Конституционные обычаи: риски и способы управления ими

БАРЦИЦ Игорь Нязбеевич, директор Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор

Россия, 119571, г. Москва, просп. Вернадского, 82

E-mail: in.bartsits@igsu.ru

В статье уделено внимание отграничению понятия «конституционный обычай» от других похожих терминов (например, от конституционного обычновения), рассмотрению особенностей кодификации конституционных обычаев и их существования на государственно-правовом ландшафте. Выделены риски использования конституционных обычаев в практике государственного управления, систематизированы способы отмирания конституционных обычаев и конституционных традиций.

Цель исследования — сформировать расширенное представление о зарождении, существовании и отмирании конституционных обычаев и конституционных традиций в государственно-правовой жизни на основе анализа научных источников, текстов конституции, других конституционно-правовых норм и судебной практики.

Использованы методы сравнительного правоведения, классифицированы и интерпретированы исторические данные, правоприменительная практика и благодаря системному подходу синтезированы выводы о «жизненном цикле» конституционных обычаев и конституционных традиций в государственном управлении.

Выводы: сравнительный анализ разных конституционных обычаев, особенностей их появления и существования позволяет говорить об их неоднозначной роли в политической культуре и конституционной традиции различных стран. Процессы зарождения и отмирания конституционного обычая требуют согласования со всеми субъектами политической жизни. При вытеснении конституционного обычая иным правилом необходимо определить в последующей государственно-правовой практике его статус, роль и меры поддержки. Не исключено, что до того момента, как новое правило признают конституционным обычаем, оно будет играть роль конституционной привычки.

Ключевые слова: конституция, конституционные обычаи, конституционные традиции, конституционные привычки, конституционные обычновения, кодификация конституционных обычаев.

Для цитирования: Барциц И. Н. Конституционные обычаи: риски и способы управления ими // Журнал российского права. 2020. № 2. С. 29—44. DOI: 10.12737/jrl.2020.015

Constitutional Customs: Risks and Ways to Manage Them

I. N. BARTSITS, Institute of Public Administration and Civil Service, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Moscow 119571, Russian Federation

E-mail: in.bartsits@igsu.ru

The author of the article pays attention to the delimitation of the “constitutional custom” concept from other similar terms (for example, from constitutional custom), considers the features of codification of constitutional customs and their existence on the state-legal landscape. The risks of using constitutional customs in the practice of public administration are highlighted and ways of dying off constitutional customs and constitutional traditions are systematized.

The purpose of the study is to form an expanded idea of the origin, existence and death of constitutional customs and constitutional traditions in the state legal life based on the analysis of scientific sources, texts of the constitution, other constitutional legal norms and judicial practice.

The article uses methods of comparative law, as historical data are classified and interpreted. The law enforcement practice and, thanks to a systematic approach, the conclusions about the “life cycle” of constitutional customs and constitutional traditions in public administration are synthesized.

Conclusions: a comparative analysis of the constitutional customs of various countries, the features of their appearance and existence allows one to talk about their ambiguous role in the political culture and constitutional tradition of various countries. The processes of the emergence and death of constitutional custom require coordination with all subjects of political life. If one constitutional custom is supplanted by another rule, it is necessary to determine its status, role and support measures in subsequent state legal practice. It is possible that until the new rule is recognized as constitutional custom, it is necessary to try on the role of constitutional habit.

Keywords: constitution, constitutional customs, constitutional traditions, constitutional habits, constitutional habits, codification of constitutional customs.

For citation: Bartsits I. N. Constitutional Customs: Risks and Ways to Manage Them. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2020, no. 2, pp. 29—44. DOI: 10.12737/jrl.2020.015 (In Russ.)

По мнению Президента Чешской Республики М. Земана, «понятие конституционного обычая абсолютно идиотское, потому что, если бы это были действительно конституционные обычаи, то они каким-нибудь образом были бы закреплены в конституции. Это просто обычаи. Президент, даже если он был выбран всенародным голосованием, не может менять конституцию, но, конечно, у него есть святое право менять обычаи, которые не закреплены в конституции»¹.

В критике столь привлекательного государственно-правового инструмента регулирования политического процесса в целом и парламентской деятельности в частности чешский президент не одинок. Сложность понимания феномена конституционных обычаев обусловлена рядом факторов, среди которых необходимость отличать конституционный обычай от иных схожих явлений: обычая как источника англосаксонского права, обычаев делового оборота, обычаев в морском, международном или дипломатическом праве. Также необходимо проводить различия между конституционным обычаем и конституционным обыкновением. В отличие от перечисленных видов обычаев кон-

ституционный обычай заполняет пробелы в конституционном законодательстве, но не заменяет его. Этим фактором обусловлены настоятельность многих исследователей к этому явлению и попытки найти решение вопросов, вызываемых его использованием в государственно-правовой практике.

Коварство конституционных обычаев

Наряду с широкими возможностями социального эксперимента формат конституционного обычая обладает определенным коварством, высокую степень которого не умаляют даже отмеченные признаки вспомогательности и факультативности конституционного обычая, отсутствия опоры на судебную защиту, хотя они, конечно, существенно ослабляют его коварство в странах континентальной правовой системы.

Предостерег британцев — родоначальников доктрины и обладателей самой большой практики применения конституционных обычаев от главного из проявлений их коварства французский правовед Ш. Франке, граф де Франкевиль.

Коварство № 1: конституционные обычаи, «не меняя буквы закона, искажают его дух»

В главном труде своей жизни — трехтомном издании «Британ-

¹ Právo. 2013. 11 июля. С. 4.

ские правительство и парламент»² Ш. Франке не только донес до франкофонных читателей особенности политического режима и функционирования государственных институтов Соединенного Королевства, но и предостерег их от ситуаций, при которых конституционные обычаи (конвенции) так сильно меняют государственный ландшафт, что отраженный на бумаге конституционный образ страны имеет весьма мало общего с действительностью.

Нельзя полностью исключать вероятность предположения, что именно чтение Франкевиля в оригинале предопределило большую сдержанность жителей Квебека в обращении к конституционным конвенциям. Ведь именно в Канаде опасения графа Франкевиля реализовались наиболее наглядно.

Во многом из-за существования многочисленных конституционных конвенций, сложностей правовой системы этой страны, британского и американского воздействия на право и судебную практику современная Канада разительно отличается от того образа, который может быть сформирован на основе изучения письменного права и политических документов.

Жители Канады для обезличенного идентифицирования своей страны нередко продолжают использовать понятие «конфедерация» (как и советские военнослужащие, проходившие службу за рубежом, использовали термин «Союз» применительно к СССР, а США в мире не всегда с должным почтением именуют просто «Штаты»). Нельзя лишить канадцев права иметь своих «отцов-основателей» и продолжать дискутировать, кого следует относить к «отцам конфедерации» — только участников трех конференций (Шарлоттаунской, Квебекской и Лондонской)

или же всех тех, кто был замечен в деле государственного строительства страны во второй половине XIX в. Знающие канадские реалии исследователи вряд ли прибегнут к понятию «конфедерация» в весьма жестко структурированной стране, которая может быть отнесена к федерациям в той же степени, как и современная Российская Федерация. В обеих странах центральные власти обладают исключительно широким набором инструментов правового, финансового, бюджетного регулирования, нередко подобные инструменты находятся на грани допустимых в действительности федеративных (не с точки зрения правовой характеристики, а по механизмам решения политических и экономических вопросов) государствах.

Применительно к Канаде все реже употребляется термин «доминион». Формальным признаком доминиона является наличие в Оттаве генерал-губернатора в качестве представителя главы Канадского государства — британского монарха. Современная Канада, хотя и была одним из первых доминионов (1867 г.), но, являясь членом Содружества наций, именуется Королевством Содружества (англ. *Commonwealth realms*). Более того, Канада продолжает самоопределяться как конституционная монархия с парламентарной системой правления.

Ни почтительность к британскому монарху, ни статус Королевства Содружества не могут скрыть истинной характеристики Канады как независимого суверенного государства. Причем, будем откровенны, это парламентская республика с исключительно сильным набором полномочий премьер-министра (которого иногда называют «премьер-диктатор»), если оценивать ее не по ярлыкам и церемониалу, а по функционированию системы государственной власти.

Анализ приведенных и ряда иных, возможно, не столь очевидных, но от этого не менее значимых противоре-

² *Franquet A. Ch. Le gouvernement et le Parlement britanniques. Vol. 1: Le gouvernement. Vol. 2: Constitution du Parlement. Vol. 3: La procédure parlementaire. Paris, 1887.*

чий позволил, например, С. А. Кокотову оценить существующий тип современной канадской государственности как «невидимый»³. Термин исключительно некорректный, хотя и заставляющий задуматься: чтобы увидеть особенности современной канадской государственности, надо не только читать писанные источники, но и наблюдать за тем, что происходит в политической жизни этой страны. Тем более, что, подобно «Штатам», «конфедерация» умело сочетает общее право с писаной Конституцией.

Следуя этой логике и развивая тезис П. Г. Виноградова о республиканском характере политического режима Соединенного Королевства, можно утверждать, что сформировался республиканский демократический политический режим во многом благодаря конституционным конвенциям. Конституционные конвенции возвели или низвели монархию к ситуации, когда «благодаря своей безвредности современные монархи вызывают в большинстве лояльные чувства, однородные с восторженной преданностью национальному знамени»⁴.

В современном мире королевские семьи все чаще выступают в качестве персонажей светской хроники и «икон стиля», что не отрицает возможности применения при случае их «спящих» прерогатив. Европейские народы, прежде всего французы, отправившие по решению суда якобинцев своего короля Людовика XVI на гильотину, и русские, так и не осудившие в полной мере преступления большевиков, расстрелявших царскую семью, не без зависти наблюдают телевизионные трансляции очередного бракосочетания из Лондона. Возможно, правы

родившиеся 2 июня 1953 г. жители Канады, сохраняющие и передающие последующим поколениям розданные по случаю коронации Елизаветы II серебряные ложечки.

Коварство № 2: неопределенность применения

В отличие от правового обычая, квалифицирующим критерием которого выступает требование определенности, политико-правовая жизнь многих государств демонстрирует примеры, когда влияние на государственные дела того или иного института зависит от личных качеств, состояния здоровья, активности человека, который этот институт собственно и представляет. В российский политический фольклор вошла неопределенная в своих составляющих формула времен второго срока президентства Б. Н. Ельцина: «Президент работает с документами».

В европейской практике примером неопределенности реальной политической роли признается статус президента Федеративной Республики Германия. А. Г. Румянцев, размышляя о том, что статус президента ФРГ в значительной степени определяется неписаными правилами, приходит к заключению об обусловленности политической роли, которую играет федеральный президент Германии, личными свойствами занимающего этот пост лица и ставит решение дискуссии «о том, в каких случаях президент имеет право или даже обязанность отклонять законы, переданные ему после принятия для подписания и опубликования» в зависимость «от мужества человека, находящегося на данном посту»⁵.

Особым выражением неопределенности предстает ситуация, когда происходит не категорическое нарушение предусмотренных конститу-

³ См., например: Кокотов С. А. Конституционные конвенции в истории государственного строительства Канады // США и Канада: экономика, политика и культура. 2002. № 7. С. 71.

⁴ Политический строй современных государств. СПб., 1905. С. 255.

⁵ Румянцев А. Г. Немецкое общество, государство и право в 1949—2009 годах: что было, что изменилось и чего можно ожидать // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 3. С. 65.

ционным обычаем правил, а небольшое, несущественное отступление. Допустивший отступление субъект может, сославшись на тезис о «живой» конституции, утверждать, что имеет место не нарушение или отступление, а развитие конституционного обычая. Учитывая отсутствие судебной защиты конституционного обычая, решение, что же имеет место в данном конкретном случае — нарушение или развитие, зависит от соотношения сил между допустившим отступление (развитие) политическим субъектом и его контрагентами в данном политическом случае.

Следующим шагом расширительного толкования конституционных обычаев предстает доктрина, рассматривающая конвенции как «подразумеваемые нормы Конституции». Коварство раскрывается при ответе на вопрос об уполномоченном на подобные подразумевания субъекте. Наглядно допустимость развития конституционных обычаев, равно как и концепция «подразумеваемых норм», отстаивается ведущими китайскими правоведом. Очевидно, что право подразумевать конституционные нормы и развивать конституционные обычаи резервируется ими за партийно-государственным аппаратом Коммунистической партии.

Коварство № 3: конвенции не стоят бумаги, на которой они не написаны

Часто говорят, что «конвенции не стоят бумаги, на которой они не написаны» (“conventions are not worth the paper they are not written on”), т. е. не имеют юридической силы, потому что не записаны. Какой бы силой они ни обладали, они опираются на историю, традиции, символизм и веру в их правильность и моральность всех акторов конституционного политического процесса.

Здесь можно проследить сходство в опоре на традицию конституционных и иных обычаев. Так, в Японии на стиль взаимоотношений различных политических сил оказывают

воздействие нормы-гири — традиционные японские представления о должном поведении человека в обществе. Политические отношения, особенно в ходе предвыборных кампаний, рассматриваются как разновидность противоборства различных группировок, члены которых связаны отношениями гири⁶.

Несомненно, конституционные обычаи следует относить к культурным и политическим традициям. Причем именно в сочетании двух обозначенных составляющих: культуры и политики, или, если их обобщить — политической культуры. Конституционные обычаи — значимая часть политической культуры и конституционной традиции. Как продемонстрировано, роль конституционных обычаев в политической культуре и конституционной традиции различных стран чрезвычайно вариативна. В разном соотношении конституционные традиции государств включают как письменные конституции и конституционные акты, так и неписанные правила — конституционные обычаи и конституционные обыкновения.

Следует ли кодифицировать конституционные обычаи?

Председатель Конституционного суда Чешской Республики П. Рыхетский на вопрос «Что Вы думаете о заявлении Земана о том, что конституционные обычаи являются идиотскими?» ответил следующее: «Скорее, мы можем сказать, что конституционные обычаи похожи на жену инспектора Коломбо⁷, мы все еще их ищем»⁸.

Сравнение П. Рыхетского не случайно: однозначно сформулировать

⁶ См.: Пронников В. А., Ладанов И. Д. Японцы (этнопсихологические очерки). 2-е изд. М., 1985.

⁷ Супруга лейтенанта Коломбо (герой американского детективного сериала) оказывала непосредственное влияние на ход расследований своего мужа, ни разу при этом не появившись на экране.

⁸ Právo. 2013. 17 авг.

конституционные обычаи бывает не просто. Стремление компенсировать неопределенность побуждает исследователей и управленцев предлагать различные способы ее преодоления, тем самым пытаясь снизить возможность проявления коварства конституционных обычаев. Самый легкий способ обеспечить определенность конституционных обычаев — их кодификация. Нередкие предложения о кодификации «дамокловым мечом» нависают над конституционными обычаями.

Особенно яростно споры о судьбе конституционных обычаев идут при обсуждении необходимости кодификации конституции Великобритании. Вопрос лишь в том, можно ли кодифицировать конституционные обычаи, чтобы они остались таковыми и не превратились в обыкновенные нормы права, потеряв свою эластичность, полезность и привлекательность для конституционной жизни.

Сторонники кодификации конституционных обычаев утверждают, что при успехе этого процесса конституционные конвенции станут однозначными, понятными, доступными и для применяющих их конституционных субъектов, и для общественного мнения. Далее предлагается свести близкие по предмету регулирования конституционные обычаи в неких общедоступных документах.

Странами, демонстрирующими успешные примеры кодификации конституционных обычаев, считаются Австралия и Канада. Кодификации подверглись вопросы, связанные с функционированием центральных (федеральных) правительств, деятельностью министров и государственных служащих. Но во всех случаях кодификация не затронула вопросы, оказывающие непосредственное воздействие на подданных (граждан) этих государств.

Попытку кодифицировать важнейшие конституционные обычаи своей парламентской системы предприняла Австралия, образовав в 1982 г., конституционную ко-

миссию с недвусмысленным названием “Convention” (Конвент). Спустя три года, в 1985 г., Конвент опубликовал доклад, содержащий перечень из 18 конституционных обычаев, затрагивающих вопросы деятельности премьер-министра, генерал-губернатора и Палаты представителей. Доклад предварялся следующим заявлением: «Настоящий Конвент признает и объявляет, что следующие принципы и практика должны рассматриваться в качестве конституционных обычаев в Австралии»⁹.

Австралия выбрала немного странный механизм кодификации конституционных обычаев. Этот механизм обрек на неавторитетность выводы Конвента для экспертов и их малозначимость для правовой системы. Какую еще реакцию могли ожидать авторы идеи провести кодификацию посредством деятельности комитета, сформированного правительством?! Следовало бы предположить, что решения подобного Конвента при всей своей небезынтересности не могли рассчитывать ни на судебную поддержку, ни на авторитет нормы права у государства, его институтов и граждан. Решение подобного комитета следовало бы оформить решением парламента, и в таком случае закрепленные в нем конституционные обычаи приобрели бы силу закона, либо принять некий правительственный ордонанс, придав ему на основе подобного ордонанса опять-таки нормативно-правовой характер.

Так как Доклад правительственной комиссии (конвента) не получил ни одной из обозначенных форм закрепления, говорить об успехе кодификации конституционных обычаев в Австралии не приходится. В связи с этим Дж. Маршалл отмечает: «К счастью, в Соединенном Ко-

⁹ Подробнее см.: The British Constitution in the Twentieth Century / ed. by V. Bogdanor. Oxford, 2003. Ch. 2: The Constitution: Its Theory and Interpretation (by G. Marshall). P. 41—42.

ролевстве не было предпринято никаких аналогичных попыток»¹⁰.

Однако поветрие кодификации конституционных обычаев донеслось до бывшей метрополии. Примером подобной кодификации конституционных обычаев (конвенций) в Великобритании называют Министерский кодекс (The Ministerial Code). Первым из подобных документов стал свод правил 1997 г., подготовленный в премьерство Э. Блэра. Зародился новый конституционный обычай: каждый новый премьер-министр издает собственный Министерский кодекс. Актуальный на 1 июня 2019 г. Кодекс включает 10 разделов, предваряемых предисловием премьер-министра, и два приложения. Речь в нем идет о системе взаимоотношений министров, принципе коллективной ответственности, порядке назначения министров и ряда иных государственных служащих, регулировании частных интересов министров и правил их общения с прессой, порядке их путешествий и т. п.

Прилагаемые к Кодексу «Семь принципов общественной жизни» (The Seven Principles of Public Life) — собрат этического кодекса государственных служащих — были обозначены в 1995 г. Комитетом по стандартам в общественной жизни (Committee on Standards in Public Life): бескорыстие, добросовестность, объективность, подотчетность, открытость, честность, лидерство. Кодекс не ограничивается изложением общих принципов, подходов и этических требований, в нем нашлось место даже порядку использования начисляемых бонусов — «воздушных миль», которыми поощряют часто летающих пассажиров авиакомпании.

Попытка кодификации конституционных конвенций, затрагивающих полномочия Палаты лордов Великобритании в законодательном процессе, была предпринята в 2006 г.

в обеих палатах парламента. Для рассмотрения вопроса был образован совместный комитет Палаты лордов и Палаты общин, призванный оценить возможность кодификации ключевых конституционных конвенций в этой значимой политической сфере. Комитет категорически отверг возможность кодификации на тех основаниях, что это будет противоречить главной цели конвенции — обеспечению гибкости и способности развиваться, нельзя кодифицировать то, что не является законом, и заключил: «Это (процесс кодификации. — И. Б.) неосуществимо по своей природе... кодифицированная конвенция — внутренне противоречивый термин. Он создает сложности с определениями, уменьшает гибкость и препятствует развитию. Может возникнуть и необходимость судебного разрешения (вопроса. — И. Б.)»¹¹.

Ведущие британские правоведы выступили против кодификации конституционных конвенций, увидев в этом процессе угрозу их существованию. Так, Дж. Маршалл убежден, что именно без кодификации конституционные обычаи могут применяться к новым (свежим) политическим обстоятельствам¹².

Развивая его мысль, Д. Дженкинс отмечает: «Без конституционных конвенций Конституция теряет свои современные демократические механизмы и становится не более чем голой рамкой старого, все еще авторитарного пережитка Славной революции 1688—1689»¹³.

¹¹ Joint Committee on Conventions, Conventions of the UK Parliament, HL Paper 265-1, HC 1212-1, para 279. Цит. по: Bradley A. W., Ewing K. D. Constitutional and Administrative Law. 15th ed. Longman, 2010. P. 28.

¹² См.: Marshall G. Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability. Oxford, 1993.

¹³ Jenkins D. Common law declarations of unconstitutionality // International Journal of Constitutional Law. 2009. Vol. 7. Iss. 2. P. 196.

¹⁰ Подробнее см.: The British Constitution in the Twentieth Century... P. 41.

Р. Бразье в связи с этим пишет: «Кодифицировать конвенции означало бы уменьшить их адаптивность по мере изменения обстоятельств и прогресса общества; они не должны применяться в качестве законов и не должны кодифицироваться для сохранения того преимущества, которое имеет наша конституция»¹⁴.

Не стоит поощрять лукавство утверждающих, что кодифицированным конституционным конвенциям удалось сохранить свою идентичность. Опираясь на необходимость отчетности перед Офисом кабинета (в случае с министрами и государственными служащими при исполнении требования Ministerского кодекса в Соединенном Королевстве) либо перед иными учреждениями (в Австралии и Канаде), дополненные строгой дисциплинарной (а не только политической, как ранее) ответственностью, конституционные обычаи пусть и не стали утвержденными парламентом нормами права, но в прописанном в документах виде мало чем отличаются от ведомственных инструкций стран европейской континентальной семьи.

Утверждение, что в процессе кодификации происходит не превращение конституционных обычаев в норму права, а их «кристаллизация» в правовой материи — словесная уловка. Формализация конституционных конвенций — естественный и закономерный (здесь имеет место игра слов, в данном случае — не в смысле превращения в закон, а в смысле обусловленности объективными потребностями общества) процесс. При глобальном осмыслении этот процесс вписывается в общую тенденцию сближения основных правовых систем. Кодификация конституционных конвенций в странах общего права происходит параллельно с усилением преце-

дентных начал в странах европейской континентальной правовой системы, формированием своих национальных конституционных обычаев и обычаев административных и парламентских структур межгосударственных интеграционных объединений государств.

Способы отмирания конституционных обычаев

Широко распространенным является мнение, что конституционный обычай все реже применяется в государственно-правовой жизни, что сложившиеся конституционные обычаи и конвенционные нормы постепенно отмирают. Анализ правовой реальности не дает подтверждений подобному пессимизму. Отнюдь, управление в обществе постмодерна с его постоянно размывающимися представлениями о должном и ложном предполагает все более активное и изощренное обращение субъектов политики к ссылкам на некие традиции, ценности, установки, которые в действительности или в их воображении освящены многовековой практикой.

В то же время конституционный обычай далеко не вечен. Он может прекратить свое существование несколькими различными способами.

Способ «А» — прямое нарушение конституционного обычая

«Убийство» по-канадски: Сенат обязан утвердить принятый Палатой общин законопроект

Канадский конституционный обычай, обязывающий Сенат утвердить принятый Палатой общин законопроект, впервые был дважды нарушен в конце 1980-х гг. Причинами стали обсуждения двух важнейших вопросов: заключение соглашения о свободной торговле с США и принятие закона, регулирующего проведение аборт. Подписанное 2 января 1988 г. премьер-министром, лидером Прогрессивной консервативной партии Б. Малруни соглашение о свободной торговле встретило сопротивление со стороны Либеральной партии, обладавшей большин-

¹⁴ *Brazier R. Constitutional Reform: Reshaping the British Political System. Oxford, 2008. P. 164.*

ством в Сенате, что привело к проведению новых выборов в Палату общин в ноябре 1988 г. В 1989 г. Сенат отказался поддержать закон, регулирующий проведение абортот.

«Убийство» по-британски № 1: министр иностранных дел должен быть членом Палаты общин

Вынужденный следовать этой конвенции Э. Иден, заступив на пост премьер-министра Соединенного Королевства в апреле 1955 г., не смог назначить лорда Сейлсбери министром иностранных дел. Его преемник на посту премьер-министра Г. Макмиллан не только оказался более успешным премьером, но и позволил себе нарушить конвенцию, назначив министром иностранных дел лорда Хьюма. Окончательные счета с рассматриваемой конвенцией свела М. Тэтчер в 1979 г., назначив на этот же пост лорда Карингтона.

Способ «Б» — официальное признание конституционного обычая устаревшим или недействующим в конкретных ситуациях. Конституционный обычай прекращает свое существование при принятии официального решения о том, что субъекты конституционной жизни согласованно признали его противоречащим современной правовой практике. По сути, обычай официально признается устаревшим. Трудно представить, чтобы подобное согласование — признание обычая устаревшим — произошло в рамках политической конференции или круглого стола экспертов. Хотя категорически исключать подобные механизмы не следует. Скорее, речь идет о формате длящейся политической дискуссии действующих на государственно-правовой сцене субъектов, в ходе которой утверждается такое понимание.

Есть и более надежный механизм признания обычая устаревшим — издание специального правового акта. По иронии отношений конституционного обычая и правовой нормы самый надежный способ

покончить с надоевшим конституционным обычаем — отменить его законодательно. Например, правительство Великобритании обладает возможностью обратиться в Палату общин с предложением официально отменить тот или иной конституционный обычай. Не будучи прописанным на бумаге при своем рождении, подобный обычай обретет свой исторический покой посредством официального парламентского решения.

Иную систему взаимоотношений демонстрирует судебное решение. Несмотря на неоднократные сетования, что конституционный обычай не может рассчитывать на судебную защиту, в случае, если подобная защита произойдет, это не будет иметь летальных последствий для конституционного обычая. Напротив, конституционный обычай не только сохранится в прежнем статусе, но и может претендовать на дополнительную роль: прецедента либо правовой позиции (последнее может произойти в том случае, если речь идет о защите органами конституционного правосудия).

Превращение в прецедент (судебный или административный) или в правовую позицию схоже с процессом государственного санкционирования обычая. Государственное санкционирование обычая происходит путем его фактического неоднократного применения. Процесс санкционирования не лишает конституционный обычай своей идентичности, так как санкционирующий орган не создает его, а лишь соглашается с тем, что в обществе сложилась модель поведения, которая может быть применена при регулировании общественных отношений.

«Убийство» по-британски № 2: в компетенцию Верховного суда Великобритании не входит защита конституционных обычаев (конвенций)

24 января 2017 г. Верховный суд Великобритании при рассмотрении вопроса о полномочиях правительства Соединенного Королевства по

инициированию процесса выхода из Европейского Союза в соответствии со ст. 50 Договора о Европейском Союзе отметил, что «конституционные конвенции», в том числе «традиция/процедура Сьюэла», не могут применяться при решении вопросов разграничения полномочий парламента Великобритании и администратий регионов Соединенного Королевства. В 97-страничном документе, детально раскрывающем причины отклонения Верховным судом Великобритании доводов правительства в отношении ст. 50 Договора о Европейском Союзе, словосочетание «конвенция Сьюэла» употребляется 18 раз.

При этом Верховный суд поддержал центральное правительство в том, что полномочия по иностранным делам, включая взаимоотношения с Европейским Союзом, зарезервированы за Вестминстером. Верховный суд отказал конвенции Сьюэла в судебной защите, отметив: «Конвенция Сьюэла играет важную роль в содействии гармоничным отношениям между парламентом Соединенного Королевства и региональными представительными органами (devolved legislatures)... Однако контроль над сферой ее применения и порядком ее функционирования не входит в конституционную компетенцию судебной власти, которая призвана защищать верховенство права»¹⁵.

Тем самым Верховный суд не «убил» конвенцию Сьюэла окончательно, в том числе в контексте прав администрации Шотландии на учет мнения региона при реализации процедуры выхода Великобритании из Европейского Союза. Это позволило представителям Шотландии заявить, что проект о выходе Великобритании должен стать предметом получения согласия Шотландии. Но Верховный суд лишил их наде-

жды на судебную защиту, еще раз подтвердив правило, что конституционные обычаи сильны лишь тогда, когда их соблюдение вверяется добросовестности субъектов политического процесса.

Применительно к процедуре брекзита конвенция Сьюэла скорее мертва, нежели жива.

«Убийство» по-индийски: президент обязан следовать советам правительства

Дж. Неру удалось отстоять вестминстерскую модель правления в Индии и утвердить конституционный обычай, согласно которому глава государства обязан соглашаться с любым решением правительства. Продолжила дело отца И. Ганди, превратив конституционный обычай в конституционную норму.

Конституция Индии 1950 г. определила президента республики как главу государства, наделив его значительными полномочиями:

«Исполнительная власть Союза принадлежит президенту — напрямую или через подчиненных ему чиновников» (ст. 53);

«Существует совет министров во главе с премьер-министром, который помогает и советует президенту в осуществлении своих полномочий» (ст. 74).

Буква индийской конституции однозначно отдала приоритет президенту в его взаимоотношениях в системе органов исполнительной власти. Это противоречило вестминстерской модели разделения властей. Удивительно, что, будучи самой объемной в мире и самой большой по количеству статей, Конституция Индии чрезвычайно лаконично регламентирует деятельность органов исполнительной власти.

Расхождение между писаной конституцией и реальным соотношением политических сил привело к конфликту между премьер-министром Индии Дж. Неру и избранным в 1950 г. первым президентом республики Р. Прасадом, который по-

¹⁵ What's a Sewel Convention and why did it feature in the Brexit court ruling? URL: <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-38731693>.

сле избрания вышел из Индийского национального конгресса, заложив тем самым традицию, согласно которой президент Индии не может быть членом политической партии.

Поводом для обострения конфликта стало обсуждение осенью 1951 г. проекта кодекса, призванного в новой независимой Индии урегулировать вопросы брака, осуществления разводов, права наследования, положения женщин. Р. Прасад, известный своим консерватизмом в отстаивании традиций индуизма, выступил против инициатив Неру по утверждению светских принципов регулирования вопросов семьи. Президент, ссылаясь на букву Конституции, утверждал, что его полномочия не следует срисовывать с полномочий британского монарха. Будучи выборным президентом страны, он имеет право влиять на решения кабинета. Дж. Неру смог заручиться поддержкой юристов, которым, в свою очередь, удалось обосновать, что статус президента Индии аналогичен статусу генерал-губернаторов в доминионах Великобритании, следовательно, у него нет собственной компетенции в сфере исполнительной власти.

Нет уверенности, ссылались ли индийские юристы на тезис, что не только согласие генерал-губернаторов, но и согласие британского монарха является не более чем формальностью: последним в истории примером отказа монарха согласовать принятый парламентом закон считается отказ первой королевы Великобритании — королевы Анны — поддержать законопроект о шотландской милиции (Scottish Militia Bill) в 1708 г.

В итоге Р. Прасад смирился с поражением. Его смирение было вознаграждено: он выполнял обязанности президента до 1962 г. и вошел в историю страны как глава государства с самым длительным сроком президентуры.

В 1976 г. Индира Ганди, воспользовавшись введением чрезвычайного

положения, решила окончательно разрешить несоответствие между буквой конституции и представлениями вестминстерской модели о взаимоотношениях главы государства и премьер-министра. Наименование «42-я поправка» (The Constitution (Forty-second amendment) Act, 1976) совершенно не отражает обширность и значимость изменений, которые претерпела Конституция Индии в 1976 г. Изменения подверглись почти все части Конституции, включая преамбулу. Более наглядно сравнение — «Конституция Индиры».

42-я поправка к Конституции Индии, вступившая в силу 3 января 1977 г., в ст. 74 (1), сохранив первую часть предложения, внесла существенное дополнение: «Существует совет министров во главе с премьер-министром, который помогает и советует президенту, а тот в осуществлении своих полномочий действует в соответствии с полученными советами».

И. Ганди, переоценив собственную популярность, отменяет чрезвычайное положение и организует в 1977 г. парламентские выборы, на которых побеждает Бхаратия джаната парти (Народная партия), которая в течение двух последующих лет отменяет большинство положений 42-й поправки. Согласно 44-й поправке к Конституции Индии 1978 г. (действует с 20 июня 1979 г.) ст. 74 предстает в следующей редакции:

«74. Совет Министров оказывает помощь и дает советы Президенту.

1. Учреждается Совет Министров во главе с Премьер-министром для оказания помощи и дачи советов Президенту, который при исполнении своих функций действует в соответствии с таким советом.

При условии, что Президент может требовать от Совета Министров повторного рассмотрения (reconsider) такого совета в целом или в какой-либо его части; и Президент должен действовать в соответствии с советом, данным после такого рассмотрения.

2. Вопрос о том, давали ли министры совет Президенту и какой именно, не может быть предметом рассмотрения какого-либо суда».

Таким образом, подход Дж. Неру — И. Ганди в этой части был сохранен. Президент Индии обязан следовать советам правительства, но это не конституционный обычай, а норма конституционного права. С 1952 г. Неру перестал быть первым среди равных, сделавшись «первым без равных», с тех пор это положение применимо ко всем премьер-министрам Индии¹⁶.

Способ «В» — придание конституционному обычаю статуса действующей правовой нормы. Получив нормативное выражение в писаном праве, конституционный обычай перестает быть самим собой — освященным веками и традицией, не пользующимся судебной защитой обязательным правилом поведения. Иными словами, конституционный обычай низводится до рядового пункта среди многочисленных законов и статей. Превращаясь в правовую норму, он становится лишь воспоминанием. Последующим поколениям это правило поведения предстает как норма писаного права.

Процесс инкорпорирования конституционных обычаев в систему правовых норм образно предстает в виде «кристаллизации обычая в закон». Основной спор при оценке процесса кристаллизации по-прежнему разворачивается по проблеме, является ли конституционный обычай источником права либо ему в этой ипостаси отказано до того, как он кристаллизуется в форме нормы права.

Большинство правоведов сходятся во мнении, что в данном случае речь не идет о превращении конституционного обычая в источник права. Источником права становится приня-

тая на основе обычая новая норма права, а конституционный обычай в процессе подобной кристаллизации перестает быть живым правом¹⁷. Следует лишь поправить, что роль и значение конституционного обычая в правовой системе различных государств (для одних в большей степени, для других — в существенно меньшей) такова, что и до кристаллизации конституционные обычаи выполняют роль источников права. Для эффективности своей роли конституционные обычаи в различных правовых системах не только кристаллизуются в форму нормы права, но и принимают иные обличия — прецедента, правовой позиции органа конституционного правосудия, конвенции акторов конституционного процесса.

«Убийство» по-британски № 3: британский парламент имеет право принимать законы для государства — члена Содружества только по требованию или с согласия последнего

Вестминстерский статут 1931 г. (Statute of Westminster of 1931) был призван определить правовой статус доминионов и формат их взаимоотношений с Соединенным Королевством. Признавая суверенитет доминионов, их самостоятельность во внутренних и внешних делах, равенство с Соединенным Королевством, Вестминстерский статут в преамбуле утверждал соответствующим установившемуся конституционному положению правило, «чтобы в будущем ни один закон, принятый парламентом Соединенного Королевства, не распространялся на какой-либо из указанных доминионов в качестве составной части права данного доминиона иначе как по просьбе и с согласия данного доминиона».

¹⁶ Подробнее см.: *Kumarisingham H. The Indian version of first among equals — executive power during the first decade of independence // Modern Asian studies. 2010. Vol. 44. No. 4. P. 709—751.*

¹⁷ Вопрос был детально рассмотрен Верховным судом Канады и нашел отражение в соответствующем решении. См.: *Reference Re Amendment of the Constitution of Canada. [1981] 1 S.C.R. Odstavec 885.*

Тем самым конституционный обычай «Британский парламент имеет право принимать законы для государства — члена Содружества только по требованию или с согласия последнего» нашел нормативное закрепление. Также было отменено положение, в соответствии с которым закон доминиона в случае его противоречия законодательству Соединенного Королевства признавался недействительным.

«Убийство по-британски» № 4: при расхождении позиций Палаты общин и Палаты лордов решение принимается в соответствии с позицией Палаты общин

Первый герцог Веллингтон — Артур Уэлсли, поддерживая отмену «хлебных законов», продвигаемую премьер-министром Р. Пилем, заявил: «Мы знаем, что должны отвергнуть этот закон, поскольку он был согласован только с двумя ветвями власти: с Коронай и с Палатой общин. Позиция же Палаты лордов заключается в том, что мы выступаем против этих законов, и мы имеем право отменить эти законы, так как для их принятия необходимо согласие всех трех ветвей власти. Милорды, мы должны помнить: Палата лордов ничего не может сделать без Палаты общин и Короны, но и они не должны действовать без согласия Палаты лордов»¹⁸.

Накануне отставок Веллингтона с поста лидера Палаты лордов (27 июня 1846 г.) и Пила с поста премьер-министра (29 июня 1846 г.) им удалось добиться принятия билля об отмене этих законов в трехлетний срок.

Значимость достижения цели руководителями двух ведущих государственных институтов, пусть и ценой собственных отставок, обусловлена тем, что совместными

усилиями им удалось преодолеть конституционное соглашение, предусматривающее приоритет нижней палаты при расхождении позиций палат парламента. Не следует исключать возможности, что именно этот успех стал первым «ранением» рассматриваемой конституционной конвенции. Обычай прекратит свое существование 65 лет спустя, когда с принятием Акта о Парламенте (Parliament Act of 1911) любой законопроект, затрагивающий финансовые вопросы, более не сможет быть отклонен и даже изменен Палатой лордов, да и иной (нефинансовый) законопроект отныне будет способен преодолеть упрямство лордов. Законопроект, трижды принятый Палатой общин в пределах трех парламентских сессий одного созыва, даже будучи трижды отклоненным Палатой лордов, становится законом. Существует лишь одна оговорка, допускающая вмешательство в процесс монарха, который может затянуть утверждение проекта на два года (с момента его первого принятия), и тогда законопроект будет считаться отклоненным.

Таким образом, Акт о Парламенте 1911 г. сделал нормой права правило конституционного обычая.

«Убийство» по-британски № 5: все вопросы деятельности депутатов Палата общин регулирует самостоятельно

Британский парламент не обладает единым правовым актом, законодательно (или нормативно) определяющим процедуры рассмотрения и принятия законов. Регламенты палат (Standing Orders) далеко не в полной мере урегулировали процессы законотворчества, закрепив тем самым значительную роль в регламентации законодательного процесса за конституционными обычаями (конвенциями). В 2009 г. британские средства массовой информации затронули тему чрезмерности выплаченных депутатам компенсаций расходов, связанных с осуществлением ими депутатских

¹⁸ Close D. B. The Formation of a Two-Party Alignment in British Parliament. London, 1987. P. 266. Цит. по: Романова М. И. Парламентская реформа 1832 года в Англии и ее последствия // Новая и новейшая история. 2005. № 4.

полномочий. Исторически данные вопросы решались на основе права Палаты общин самостоятельно регулировать вопросы своей деятельности. Под давлением общественного мнения был принят Parliamentary Standards Act 2009, которым вопрос компенсаций получил нормативное урегулирование. Но и этот Акт не дал нормативных ответов на вопрос, каким образом воздействовать на депутатов, нарушающих правила поведения в парламенте, равно как и не урегулировал большинство парламентских процедур.

«Убийство» по-американски: кандидат на пост Президента США не может занимать этот пост более двух раз

Конституционный обычай Дж. Вашингтона «кандидат на пост Президента США не может занимать этот пост более двух раз» был убит всеми рассматриваемыми способами.

Т. Рузвельт, избранный в тандеме с У. Мак-Кинли вице-президентом страны в 1900 г., стал президентом США 14 сентября 1901 г. после убийства своего патрона. Три года спустя, 8 ноября 1904 г., в день своего избрания президентом, официально объявил, что считает предстоящий срок вторым и поэтому не будет более баллотироваться в президенты США. В 1908 г. он сдержал свое обещание, вероятно, искренне полагая, что следует конституционному обычаю. Вряд ли он мог предполагать, что его однофамилец — дальний родственник и муж его племянницы Франклин — спустя 32 года расправится с этим неписанным правилом.

Первым «выстрелом» в конституционный обычай «не более двух сроков» стало последовательное выдвижение, поддержка конвентом Демократической партии и избрание 5 ноября 1940 г. Ф. Рузвельта президентом Соединенных Штатов на третий срок. Если в 1940 г. против выдвижения Рузвельта на третий срок выступали не только представители Республиканской партии (предвыборный лозунг претендента от рес-

публиканцев У. Уилки выглядел так: «Если один человек — незаменим, то никто из нас не свободен»), но и влиятельные круги демократов, то в 1944 г. стало очевидно, что прецедент 1940 г. окончательно отменил рассматриваемый конституционный обычай. Рузвельт уверенно стал президентом на четвертый срок, пробыв в должности лишь 61 день.

Завершили дело Рузвельта по убийству конституционного обычая «не более двух сроков» уже при его преемнике — Г. Трумэне, ему в некоторое утешение было оставлено право быть последним с формально юридической точки зрения президентом, имевшим возможность баллотироваться без ограничений количества выдвижений. Второй «выстрел» произвели республиканцы после того, как победили на выборах в обе палаты Конгресса США в 1946 г. Уже на своем первом заседании 3 января 1947 г. Конгресс приступил к рассмотрению и 21 марта 1947 г. принял проект совместной резолюции, согласно которой вводился запрет занимать должность президента лицу, находившемуся в должности Президента США в течение двух сроков, независимо от того, полностью (по четыре года) или частично он осуществил свой мандат.

Демократы во главе с президентом Г. Трумэном задействовали все возможности не допустить поддержки проекта поправки тремя четвертями штатов в течение семи лет, но их усилия оказались тщетными. Получив к 7 февраля 1951 г. поддержку 35 штатов, указанная совместная резолюция превратилась в Двадцать вторую поправку к Конституции США. В окончательной версии поправка содержит небольшое послабление для тех, кто начал исполнение обязанностей с поста вице-президента в случае кончины, отставки, утраты дееспособности или импичмента предшественника: для них к полному сроку приравниваются два и более года пребывания в статусе вице-президента.

Инкорпорация конституционного обычая в действующее конституционное право привела к ситуации, когда отрицание возможности выдвижения президента на третий срок определяется не восходящей к Дж. Вашингтону традиции или конституционному обычаю, а Двадцать второй поправкой к Конституции США. Конституционный обычай был заменен конституционной нормой.

Подведем итоги:

а) кодификация конституционных обычаев вредна для конституционной жизни;

б) «кодифицированный конституционный обычай» — это оксюморон сродни «горячему снегу» или «мертвым душам»;

в) если кодификация конституционных конвенций была проведена, то лучше честно признаться себе и миру, что произошла их трансформация в нормы права, нежели рассуждать о некоей «кристаллизации» обычаев в закон.

Отмирание конституционного обычая одним из перечисленных способов не отменяет постановки вопроса о том, что приходит ему на смену. Одно неписаное правило поведения субъектов политической жизни должно быть заменено иным. Так как отмирание конституционного обычая должно быть согласовано всеми субъектами политической жизни, то и формат нового правила, если он не находит нормативного закрепления, должен быть ими поддержан. Тем самым происходит вытеснение одного конституционного обычая иным правилом, статус, роль и меры поддержки которого предстоит определить в последующей государственно-правовой практике. Не исключено, что до того момента, как новое правило признают конституцион-

ным обычаем, ему предстоит побыть в роли конституционной привычки. Хотя к ней еще только предстоит привыкнуть.

В зависимости от значимости нарушенного конституционного обычая или принципиальности регламентируемой им ситуации находится степень реакции политической элиты, акторов государственно-правовой жизни, общественных институтов. Очевидно, что нарушение конституционного обычая приносит дискомфорт в ход политической жизни. Оно должно быть обусловлено реальными значимыми интересами, так как не может не вызвать разнонаправленную реакцию: одни силы будут стремиться ссылками на нравственную и политическую силу конституционного обычая восстановить его действие, другие — объявить нарушение обычая новой нормальностью, с которой всем предстоит смириться.

Однако уже А. В. Дайси был вынужден признать, что конституционные обычаи, равно как и иные конституционные (правовые) явления, не застрахованы ни от нарушений, ни от прекращения своего действия. Как и записанные на бумаге нормы, так и конституционные обычаи могут вступить в противоречие с интересами практики и текущего политического момента. Как не исключена возможность при желании нарушить норму права сослаться на обычаи и традиции, так при стремлении избежать соблюдения традиции всегда можно обратиться к доктрине «живой конституции», найдя в ней классическое утешение про «сухость теории» и «зеленеющее древо жизни», в данном случае конституционной.

Библиографический список

- Bradley A. W., Ewing K. D. *Constitutional and Administrative Law*. 15th ed. Longman, 2010.
Brazier R. *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*. Oxford, 2008.
Close D. B. *The Formation of a Two-Party Alignment in British Parliament*. London, 1987.
Franquet A. Ch. *Le gouvernement et le Parlement britanniques*. Vol. 1: *Le gouvernement*. Vol. 2: *Constitution du Parlement*. Vol. 3: *La procédure parlementaire*. Paris, 1887.

Jenkins D. Common law declarations of unconstitutionality // *International Journal of Constitutional Law*. 2009. Vol. 7. Iss. 2.

Joint Committee on Conventions, Conventions of the UK Parliament, HL Paper 265-1, HC 1212-1, para 279.

Kumarisingham H. The Indian version of first among equals — executive power during the first decade of independence // *Modern Asian studies*. 2010. Vol. 44. No. 4.

Marshall G. *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford, 1993.

The British Constitution in the Twentieth Century / ed. by V. Bogdanor. Oxford, 2003. Ch. 2: The Constitution: Its Theory and Interpretation (by G. Marshall).

What's a Sewel Convention and why did it feature in the Brexit court ruling? URL: <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-38731693>.

Кокотов С. А. Конституционные конвенции в истории государственного строительства Канады // США и Канада: экономика, политика и культура. 2002. № 7.

Политический строй современных государств. СПб., 1905.

Пронников В. А., Ладанов И. Д. Японцы (этнопсихологические очерки). 2-е изд. М., 1985.

Романова М. И. Парламентская реформа 1832 года в Англии и ее последствия // Новая и новейшая история. 2005. № 4.

Румянцев А. Г. Немецкое общество, государство и право в 1949—2009 годах: что было, что изменилось и чего можно ожидать // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 3.

References

Bradley A. W., Ewing K. D. *Constitutional and Administrative Law*. 15th ed. Longman, 2010.

Brazier R. *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*. Oxford, 2008.

Close D. B. *The Formation of a Two-Party Alignment in British Parliament*. London, 1987.

Franquet A. Ch. *Le gouvernement et le Parlement britanniques*. Vol. 1: *Le gouvernement*. Vol. 2: *Constitution du Parlement*. Vol. 3: *La procédure parlementaire*. Paris, 1887.

Jenkins D. Common law declarations of unconstitutionality. *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, iss. 2.

Joint Committee on Conventions, Conventions of the UK Parliament, HL Paper 265-1, HC 1212-1, para 279.

Kokotov S. A. *Konstitutsionnye konventsii v istorii gosudarstvennogo stroitel'stva Kanady. USA i Kanada: ekonomika, politika i kul'tura*, 2002, no. 7.

Kumarisingham H. The Indian version of first among equals — executive power during the first decade of independence. *Modern Asian studies*, 2010, vol. 44, no. 4, pp. 709—751.

Marshall G. *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford, 1993.

Politicheskiiy stroy sovremennykh gosudarstv. St. Petersburg, 1905.

Pronnikov V. A., Ladanov I. D. *Yapontsy (etnopsikhologicheskie ocherki)*. 2nd ed. Moscow, 1985.

Romanova M. I. *Parlamentskaya reforma 1832 goda v Anglii i ee posledstviya. Novaya i noveyshaya istoriya*, 2005, no. 4.

Rumyantsev A. G. *Nemetskoe obshchestvo, gosudarstvo i pravo v 1949—2009 godakh: chto bylo, chto izmenilos' i chego mozhno ozhdat'*. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, 2009, no. 3.

The British Constitution in the Twentieth Century. Ed. by V. Bogdanor. Oxford, 2003.

What's a Sewel Convention and why did it feature in the Brexit court ruling? Available at: <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-38731693>.