовать и одновременно усилить средние слои населения, которые, по мысли Аристотеля, способны оказывать стабилизирующее влияние на ход общественной жизни в полисе.

Аристотелевская модель смешанной конституции была воспринята современным конституционализмом⁷. И здесь прежде всего следует отметить конституцию Спарты, которая благодаря тому, что гарантировала политическую стабильность, заняла исключительное место в теории конституционализма⁸.

В Спарте были два наследственных правителя (цари), которые одновременно являлись главными вое-

⁵ Аристотель систематизировал свое исследование в шестичленную схему на основании двух критериев: количество правителей и способ (форма) правления. Так, если правитель действует в интересах общественного блага, — это хорошая форма конституции, а в интересах правящей элиты — плохая; монархия — хорошая форма конституции, тирания — плохая; при правлении немногих аристократия — хорошая форма конституции, олигархия — плохая; при правлении всех демократия — плохая форма конституции, так как демократия управляется демагогами, а не законом.

⁶ См.: *Аристотель*. Сочинения: в 4 т. М., 1984. Т. 4. С. 457.

⁷ Согласно Аристотелю «государство стремится к тому, чтобы все в нем были равны и одинаковы, а это свойственно преимущественно людям средним... средний вид государственности наилучший... там где средние граждане многочисленны, все реже бывают среди граждан группировки и раздоры» (*Аристотель*. Сочинения. Т. 4. 508—509). О влиянии государствоведческих идей Аристотеля на современную политико-правовую мысль см.: *Нерсисян В. С.* Политические учения Древней Греции. М., 1979. С. 212 и след.

⁸ Справедливости ради следует сказать, что в данном случае Аристотель следовал за своим учителем Платоном.

³ Солон — один из «семи мудрецов», время которых принято называть «веком этических идей». О Солоне, его реформах и законодательстве подробнее см.: Древняя Греция / отв. ред. В. В. Струве. М., 1956. С. 138 и след. О «семи мудрецах» см., в частности: *Engels J.* Die Sieben Weisen. Leben, Lehren und Legenden. München, 2010.

⁴ О Клисфене и его реформах подробнее см.: Древняя Греция / отв. ред. В. В. Струве. С. 151 и след.

начальниками; герусия — совет 28 старейшин в возрасте свыше 60 лет, выбираемых пожизненно; 5 эфоров — на годовой срок (их переизбрание на второй срок воспрещалось) и собрание спартанцев. Именно эфоры следят за неукоснительным соблюдением законов всеми гражданами, в том числе царями. С появлением эфоров спартанским царям фактически была оставлена функция лишь командования армией. Эфоры были главными блюстителями спартанского образа жизни. Всякое покушение на равенство прекратилось⁹.

Таким образом, появление института эфоров привело в равновесие весь государственный механизм Спарты и на несколько веков обеспечило гражданский мир в стране. Спартанская конституция имела «смешанный характер» по сравнению с тремя типами «чистого» правления: монархией (цари), олигархией (герусия), демократией (эфоры). Соответственно, спартанская конституция была компромиссом между различными группами населения и сословиями.

Аристотель (вслед за Платоном) указывал еще на одну особенность спартанской конституции — контролирующую функцию, которую в конституциях нового времени принято называть механизмом «сдержек и противовесов»¹⁰. Так, Платон и Аристотель видели в Спарте систему взаимного контроля в отношениях между царской властью и эфорами. И эта институционально встроенная система взаимного контроля должна была гарантировать защиту от злоупотребления властью.

Полибий (ок. 200 — ок. 120 г. до н. э.) во «Всеобщей истории» распространил (и даже развил) «смешанную модель конституции» на Рим, включая идею «сдержек и противовесов»¹¹. Благодаря этой системе правления Рим завоевал всю античную ойкумену, так как эта система обладала стабильностью и гибкостью.

На основе аристотелевской теории Полибий создал собственную типологию форм правления. Для избежания слабостей чистых форм конституций (форм правления: царь-тиран; аристократия — олигархия; демократия — охлократия) он предложил модель «круговорот форм конституций», чтобы создать

только на основе правильных смешанных отношений стабильную и долгосрочную модель. По его мнению, такой «круговорот» — «естественный процесс, совершающийся по закону природы»¹².

Полибий таким образом стремился устранить нарушения правильных форм правления правителями, лишенными добродетелей, с помощью институциональных инструментов. В Римской республике это были меняющиеся магистраты, сенат, народные трибуны, народное собрание. В отличие от спартанской смешанной модели римская модель была эволюционной, так как сформировалась благодаря внутренним конфликтам и стала сбалансированной и отличалась также экспансионистским характером.

Полибий констатирует смену институциональных механизмов в конституциях Спарты и Рима первой половины II в. н. э., благодаря чему происходило их взаимное влияние при сохранении внутриинституционального контроля.

В отличие от современных конституций с их принципом разделения функций (законодательной, исполнительной, судебной) модель Полибия действовала на основе политических договоренностей различных сословий, что на практике означало ограничение злоупотребления властью. Современные конституции восприняли этот принцип, и он успешно действует в обществах, в которых уже нет сословной иерархии, а существует равенство гражданских прав.

Таким образом, типизация смешанных моделей конституций Античности, основанная на эмпирических данных систем правления того времени, имела непреходящее теоретическое значение¹³.

Концепции смешанного правления придерживались и Цицерон (106—43 до н. э.), один из крупнейших теоретиков государственности времен агонии Римской республики. Он находился под сильным влиянием учений Аристотеля и Полибия и в смешанной модели правления видел единственный шанс для оживления республиканского правления в Риме: «...при разумно смешанном государственном устройстве... нет причин для перемен... положение каждого прочно. И такому устройству всегда свойственно великое равенство, без которого свободные люди едва ли могут долго обходиться»¹⁴. Цицерон положительно оце-

⁹ Подробнее о государственном устройстве Спарты см., например: Волков А. В. Спарта. Со щитом и на щите. М., 2005. С. 99 и след. О Ликурге Спартанском и его законодательстве см.: Плутарх. Сравнительные жизнеописания: в 2 т. М., 1994. Т. 1. С. 48 и след.; см. также: Штоль Г. В. История Древней Греции в биографиях. Смоленск, 2003. С. 5 и след.

¹⁰ Речь идет об ограничении полномочий различных органов государственной власти, которые взаимно контролируют друг друга.

¹¹ Полибий. Всеобщая история: в 3 т. СПб., 1995. Для целей данной статьи наибольший интерес представляет книга 6 «Всеобщей истории» (Т. II. С. 5 и след.).

¹² Полибий. Указ. соч. С. 12 («Такой круговорот государственного общежития, таков порядок природы, согласно которому формы меняются, переходя одна в другую и снова возвращаются.»)

¹³ Как отмечали советские исследователи конституционализма, смешанная модель правления «является теоретической конструкцией политической формы властвования вообще». См.: История буржуазного конституционализма XVII—XVIII вв. / под ред. В. С. Нерсисянца, В. Г. Каленского, П. С. Грацианского. М., 1983. С. 25 и след.

¹⁴ Цицерон Марк Туллий. Диалоги о государстве, о законах. М., 1966. С. 33.

нивал смешанное устройство, поскольку считал, что только оно способно выразить идею справедливости и только при таком устройстве оно способно быть вечным¹⁵. Ему мы обязаны введением в научный оборот в политико-правовой мысли таких понятий, как «государство — дело народа», определение государства в качестве общего «правопорядка» и разработки «естественного права» как высшей формы права, не зависящей от воли людей. Он ближе всех подошел к современной трактовке конституционализма и конституции, но его идеи не нашли продолжения в дальнейшем.

В Риме так и не была разработана письменная конституция. Существовал лишь канон норм, которые создавались и признавались через традицию. Эта нормативно действующая связь традиции не кодифицировалась, не принимала форму позитивного права, но соответствовала тому, что характерно для историко-эволюционного понятия конституции прежде всего в Англии, как будет показано далее¹⁶.

Средневековье не стало по большому счету вехой в развитии конституционализма. Термин «конституция» (*constitutio*) применялся для обозначения одной из форм законодательства поздней Римской Империи.

Конституционализм в средневековом смысле не выходил за рамки церкви и университетов, что получило выражение в эдиктах, статутах, регламентах, уставах, судебных процедурах. И в тот период, XII—XIII вв., христианская церковь и ее институты формировали зачатки правовой культуры в Европе. Так, Орден доминиканцев в XIII в. разработал письменную форму документа, сравнимую с современной конституцией. И хотя этот документ был адресован узкому кругу членов ордена, его можно считать зачаточной формой современной конституции.

Позднее, в XIV—XVI вв., понятие «конституция», кроме прочего, означало регулируемый правом порядок передачи преемнику прерогатив наследственной монархии. В Германии в этот период политический лексикон пополнился термином «основные законы». Они регулировали ленные отношения между сеньором и вассалом, составлялись в договорной форме и были направлены прежде всего на защиту сословных прав вассалов в ущерб привилегий и властных полномочий сеньоров.

«Основные законы» также регулировали в договорной форме правовые отношения между императором Священной Римской Империи и немецкими князьями. Однако эти «основные законы» нельзя рассматривать как конституцию отдельного го-

сударства в современном смысле, поскольку они не имели обобщающего содержания. И при выборах каждого нового императора их содержание менялось.

При переходе к новому времени в развитии конституционализма появляются два новых направления. Это прежде всего стремительное развитие теории «естественного права», существование которого обосновывал еще Цицерон. Согласно этой теории естественное право вневременно и внеисторично. Оно не зависит от человеческого разума и воли и предшествует любому политическому порядку, который по этой причине должен соответствовать естественному праву. Соответствие политического порядка естественному праву служит критерием его правомерности. Таким образом был сделан важный шаг к рассмотрению конституции в качестве самостоятельного права, имеющего более высокий ранг, чем обычные законы.

Данная теория естественного права бросала вызов традиционному представлению о легитимности власти князя или короля, стоящего выше закона на основании принципа *legibus solutus* («не связанный законами»). Понятие права высшего ранга позволило подчинить правителя и его правление праву.

В средневековой Англии Великая хартия вольностей 1215 г. знаменовала начало процесса ограничения абсолютной монархической власти, в данном случае английского короля Иоанна Безземельного в пользу фундаментальных прав, свобод и привилегий высших сословий страны¹⁷.

Дальнейшее развитие современного конституционализма было связано с вторичным открытием аристотелевской «Политики» в конце XIII в. Фома Аквинский (1225—1274), например, хотя и признавал в качестве лучшего образа правления монархию, но считал, что для внутреннего мира и стабильности аристократия и народ должны выбирать монарха преимущественно на основе процесса законотворчества.

Концепция «смешанной конституции» использовалась и для регулирования взаимоотношений между папой Римским и его Канцелярией. Канцелярия участвовала в принятии решений Ватикана наряду с папой Римским с целью ограничения власти последнего¹⁸.

¹⁵ Там же. С. 67.

¹⁶ Цицерон, кстати, показывает, что традиция нравов, обычаев и нормотворчества способна прерываться, а потому нужны новые механизмы, чтобы сохранить стабильный конституционный порядок.

¹⁷ См. об этом: *Петрушевский Д. М.* Великая хартия вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII века. М., 1918. С. 20 и след. Там же см. оригинальный латинский текст Великой хартии вольностей (С. 147 и след.). Современный перевод Великой хартии вольностей на русский язык см.: *Международные акты о правах человека: сб. док. М., 2000. С. 3 и след.*

¹⁸ Отголоски «живучести» «смешанной модели» правления видны в положениях Латеранского договора 1929 г. в государстве Ватикан, согласно которым субъектом междуна-

Но особенно эффективное применение модель «смешанной конституции» нашла во времена Ренессанса (XV—XVI вв.) в городах-государствах Италии. Н. Макиавелли в «Рассуждении о первой декаде Тита Ливия» рассматривает эту модель как инструмент разрешения конфликтов между аристократией и народом во Флоренции.

А современники Макиавелли считали прежде всего Венецию самой стабильной республикой, которая благодаря модели — монархии, аристократии, демократии — была мало подвержена внутренним конфликтам. В городах-государствах Италии того времени возникали те же проблемы, которые пытались решать Полибий с помощью своей «смешанной модели» и ранних форм «сдержек и противовесов», устанавливающих взаимный контроль в отношениях между органами государственной власти.

Таким образом, теория конституционализма проделала долгий путь от греческих и римских античных времен через итальянские города-государства в Англию, а оттуда в Северную Америку, чтобы вернуться на Европейский континент и начать эру современного конституционализма.

Становление современного конституционализма

Англия. Эта страна до сих пор не имеет писаной конституции, если понимать конституцию как акт, зафиксированный в одном документе. Однако уже со времен Генриха VIII (1491—1547) в Англии действует парламент, сформированный не по сословному принципу и принимающий законы согласно официальной законодательной процедуре.

Кроме того, Великая хартия вольностей, Петиция прав, Декларация прав, Билль о правах представляют собой «квазиконституционные документы»¹⁹. Их называют основополагающими конституциями. И хотя сфера их действия ограничена, они считаются «предшественниками кодексов индивидуальных прав».

Э. Берк (1729—1797) называл совокупность всех этих документов «конституционной политикой», согласно которой права, зафиксированные в них, «передавались, как собственность, от поколения к поколению». То был долгий эволюционный процесс естественного развития основополагающих английских законов, которые, по словам великого английского теоретика права А. Дайси (1835—1922), «стоят сотен статей конституции».

Безуспешная попытка создать писаную конституцию Англии была предпринята в середине XVII в. О. Кромвелем (1599—1658), после установления республики и казни короля Карла I в 1649 г., который в обоснование своих монарших прерогатив во время

противостояния с парламентом ссылался на «древнюю конституцию» правления Англией, устанавливавшую связи между монархией, парламентом и подданными²⁰. И хотя она не была зафиксирована в едином документе, но имела высший нормативный статус и как таковая стояла выше монарха и могла применяться против него, что и произошло после того как роялисты потерпели поражение и Карл I был казнен. В 1653 г. была разработана письменная конституция под названием «Орудие управления» (the Instrument of Government). Кромвель принес присягу новой конституции в качестве пожизненного лорда-протектора Английской республики. На ее основе был создан механизм (правда, не всеобъемлющий) правления, согласно которому парламент наделялся законодательными полномочиями, лорд-протектор (Кромвель) — исполнительной властью, подлежащей ограничению со стороны Государственного Совета²¹. Современные английские авторы рассматривают ее как прообраз первой письменной конституции современного государства²². Казнив короля, революционеры продолжали верить в монархию и предложили корону Кромвелю, от которой он отказался²³. После его смерти в 1658 г. монархия была восстановлена с воцарением в 1660 г. Карла II — сына казненного короля. И конституция Кромвеля, как и все законодательство революции, была объявлена аннулированной, так и не начав по-настоящему действовать.

Общее право в качестве обычного понимается как «древняя конституция». Она подразумевает ограничение королевской власти посредством расширения сферы действия правопорядка. Так что считается, что «древняя конституция» существует с незапамятных времен²⁴. Ее действие не было прервано даже нормандским завоеванием 1066 г. Вильгельм I лишь подтвердил этот древний правопорядок. И на основании такого толкования древней конституции король был включен в конституционное регулирование в качестве субъекта. Такое включение было чревато кон-

²⁰ Подробнее о О. Кромвеле см., например: *Барг М. А.* Великая английская революция в портретах ее деятелей. М., 1991. С. 152 и след.

²¹ В 1657 г. была принята новая парламентская Конституция. Она поставила армию под финансовый контроль парламента и подчинила ему протектора, но сделала протекторат наследственным.

²² См.: *Loughlin M.* The British Constitution: A Very Short Introduction. Oxford, 2013. P. 15.

²³ Правда, сделал он это под давлением офицеров. Но ему было дано право назначать себе преемника.

²⁴ Великая хартия вольностей 1215 г. и Петиция о праве 1628 г. служат ее подтверждением. В частности, Великая хартия вольностей никогда не рассматривалась в качестве действующего права, но формировала в сознании англичан их политические идеалы и требования. См.: История буржуазного конституционализма в XVII—XVIII вв. С. 65.

родного права является «Святой Престол», т. е. папа Римский и его Канцелярия.

¹⁹ См.: Международные акты о правах человека. С. 14 и след.

фликтами между королем и парламентом, поскольку считалось, что англичане получили право создавать парламент непосредственно из древней конституции, а не с санкции короля.

После Славной революции 1688—1689 гг. начались дебаты о «смешанном характере» древней конституции, естественном праве, а также о «неделимом народном суверенитете».

Английская модель смешанной конституции была фактически результатом исторического развития модели Полибия²⁵. Сотрудничество королевской власти (посредством инструмента «корона в парламенте») и обеих палат парламента стало основной чертой английского конституционализма. Палата лордов играла роль балансирующего фактора в часто конфликтных отношениях между королевской властью и палатой общин.

Революция 1688—1689 гг. стимулировала развитие английского конституционализма по пути усиления роли парламента.

Концепция «естественного права» позволила англичанам с течением времени распространить действие некогда сословных прав и свобод на обычных граждан.

Этому способствовал Дж. Локк, который считал, что в государстве индивид обладает неотчуждаемыми правами и свободами. Он разработал проект конституции для Северной Каролины в 1669 г. — в то время колонии Англии. Этот проект оказал сильное идейное влияние на революцию в США в 1776 г.

Таким образом, специфичная английская конституционная концепция, основанная на традиции и праве давности, сформировалась в результате гражданских войн и революций XVII в. Билль о правах 1689 г. ограничил прерогативы короны в пользу парламента, расширив права индивидов. Более того, считается, что конституция наделила народ правом к сопротивлению, которое может быть оправдано, если политическое давление будет чревато нарушением или прекращением действия конституции.

Конфликты в XVII в. между парламентом и короной сменились в XVIII в. внутрипарламентскими конфликтами. Партии конкурировали за влияние и контроль над правительством. Эти партии — тори и виги — появились не как выражение демократии, а как инструмент управления парламентом²⁶. Они стремились перевести королевские прерогативы в

компетенцию министров, а затем обеспечить коллективную и индивидуальную ответственность министров перед парламентом, что стало ключевой чертой конституционных договоренностей.

Таким образом, традиционная идея баланса сил между монархией, аристократией и народом сменилась идеей баланса между парламентскими партиями, т. е. между правительством и оппозицией. Участие Англии в Европейском Союзе (ЕС) существенным образом ограничило суверенитет английского парламента впервые за всю его 300-летнюю историю²⁷. Но 31 января 2020 г. Англия покинула ЕС и все вернулось на «круги своя».

Итак, Англия продолжает идти по своему эволюционному пути правовых и политических традиций и не имеет письменной конституции. Ее конституционный порядок имеет двухступенчатую систему:

парламентский суверенитет как законодателя остается нерушимым;

статуты все в большей мере служат инструментом защиты прав и свобод граждан.

Кроме того, прецедентное право продолжает играть ведущую роль в правовом порядке страны. И основанные на нем законы, наделяющие, в частности, фундаментальные права и свободы граждан более высоким статусом, соблюдаются парламентом и судами.

Эта система, основанная на традиции и праве давности, остается общепризнанной и гибкой.

Однако этот «ступенчатый конституционный порядок» не регулируется позитивным правом. Возникающие нарушения прав человека не могут быть обжалованы и контролироваться конституционной юстицией. Все попытки кодифицировать фундаментальные права и ввести их в конституционную систему до сих пор оканчивались неудачей. Даже принятие в 1998 г. Закона о правах человека (вступил в силу в 2000 г.), содержащего положение о судебной защите в национальном правовом порядке фундаментальных прав, гарантированных Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 г., мало что изменило в этом отношении²⁸. И хотя судьи обязаны ныне развивать общее право в соответствии с правами человека, закрепленными в данной Конвенции, они вынуждены выявлять, не противоречит ли этот новый принцип подхода к общему праву традиции парламентского суверенитета. Тем не менее некоторые английские авторы, пишу-

²⁵ Согласно мнению современных английских авторов, английская конституция соединяет «достоинства монархии, аристократии и демократии без недостатков этих форм правления» (*Loughlin M.* Op. cit. P. 8).

²⁶ Виги представляли часть аристократии, связанной с торговой и финансовой буржуазией. Название получили из клички шотландских пресвитериан — «вигаморы», или «заговорщики», которые подняли восстание против английского правительства в 1678 г. Тори — защитники интересов придвор-

ной аристократии. Эта партия получила название по прозвищу ирландских партизан-разбойников (католиков).

²⁷ Подробнее об этом см.: *Atiyah P. S.* Law and Modern Society. Oxford, 1995. P. 93 etc.

²⁸ Закон был принят в рамках программы лейбористов, направленной на модернизацию английской конституции. Речь шла о праве на жизнь, свободу, безопасность, справедливое судебное разбирательство, на свободу слова, собраний и т. д.

щие на данную тему, оценивают происходящие изменения с осторожным оптимизмом и считают, что ныне конституция является скорее источником фундаментальных прав, нежели их последствием, как ранее утверждал Дэйси²⁹.

США. Америка XVIII в. была лабораторией конституционализма в реальных условиях. Там осуществлялось обучение современному конституционализму, так сказать, квазимодельно. Во-первых существовала тесная связь с английской конституционной традицией, во-вторых, разрыв с метрополией требовал нового начала.

Отцы-основатели США в 1776 г. вольно или невольно были связаны с опытом колониального прошлого. Все колонии имели свои регламенты или основные законы, составленные в письменной форме. Их положения и язык во многом копировали документы английской Славной революции 1688—1689 г.

Эти «колониальные формы правления», или «колониальные хартии», содержали в одном документе правовые нормы, компетенции и границы вмешательства государства, а также права самоуправления колонистов. В них отражалось самосознание колонистов, что имело большое значение для революционного подъема 1776 г.

Для защиты своих прав колонисты могли обращаться к губернатору, назначенному короной. Однако они не были представлены в английском парламенте, что привело к отказу колоний уплачивать налоги по закону о Налоговых марках 1764 г. Поскольку этот закон нарушал принцип представительства, это в конечном счете привело к усилению разногласий с метрополией.

С институциональной точки зрения в колониях действовала трехзвенная система власти: губернатор, совет, собрание, подобно балансу власти между короной, верхней и нижней палатами парламента в Англии. Но в колониях не было аристократии и сословного разделения, так что колонисты рассматривали эту систему как «смешанную» и ограничивающую влияние монархии. Однако метрополия отказывалась применять собственное понимание конституции к колонистам, так что в юридическом плане разрыв с парламентской монархией был неизбежен. В результате освободительной войны 1776 г. встал вопрос о создании собственной системы республиканского правления, которая опиралась бы на конституцию как на фундамент для основополагающего законодательства.

Следующий шаг — формирование нового общественно-политического порядка посредством включения в конституцию в кодифицированном виде прав граждан. Эти права стали целью конституции. И новый общественно-политический порядок был провозглашен в США.

В 1776—1781 гг. США на федеральном уровне существовали без конституции. К 1780 г. были разработаны писанные конституции всех штатов, в которых закреплялись гарантии основных прав граждан и учреждались основные органы власти: двухпалатные законодательные органы, исполнительный и независимый судебный органы. С 1781 г. начинает действовать Конституция Конфедерации. Она определяла, что каждый штат суверенен, свободен и независим. Конфедерация оказалась хрупким организмом, и из-за внутренних противоречий ей угрожал распад.

Не в последнюю очередь по этой причине в 1787 г. на конвенте в Филадельфии был разработан проект федеральной конституции, который был ратифицирован кворумом представителей 9 из 12 штатов, присутствовавших на конвенте³⁰. В июле 1787 г. она вступила в силу, а в 1791 г. была дополнена десятью поправками Билля о правах³¹, который сразу стал камнем преткновения в дискуссиях между сторонниками федеральной формы правления (федералистами) и их противниками (антифедералистами).

Федералисты считали каталог прав излишеством, так как, с их точки зрения, компетенции федерации были столь незначительны, что нарушения прав граждан со стороны федеральных властей трудно было ожидать. Антифедералисты (так называемые «нуллификаторы»), наоборот, видели в каталоге прав защиту не только индивида, но и автономии и самоопределения отдельных штатов³².

Исторические дебаты между федералистами и их противниками остаются актуальными и поныне. Это касается, во-первых, дискуссий о размере территории государства, в котором было бы возможно превратить в жизнь принцип демократической конституции. Во-вторых, утверждалось, что политическое правление должно опираться на добродетель правителей и управляемых. Под добродетелью понимали мудрость и ответственность при управлении страной в интересах государства, общества и всех граждан, а не в интересах правящих элит.

Это, как мы знаем, была идея Аристотеля. Но он на основании собственного опыта скептически относился к идее добродетели как панацее искоренения всех пороков управления государством, поэто-

³⁰ В Конфедерацию входили 13 штатов. Род-Айленд не послал своих делегатов на конвент и был последним штатом, ратифицировавшим федеральную конституцию в 1790 г.

³¹ Сердцевиной этого документа бесспорно стала первая поправка, согласно которой федеральному конгрессу запрещалось принимать законы, ограничивающие фундаментальные права и свободы американцев: религии, слова, печати, собраний и петиций. Текст Билля о правах см.: Международные акты о правах человека. С. 24 и след.

³² Подробнее о полемике между федералистами и «нуллификаторами» см., например: Федерализм. Теория и история развития / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2000. С. 43 и след.

²⁹ См.: Loughlin M. Op. cit. p. 4.

му говорил лишь об относительно лучшем правлении. Кроме того, он не верил, что добродетель была единственной опорой стабильного правления, поэтому искал правильную институциональную структуру государственного устройства, чтобы найти «смешанную конституцию» политики.

Федералисты также стремились найти лучшую институциональную структуру, так как считали, что общество второй половины XVIII в. не было добродетельным и не могло только на основе этого критерия продолжительно, хорошо и стабильно управляться, о чем свидетельствовали труды англосаксонских мыслителей Дж. Локка, Т. Гоббса, А. Смита. Человек уже не был ни «политическим существом», ни «общественным животным», он руководствовался эгоистическими, экономическими и социальными интересами, поэтому свобода индивида должна иметь границы, чтобы он ею не злоупотреблял.

В-третьих, в глазах федералистов необходим был плюрализм ценностей, интересов и многообразие политических групп для обоснования сложной системы управления, которую они понимали как «смешанную конституцию».

Соответственно, федералисты считали, что конституционный порядок должен определять демократию, основанную на суверенитете народа и власти большинства. А одновременное сохранение свободы индивида и различных социальных групп будет изначально препятствовать тирании власти большинства.

Власть демократического большинства и либеральное ограничение этой власти должны привести в рамках системы умеренной демократии к взаимной адаптации большинства и меньшинства друг к другу. Поэтому федералисты считали, что в условиях большого по территории государства «конституция чистой демократии» в античном смысле неприемлема и настаивали на системе представительства, основанной на выборе депутатов. Выбор представителей и сенаторов должен гарантировать принятие решений не под давлением случайно образовавшегося или манипулированного большинства, а на основании трезвого и взвешенного совета представителей. Система представительства должна пониматься как фильтр для умных, ответственных и мудрых решений и волеизъявлений.

В-четвертых, сторонники федеральной конституции 1787 г. ратовали также за систему «сдержек и противовесов» в интересах баланса власти органов на федеральном уровне и во взаимоотношениях между федеральной властью и властью штатов, чтобы помешать сосредоточению власти в руках меньшинства. Федерализм предоставил штатам широкие полномочия в ряде сфер общественной жизни, особенно в экономике.

На федеральном уровне Конгресс, Палата представителей и Сенат, а также президент как глава испол-

нительной власти обладают различными компетенциями, хотя разделяют их между собой в различных сферах. Но президент имеет право вето. Такая структура органов власти, по мнению федералистов, эффективна, поскольку позволяет им контролировать друг друга при взаимодействии и таким образом ограничивает возможности злоупотреблений.

Данная структура власти отражает политическое разнообразие институтов и лиц, принимающих решения, гетерогенность интересов в обществе и на федеральном уровне. Здесь федералисты были учениками Юма и Монтескье, которые верили, что стабильность в государстве гарантируется, если «власть ограничивается властью», или, как выражались федералисты, «амбиции должна противостоять амбиция».

Наконец, по логике американского конституционализма, необходимо было создать независимую «конституционную юстицию», которая бы контролировала законодателя на предмет соответствия принимаемых им законов на соответствие конституции.

Однако в Конституции 1787 г. такая контролирующая компетенция суда не была предусмотрена. Более того, считалось, что подобное вмешательство в деятельность законодателя невозможно³³. В то время считали, что Суды принципиально не могут прибегать к атрибутам и инструментам властных полномочий, которыми традиционно наделялись законодательная и исполнительная ветви власти³⁴. Однако практика реализации конституции опровергла эти постулаты. В 1803 г. после 15 лет действия Конституции председатель Верховного суда того времени Дж. Маршалл принял судьбоносное решение по делу “*Marbury v. Madison*” (1805), которое обосновало и подняло конституционную юстицию на высшую ступень властной иерархии демократического государства.

Повод для судебного решения был незначительным и касался назначения мирового судьи в округ Колумбия. Однако сроки назначения не были соблюдены. И Дж. Маршалл объявил закон об организации судебной системы в США противоречащим Конституции и ничтожным по этой причине. Это решение вошло в анналы современного конституционализма как имеющее принципиальное значение³⁵. С тех пор судьи конституционных судов обладают правом проверки законодательных норм, и их толкование действующего законодательства имеет обязательную си-

³³ При этом ссылались на «Дух законов» Монтескье, который, опираясь на опыт Франции, не придавал судебной власти существенного значения.

³⁴ По мнению А. Гамильтона, суды способны лишь принимать решения по разрешению споров и нуждаются в поддержке исполнительной власти для приведения своих решений в исполнение.

³⁵ Подробнее об этом деле см.: *Bowles N. The Government and Politics of the United States*. London, 1993. P. 182 etc.

лу. Все страны, имеющие письменные конституции в качестве высшего закона, должны следовать теории, согласно которой любой законодательный акт, противоречащий конституции, ничтожен. Этим решением был создан институт судебного контроля.

В то же время это положило начало так называемому судебному активизму американской конституционной юстиции. В XIX в. данный инструмент особенно часто использовался для признания неконституционным вмешательства государства в сферу экономики. В XX в. основной сферой «судебного активизма» стали права человека. Таким образом, Верховный суд США во многом способствовал развитию судебной функции формирования правопорядка современного конституционного демократического государства. Он обладает функцией «последнего слова», а потому рассматривается как основной политический игрок³⁶. Однако это часто имеет обратный эффект для развития конституционализма, по мнению ряда сторонников которого конституция действует согласно толкованию ее конституционным судом. И это приводит к тому, что «конституция — это то, что судья о ней скажет» (“The Constitution is what the judges say it is”).

Отметим, что на Европейском континенте отношение к «судебному активизму» сдержанное.

Резюмируя сказанное об американском конституционализме, приведем высказывание Т. Пейна, который лаконично и точно выразил его суть:

конституция должна существовать реально, а не виртуально. Она — материальна. А потому — это документ;

конституция предшествует правительству. Она наделяет правительство компетенциями. Поэтому она может быть создана не правительством, а народом;

конституция должна создавать права и обязанности правительства. И это должно носить всеобъемлющий характер;

конституция имеет статус основного закона. Являясь законотворческим документом, конституция — высшая форма закона. И поскольку весь корпус конституционного права создан не высшими органами власти, а народом с целью формирования этих органов, исполнительная и законодательная ветви власти не могут изменять конституционное право³⁷.

В настоящее время современная концепция конституции принята во всем мире. Более 200 государств, в том числе субъекты федеративных государств, имеют писанные конституции современного типа, которые определяют и ограничивают компетенции государственных органов власти и действуют в качестве основных законов.

Итак, развитие конституционализма США может быть понято только в связи с исключительно важной ролью, придаваемой правам человека.

Первоначально отцы-основатели США опирались на английскую традицию индивидуальных прав и свобод. Однако убедившись в процессе конфликта с метрополией, что ни корона, ни парламент не распространяют на североамериканские колонии конституционные права, они стали опираться на принцип естественного права, что нашло отражение в Декларации независимости 1776 г. Этот принцип толковался как право народа менять форму правления.

Главная цель государственной власти — соблюдать права человека: «...их жизнь, свобода и устремления достойны счастья. И для гарантий этих прав люди создают правительства, компетенции которых вытекают из согласия граждан, эти правительства назначивших». Более того, новое государство считалось легитимным, если оно сделало эти принципы целью своего политического существования. Так что изначально была провозглашена и обоснована приоритетность естественных прав человека, действие и существование которых предшествовали функционированию создаваемого государства.

Соответственно, Конституция должна была создать политический порядок, в котором права человека имели бы приоритет, а властные функции государства ограничены. Законодателю было запрещено принимать законы, которые ущемляли бы основные права и свободы. Ни в какой другой стране не были столь отчетливо поставлены границы вмешательству демократического законодателя. Ему также запрещалось вмешиваться в основополагающие принципы, установившие конституционный порядок.

Приоритет Конституции в США был подтвержден в решении Верховного суда в 1803 г., что привело к установлению демократии основных прав.

«Смешанная конституция» США усилена контролирующими функциями в отношениях между федеральными органами власти и разграничением компетенций между федерацией и штатами. Таким образом, античные теории «смешанной конституции» нашли новое оформление и практическое применение в функционировании американской политической системы. В США речь шла уже не о различном представительстве сословий, а о суверенитете народа, который имел приоритет перед ветвями политической власти страны.

По мнению многих специалистов в области конституционного права, американский конституционный эксперимент оказался довольно удачным. И Конституция 1787 г., установившая политический порядок в стране, объединяет граждан, так как дает жизнь идеалам и ценностям демократической республики и служит фундаментом для этнического и культурного сплочения гетерогенного общества эмигрантов.

Франция. Казалось бы, после падения «старого режима» Франция пойдет по пути США в том, что касается создания новой конституции. В Декларации прав человека и гражданина 1789 г. сказано, что каж-

³⁶ См.: *Valelly R. M. American Politics.* Oxford, 2013. P. 52.

³⁷ См.: *Пейн Т. Избранные сочинения.* М., 1959. С. 207.

дое общество, в котором не гарантированы права человека и нет разделения властей, не имеет конституции (ст. 16)³⁸.

Эта Декларация во многом была сходна с Виргинским биллем о правах 1776 г., а Конституция 1791 г. была ориентирована на американский образец. В ней нашли отражение кодификация основных прав и институциональная система органов власти, в основе которой лежал принцип разделения властей.

Но на этом параллели с американской конституцией заканчиваются. Конституция 1791 г. не просуществовала и года. А следующая за ней якобинская Конституция 1793 г., хотя и содержала каталог прав человека (35 статей), в силу так и не вступила.

После Конституции 1793 г. французские конституции не включали права человека. И лишь Конституция 4-й Республики 1946 г. ссылается в преамбуле на Декларацию прав человека и гражданина 1789 г. Так что развитие конституционализма во Франции пошло по другому пути.

Причем о писаной конституции долго не шла речь в отличие от Германии, которая в 1949 г. восприняла американский образец.

Система правления и общественно-политический порядок определялись не конституцией. Конституции предшествовала нация, которую до 1789 г. олицетворял король, а после революции 1789 г. — народ в лице третьего сословия, которое потребовало суверенитета и объявило себя республиканской нацией.

Нация была основой политического единства Франции. И это единство в отличие от США не было закреплено в конституции.

Республика и нация имеют приоритет перед конституцией. А потому во французском конституционализме основной закон не смог получить столь высокий ранг, как в США.

Если в США суверенитет новой нации нашел выражение в Конституции, принятой народом, то суверенитет французской нации выражен в законах и таким образом — в суверенитете законодателя.

Законодатель в США — ветвь власти, компетенции и обязательства которой вытекают из конституции. Во Франции же законодатель — суверен. Он выражает волю нации. И закон, таким образом, выражает общую волю французской нации со времен революции 1789 г. Во Франции нет другой более высокой власти, чем закон. И судам было запрещено вмешиваться в деятельность законодателя.

Разница очевидна: в США конституция имеет наивысший статус и приоритет перед обычными законами и законодателем. Она также формирует общественно-политический порядок на основании разделения властей и уважения прав человека.

Во Франции наивысшим авторитетом власти обладает законодатель. Соответственно, коллизия меж-

ду Декларацией прав человека и гражданина и законодателем в лице парламента решен в пользу суверенитета закона и в ущерб приоритету конституции.

Этот факт объясняет, почему во Франции в отличие от США и Германии, где конституционная юрисдикция защищает приоритет конституции в случае конфликта с обычными законами, нет подобной инстанции. В 1789 г. была выдвинута идея конституционного судьи. Согласно этой идее кассационная инстанция должна была проверять обычные законы на соответствие конституции. Однако члены этой инстанции были парламентариями, и они были компетентны проверять правильность закона перед его принятием. И речь не шла о процедуре проверки закона на соответствие конституции со стороны независимой судебной власти.

Подобным образом действует и Конституционный совет 5-й Республики. Он не является частью судебной системы страны, может проверять законы Национального собрания до их вступления в силу. В настоящее время функции Конституционного совета расширились, но до сих пор он не может претендовать на статус конституционной судебной инстанции.

Итак, во Франции права человека опираются на законы парламента, а не на конституцию. Нация и Республика имеют приоритет перед конституцией, и ей придается инструментальный характер. Народный суверенитет находит в конечном счете свое политическое выражение в законе, а потому не носит связывающего характера. Конституция играет в политической жизни Франции меньшую роль, чем, например, в США.

Но институциональные изменения в структуре власти в стране позволяют предположить, что Конституционный совет постепенно развивается в направлении самостоятельной конституционной контролирующей инстанции. Он проверяет законы на соответствие их конституции, но в рамках обычной законодательной процедуры и до их принятия.

Лишь в 1970 г. Декларация прав человека и гражданина 1789 г. стала предметом рассмотрения Конституционного совета Франции. Это стало возможным благодаря тому, что на нее есть прямая ссылка в Конституции 1958 г.³⁹ Кроме того, Конституционный совет мог по запросу проверять законы Национального собрания на соответствие конституции и при необходимости отвергать их, если законы ей не соответствуют⁴⁰.

³⁸ См.: Международные акты о правах человека. С. 34.

³⁹ «Французский народ торжественно провозглашает свою приверженность правам человека... как они были определены Декларацией 1789 г., подтвержденной и дополненной преамбулой Конституции 1946 г.». Конституции государств Европейского Союза. С. 665; там же см. тексты преамбулы Конституции Франции 1946 г. (с. 683—684), а также Декларации прав человека и гражданина 1789 г. (с. 685—686).

⁴⁰ Там же. С. 674 и 677 (ст. 46 и 61 Конституции Франции).

Германия. В этой стране до начала XIX в. приоритет конституции в отношении политической власти и закона не признавался. Не был также известен судебный контроль проверки обычных законов на соответствие конституции. Основные права имели ограниченное действие, но юридически не ограничивали законодателя. Не было и конституционного суда, который бы обеспечивал действие конституции в конфликтных ситуациях с властями.

Ни американская конституция, ни революционные французские конституции не служили образцом для Германии.

После наполеоновских войн старые династии вернулись к правлению и произошла реставрация монархических форм. Носителем конституционной власти оставался король или князь. Моделью для конституции Германии служила французская Конституционная хартия 1814 г. Людовика XVIII, так как в ней реставрировалась суверенная власть короля. И ранний немецкий конституционализм следовал после 1815 г. этому образцу.

В период с 1816 по 1820 г. конституции были «дарованы» правителями своим подданным в ряде немецких княжеств⁴¹. Решающим был тот факт, что конституции ничего не меняли в установлении и легитимации королевской власти. Монарх «даровал» конституцию, а не народ становился создателем ее и нового политического порядка. Господствовал «монархический принцип», который ничего не менял в существующей власти⁴².

После революции 1848 г. феодальная система была уничтожена. Но монархический принцип устоял, хотя конституционное движение в немецких княжествах приняло массовый характер, устраивались «праздники конституции», и в них активно участвовала церковь. Тексты конституций носили по улицам в роскошном обрамлении, в церквях читались политические молитвы о конституциях и их значении для народа. А в некоторых из них устанавливался алтарь, на который выкладывался текст конституции.

18 мая 1848 г. во Франкфурте было созвано «Общенациональное немецкое конституционное собрание»⁴³, где впервые заговорили о народном суверенитете. Собрание посчитало себя вправе дать стране «новый политический порядок», установило без кон-

сультаций с правителями отдельных княжеств «временные властные органы» в лице Государственного регента (*Reichsverweser*) и приняло Закон об основных правах немецкого народа.

Конституция Германии 1849 г. стала выражением суверенитета общенационального собрания. Все привилегии сословий были отменены и гарантировано равенство всех граждан перед законом. Действия исполнительной власти подлежали проверке независимыми судами на соответствие соблюдению основных прав. Законодательство было в руках парламента, который состоял из двух палат — народной и государственной — согласно принципу федерализма. Монарх был носителем исполнительной власти, которую он получал согласно Конституции, принятой по народному волеизъявлению⁴⁴. Однако его полномочия были очень широки, продолжал действовать принцип наследственной монархии.

Приоритет Конституции гарантировался имперским судом, создаваемым для этой цели (параграфы 125 и 126 Конституции). Причем право жалоб при нарушении Конституции имели не только государственные органы, но и граждане.

Франкфуртский проект шел в русле западных конституционных движений. Но после поражения революции в 1849 г. все осталось по-старому⁴⁵. Монархический принцип действовал во всех княжествах. Принцип народного суверенитета не был воспринят. Не наблюдался прогресс и в парламентаризации исполнительной власти.

Следующий этап развития немецкого парламентаризма связан с объединением Германии под властью Пруссии («отец» объединения — О. Бисмарк (1815—1898)). Была разработана Общегерманская конституция 1871 г., основанная на монархическом принципе⁴⁶. Согласно этой Конституции носителями государственной власти был не только монарх, но и все князья и города, которые участвовали в создании единого немецкого государства на основе федеративной системы.

Как следствие, суверенитет был у Бундесрата, который представлял государства-участники. Его возглавлял канцлер (О. Бисмарк до 1890 г.), назначаемый кайзером, который был президентом Союза. Рейхс-

⁴¹ В 1816 г. в Заксен-Веймаре, в 1818 г. в Баварии и Бадене, в 1820 г. в Гессене — Дармштадте, в 1819 г. в Вюртемберге Конституция была принята в форме договора между короной и сословиями.

⁴² Суть «монархического принципа» иллюстрирует следующий пример: когда в Ганновере в 1837 г. к власти пришел новый король, он отменил конституцию, действовавшую уже 17 лет, на том основании, что не давал на нее согласия.

⁴³ В Собрании участвовали 500 делегатов из парламентов всех немецких княжеств. Оно получило название «Собрание церкви святого Петра» (*Paulskirchenversammlung*).

⁴⁴ Извлечения из текста Конституции см.: *Fronscher W., Pieroth B. Verfassungsgeschichte. München, 2014. S. 163 ff.* Эти извлечения очевидно свидетельствуют о монархическом характере Конституции.

⁴⁵ Тогда в ходу была грустная шутка: «Против демократов помогают только солдаты» (Там же. С. 160).

⁴⁶ Ф. Лассаль назвал эту Конституцию «листом бумаги», О. Бисмарк в ответ — роскошью: «Сперва — нация. Все что следует затем — какая угодно конституция — либеральная, реакционная, консервативная. Я осознаю отчетливо, что это все — во вторую очередь. Это — роскошь. Ее время наступает после того, как дом уже построен».

таг избирался на основе всеобщего и равного голосования, но не имел влияния на формирование состава правительства.

Конституция отвергала ответственность правительства перед народом и парламентом, но тем не менее подлежала принципам правового государства. И хотя она не содержала каталога основных прав, но зиждилась на выполнении буржуазно-либеральных свобод: были введены гражданский и уголовный кодексы, действовала административная юстиция, что позволяло говорить о подчинении исполнительной власти закону.

В «бисмарковском» государстве монархическая власть и защита гражданских свобод шли рука об руку. И это составляло особенность немецкого конституционализма, который отличался от развития конституционализма в рассмотренных выше странах и оказал сильное влияние на немецкую конституционную мысль.

Таким образом, немецкое конституционное государство было правовым государством. Оно действовало на основании закона и гарантировало права и свободы граждан, что, однако, не было связано с демократизацией общества и парламентаризмом. В этом отличие от английского и американского конституционализма. Связи между индивидуальными и политическими свободами, что имело в Англии конститутивное значение, в Германии не было, как и связи между либерализмом и демократией, характерной для США. В Германии было правовое государство, но не было демократии. Немецкий подданный мог пользоваться гражданскими правами и свободами, но не мог участвовать в осуществлении государственной власти.

Таким образом, немецкая Конституция являет собой пример конституции правового государства, основанного на монархическом принципе.

Функционирование государства осуществлялось не на демократической основе, а выражалось в правовом регулировании исполнительной власти. Речь не шла о демократической легитимации деятельности государства. Эта деятельность определялась безупречной с правовой точки зрения деятельностью исполнительной власти.

Не случайно все значительные государственные реформы осуществлялись сверху и исходили от просвещенной бюрократии.

Немецкое единство «а-ля Бисмарк», с точки зрения конституционализма, имело отрицательные последствия не только в практическом плане развития государства, но и для конституционно-правовой мысли. В ней имело место четкое отделение права от политики. Школа государственно-правового позитивизма рассматривала «бисмарковское» правовое государство отдельно от его политических компонентов. Государство формировалось сверху как результат правомерной деятельности исполнительной

власти. Соответственно, Конституция даровалась сверху, т. е. государством.

Это оказало плохую услугу Веймарской Республике и ее Конституции, принятой на Веймарском учредительном собрании в феврале 1919 г., поскольку именно с нее началась эра демократических конституций Германии.

Веймарское учредительное собрание было избрано на основе всеобщего избирательного права при тайном голосовании гражданами старше 20 лет независимо от пола, религии и национальности.

14 августа 1919 г. новая Конституция вступила в силу⁴⁷. Она отменила монархический принцип, заменив его демократическим принципом народного суверенитета. Этот принцип легитимизировал новый политический строй. Конституция имела смешанный характер и вводила принцип представительной и плебисцитной демократии.

Согласно Конституции президент избирался прямым всеобщим голосованием. Она содержала подробный каталог основных прав, что роднило ее с западной конституционной традицией. Каталог включал либеральные, политические и религиозные свободы, право на образование, социальные и экономические права, гарантии справедливости и человеческого достоинства⁴⁸. Компетенция Верховного суда была ограничена и касалась только споров между рейхом и землями, но не распространялась на разрешение конфликтов между государственными органами.

В целом Конституция устанавливала демократический порядок, который мог быть эффективным в нормальных условиях. Однако Республика изначально не пользовалась поддержкой населения, которое видело в ней политический организм, запятанный Версальским договором. Враждебно относились к ней и представители правящих элит, которые вышли из монархической бюрократии и не могли ужиться с плюрализмом республиканской демократии.

Поскольку монарха не было, были усилены компетенции президента. Он мог назначать премьер-министра, формировать правительство, распускать парламент, вводить чрезвычайное положение. А во время кризисов Конституция наделяла президента диктаторскими полномочиями, что позволяло ему действовать против партий и парламента в критических ситуациях.

С 1930 г., когда эхо Великой депрессии докатилось до Европы и особенно отозвалось в Германии, президентская политика чрезвычайного положения стала нормой. С расширением президентских полномо-

⁴⁷ Текст Веймарской конституции (в извлечениях) см.: *Lehnert D. Die Weimarer Republik. Stuttgart, 1999. S. 335 ff.*

⁴⁸ Однако законодатель не гарантировал экономические права и мог их ограничивать. Современный законодатель во многих странах также не гарантирует эту категорию прав.

чий ослабло влияние парламента и партий на политическую жизнь страны. Отдельные лица и группы стали играть диспропорционально сильную роль в ущерб конституционным механизмам.

Сложилась ситуация, когда конституция стала не инструментом борьбы против политического давления и ограничения законодательной власти, а, наоборот, стимулом для политических экстремистов, в первую очередь национал-социалистов, прийти к власти законным путем. В конечном счете так и случилось, хотя демократические партии имели большинство в Рейхстаге. И это дало повод во время послевоенных дискуссий ввести в политический лексикон ФРГ термин «легальная революция».

При этом не следует забывать о внутренних и внешних факторах общественной жизни, которые помогли Гитлеру прийти к власти. Таким образом, Веймарская конституция, с одной стороны, опередила свое время, а с другой — стала жертвой немецкой конституционной традиции с ее слишком долго длящимся монархическим принципом.

23 мая 1949 г. вступил в силу Основной закон⁴⁹, в соответствии с которым была создана ФРГ. Закон носил временный характер, в нем отсутствовал атрибут суверенности, поскольку он был октроирован западными союзниками⁵⁰. Его последняя 146 ст. гласила: «Этот Основной Закон прекратит свое действие с момента вступления в силу Конституции, принятой на основании свободного волеизъявления немецкого народа».

Парламентский совет, принимавший Основной закон, попытался извлечь уроки из недостатков Веймарской конституции, в частности дуалистической системы управления — парламентской и президентской, которая послужила поводом считать ее ответственной за захват власти Гитлером. В связи с этим Совет утвердил в ст. 79 Основного закона так называемую «вечную гарантию» для основополагающих конституционных принципов свободы и демократии, которые одновременно защищали бы от антидемократических сил и могли служить инструментом против «псевдoleгального» захвата власти.

Для прямого конституционного контроля всех ветвей власти, а не только исполнительной, как в Веймарской конституции, и для возможности обжа-

ловать нарушения конституции, а также выявления антиконституционного поведения политических партий Парламентский совет создал конституционную юстицию, чтобы институционально гарантировать приоритет конституции.

Наконец, следовало создать парламентскую систему правления посредством введения вотума недоверия и таким образом лишить канцлера поста и компетенций во время кризиса. И если в Веймарской конституции партии рассматривались как «внеконституционное явление», ныне они получили «привилегию» участвовать в принятии решений. Важно отметить, что в 1960—1980-е гг. происходила «борьба за конституцию», в результате которой рождалась «культура демократии», чреватая острыми политическими конфликтами. Роль Основного закона в этих условиях заключалась в «канализировании» конфликтов общественных и политических интересов и смягчении их мирными средствами.

Но не всегда Основному закону и толкующему его Конституционному суду это удавалось. Так, Г. Шмидт даже обвинил Конституционный суд в ограничении компетенций органов власти. Но Суд ответил, что он как «хранитель конституции» должен обеспечивать политический консенсус в отношениях между обществом и государством. Вообще Конституционный суд внес большой вклад в «юридизацию» демократического процесса, проявляя «судебный активизм», особенно в области прав человека и хозяйственной сфере. Суд также выступил против законодателя, пытавшегося ограничить участие рабочих в наблюдательных советах хозяйственных предприятий.

За 40 лет действия Основного закона до воссоединения Германии в него вносились изменения 35 раз. Развитие законодательных и исполнительных компетенций в течение этого периода показало, что федеральный конституционный порядок стал существенно отличаться от первоначальных федералистских представлений в сторону «унитарных инструментов» Основного закона. Изменения сопровождались увеличением и усилением компетенций федеральной власти и выражались в смешанном финансировании между федерацией и землями. А в общественно-политическом плане произошло более тесное переплетение общества и государства.

С точки зрения конституционного права исключительно важное значение имело включение в Основной закон положений об обороне и о чрезвычайном положении. Оба положения повлекли ограничение прав личности при определенных обстоятельствах, которые к тому же могли быть изменены создаваемым для этой цели «общим комитетом». Изменениям могли быть также подвергнуты законодательные процедуры, касающиеся волеизъявления граждан и принятия решений. Однако в отличие от Веймарской конституции эти положения подлежали жесткому парламентскому контролю. Кроме того, они бы-

⁴⁹ Основным законом в Германии в силу традиции называют Конституцию. См.: Конституции государств Европейского Союза. С. 169 и след.

⁵⁰ Основной закон был принят Парламентским советом в составе 65 участников, представлявших основные политические партии страны, включая коммунистическую, после восьмимесячного обсуждения 53 голосами «за» и 12 «против». Однако он вступил в силу после одобрения его союзниками. Чтобы подчеркнуть временный характер документа, решено было заменить слово «конституция» термином «основной закон».

ли необходимы, чтобы идентифицировать государственность Германии.

Парламентский совет провозгласил приоритет Конституции и создание сильной конституционной юстиции. Конституционный суд стал не только защитником основных прав против политического, законодательного и административного вмешательства государства, но и «центральным актером» развития Конституции. В сущности она действует сегодня, как ее толкует Конституционный суд. На начало XXI в. его практика насчитывала уже более 100 томов.

В отличие от Верховного суда США Конституционный суд ФРГ рассматривает только вопросы, касающиеся соответствия конституции. Это — независимый конституционный орган с широкими компетенциями, гарантированными конституцией. Он решает споры между федеральными органами власти и между федерацией и землями, контролирует соответствие норм обычных законов конституции⁵¹. Суд осуществляет процедуры по защите демократических основ государства, в частности запрещает партии, деятельность и программы которых противоречат конституции. В рамках своей компетенции защищать основные права граждан Суд наделен правом

принимать жалобы от индивидов, количество которых превысило 150 тыс.

Суд, кроме прочего, является инструментом, благодаря которому конституция активно участвует в реализации политической системы страны. Например, своим решением он может вызвать спор о правильном толковании и применении конституции. Так, Суд неоднократно принимал решения против правящего большинства (в частности, касающиеся партийного финансирования), отстаивал свободу мнений и собраний. Но в то же время он признал неконституционными меры, позволяющие приносить в классные комнаты кресты и распятия, за что и был обвинен в политическом активизме. Обосновывая подобные решения отстаиванием приоритета конституции, Суд расширяет сферу участия граждан в политическом процессе.

Таким образом, конституционное право Германии в наибольшей степени ощутило влияние конституционного права США. То же самое можно сказать и о практике Федерального конституционного суда этой страны. Особенно это сказывается на политико-правовых аспектах деятельности Суда по защите прав человека, что сближает его с ролью Верховного суда США⁵². В теоретическом плане Германия, являясь, как и США, федеративным государством, восприняла американскую доктрину «подразумеваемых компетенций» (*implied powers*), что, кстати, характерно для судебной системы Европейского Союза.

⁵¹ Например, в 2002 г. Суд признал не соответствующими Конституции 42 федеральных закона и 338 федеральных норм, 18 земельных законов и 138 земельных норм. Все это — серьезное свидетельство существенного влияния Суда на деятельность законодателя.

⁵² См., например: *Limbach J.* Das Bundesverfassungsgericht. München, 2010. S. 10—11.

Библиографический список

- Atiyah P. S. *Law and Modern Society*. Oxford, 1995.
- Bowles N. *The Government and Politics of the United States*. London, 1993.
- Engels J. *Die Sieben Weisen. Leben, Lehren und Legenden*. München, 2010.
- Fronscher W., Pieroth B. *Verfassungsgeschichte*. München, 2014.
- Lehnert D. *Die Weimarer Republik*. Stuttgart, 1999.
- Loughlin M. *The British Constitution: A Very Short Introduction*. Oxford, 2013.
- Valelly R. M. *American Politics*. Oxford, 2013.
- Аристотель. *Сочинения*: в 4 т. М., 1984. Т. 4.
- Барг М. А. *Великая английская революция в портретах ее деятелей*. М., 1991.
- Волков А. В. *Спарта. Со щитом и на щите*. М., 2005.
- Древняя Греция / отв. ред. В. В. Струве. М., 1956.
- История буржуазного конституционализма XVII—XVIII вв. / под ред. В. С. Нерсисянца, В. Г. Каленского, П. С. Грацианского. М., 1983.
- Конституции государств Европейского Союза. М., 1997.
- Международные акты о правах человека: сб. док. М., 2000.
- Нерсисянц В. С. *Политические учения Древней Греции*. М., 1979.
- Пейн Т. *Избранные сочинения*. М., 1959.
- Петрушевский Д. М. *Великая хартия вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII века*. М., 1918.
- Полибий. *Всеобщая история*: в 3 т. СПб., 1995.
- Федерализм. Теория и история развития / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2000.
- Фридмэн Л. *Введение в американское право*. М., 1993.
- Цицерон Марк Туллий. *Диалоги о государстве, о законах*. М., 1966.
- Штоль Г. В. *История Древней Греции в биографиях*. Смоленск, 2003.

The Constitution: Idea and History (on the Example of Antiquity, England, France, USA and Germany)

Yu. M. Yumashev, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Moscow 119019, Russian Federation
E-mail: yuri.marina.ivan@gmail.com

DOI: 10.12737/jflcl.2020.030

The author successively traces the process of formation and development of the constitutional idea, starting from the Antiquity and ending with the present and the example of the main democratic countries of the West — England, the USA, France and Germany.

The homeland of constitutionalism is the ancient Greek policy, and Aristotle is the main theorist in this field. By studying 158 polis constitutions of his era he concluded that a mixed constitution was a relatively better constitution, since it was precisely such a model that guaranteed a stable political system. An example of such a mixed constitution was the constitution of Sparta. According to Polybius and Cicero, a model of a mixed constitution was also inherent in Ancient Rome.

The Aristotelian model of a mixed constitution is adopted by modern constitutionalism. Thus, the unwritten constitution of England, based on tradition and the law of limitation, limits the prerogatives of the crown in favour of parliament and expands the rights of individuals. The US Constitution has the principle of “checks and balances,” where different levels of government (the federal and state) limit each other, and constitutional justice has the competence of judicial review. In addition, the constitution proclaims the priority of human rights. A feature of the French Constitution is that the concepts of “nation” and “Republic” take precedence over the constitution, and the Constitutional Council is not an independent supervisory authority. Human rights are based on parliamentary laws, not on the constitution. So the constitution plays a smaller role in the political life of France than, for example, in the USA. The basic law (Constitution) of Germany is “tailored to the patterns” of the US Constitution, starting from the priority of human rights and ending with the delineation of power relations between the federation and the land. The Constitutional Court not only protects the fundamental rights of citizens against political, legislative and administrative interference by the state, but also stimulates the development of German constitutionalism in the implementation of the country's political system.

In all the countries examined, the constitutions are based on the sovereignty of the people and are mixed.

Keywords: constitutionalism, mixed constitution, state, human rights.

For citation: Yumashev Yu. M. The Constitution: Idea and History (on the Example of Antiquity, England, France, USA and Germany). *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2020, no. 4, pp. 31—46. DOI: 10.12737/jflcl.2020.030 (In Russ.)

References

- Aristotel'. Sochineniya. Moscow, 1984. Vol. 4.
Atiyah P. S. Law and Modern Society. Oxford, 1995.
Barg M. A. Velikaya angliyskaya revolyutsiya v portretakh ee deyateley. Moscow, 1991.
Bowles N. The Government and Politics of the United States. London, 1993.
Drevnyaya Gretsia. Ed. by V. V. Struve. Moscow, 1956.
Engels J. Die Sieben Weisen. Leben, Lehren und Legenden. München, 2010.
Federalizm. Teoriya i istoriya razvitiya. Ed. by M. N. Marchenko. Moscow, 2000.
Fridmen L. Vvedenie v amerikanskoe pravo. Moscow, 1993.
Fronscher W., Pieroth B. Verfassungsgeschichte. München, 2014.
Istoriya burzhuaznogo konstitutsionalizma XVII—XVIII centuries. Ed. by V. S. Nersesyants, V. G. Kalenskiy, P. S. Gratsianskiy. Moscow, 1983.
Konstitutsii gosudarstv Evropeyskogo Soyuza. Moscow, 1997.
Lehnert D. Die Weimarer Republik. Stuttgart, 1999.
Loughlin M. The British Constitution: A Very Short Introduction. Oxford, 2013.
Mezhdunarodnye akty o pravakh cheloveka. Moscow, 2000.
Nersesyants V. S. Politicheskie ucheniya Drevney Gretsii. Moscow, 1979.
Petrushevskiy D. M. Velikaya khartiya vol'nostey i konstitutsionnaya bor'ba v angliyskom obshchestve vo vtoroy polovine XIII veka. Moscow, 1918.
Peyn T. Izbrannye sochineniya. Moscow, 1959.
Polibiy. Vseobshchaya istoriya. St. Petersburg, 1995.
Shtol' G. V. Istoriya Drevney Gretsii v biografiyakh. Smolensk, 2003.
Tsitseron Mark Tulli. Dialogi o gosudarstve, o zakonakh. Moscow, 1966.
Valelly R. M. American Politics. Oxford, 2013.
Volkov A. V. Sparta. So shchitom i na shchite. Moscow, 2005.