

УДК 340

**РАЗРАБОТКА КОНСТИТУЦИИ В КОНТЕКСТЕ ПРОБЛЕМЫ
ЕЕ ЛЕГАЛИЗАЦИИ И ЛЕГИТИМАЦИИ**

*канд. юрид. наук, доц. А.Н. ПУГАЧЁВ
(Полоцкий государственный университет)*

Проблема учреждения основного закона рассматривается с позиций ее легализации и легитимации на различных стадиях конституционного процесса. Особое внимание уделяется характеристике субъектов-учредителей конституции и способов ее разработки. Проводится различие между учредительной и законодательной властями, в связи с чем показан опыт американского и французского конституционализма. Предложена типология учредительных собраний по способу формирования и объему компетенции. Рассмотрены ситуации разработки и принятия основного закона парламентами и надпарламентскими органами. На примере постсоветских республик изучается и анализируется ситуация, когда разработка конституции осуществляется под «патронажем» главы государства без участия представительных органов. Высказываются принципиальные соображения о необходимости демократизации и открытости конституционно-учредительных процедур, что напрямую влияет на проблему легализации и легитимации основного закона.

Введение. С позиций подготовки «хорошей конституции» важно разобраться, каких требований следует придерживаться инициаторам и разработчикам акта. Почему это представляется столь важным? С нашей точки зрения, игнорирование и пренебрежение некоторыми требованиями (пусть даже не предусмотренными в действующем законодательстве) напрямую влияет на серьезный аспект проблемы: легализацию и легитимацию основного закона (о природе этих явлений и терминологическом происхождении – см. В.Е. Чиркина [1, с. 121]). Легализацию в данном случае понимаем как безусловное следование юридическим формам, легитимацию – через восприятие будущей конституции в представлениях населения как законной и справедливой. Основы классической теории легитимности были разработаны в XIX в. Максом Вебером [2], который данное явление характеризовал двумя основными признаками: а) признание власти; б) подчинение отдельных лиц власти. Ученый выделял три основания легитимности: традицию, харизму, рациональное построение власти и соблюдение установленных процедур. Напомним, что XIX век – время массового появления конституционных государств.

Какие факторы должны быть учтены разработчиками конституции? (Вопрос о законности нами не обсуждается как самоочевидный, никакие политические устремления не могут реализовываться вне и помимо легальных юридических форм, такое развитие событий без признаков революционной ситуации должно характеризоваться как переворот.) Важнейшим требованием к разработчикам конституции является обеспечение и следование открытости процесса с первых его стадий. В целях создания легальной и легитимной конституции необходимо обеспечить как можно большую открытость в процессе ее разработки, что позволит проявить к готовящемуся документу внимание максимального числа всех заинтересованных субъектов. Таким образом, в короткий период времени могут быть обозначены и поставлены на повестку дня основные политические и социальные вопросы. Существующая система средств массовой информации позволяет эффективно решить эту проблему. Насколько удачно? Белорусская история и мировой конституционный опыт богаты на самые разные примеры.

Основная часть. Уместно вспомнить эпизоды, связанные с разработкой Конституции Беларуси 1994 года. С первых дней работы (июль 1990 г.) поименно был известен весь состав конституционной комиссии, ее члены регулярно высказывали свои соображения в СМИ (например, парламентская на тот момент «Народная газета» с многосоттысячными тиражами регулярно предоставляла свои площади для всех разработчиков). При обсуждении проекта Конституции в Верховном Совете организовывались прямые теле – и радиотрансляции. Только в течение 1991 – 1992 гг. «на адрес конституционной комиссии поступило 11 тыс. замечаний и предложений». [3, с. 81]. Уже 3 декабря 1991 г. проект белорусской Конституции впервые был опубликован в печати, что впоследствии стало обычной практикой. Как отмечает А.В. Курьянович [4, с. 58], в фондах Национального архива Беларуси имеется около десятка конституционных проектов с многочисленными изменениями и правками, но опубликованы были лишь три: в декабре 1991 г., августе 1992 г. и сентябре 1993 г. – как существенно отличающиеся друг от друга. В своих избирательных округах депутаты Верховного Совета получали наказы избирателей в отношении подготовки Конституции, разъясняли свою позицию по голосованиям в Парламенте. Все сказанное свидетельствует об открытости конституционного процесса с первых его стадий.

Речь действительно шла о конституционной реформе. Классическая политология гласит: «Рэформамі называюць сацыяльныя, палітычныя і эканамічныя змены, якія – без аснаважных пераўтварэнняў структуры – выходзяць ад кіруючых або сацыяльна прывілеяваных колаў і падтрымліваюцца кіраванымі і непрывілеяванымі сляямі грамадства, якім яны пакліканы прынесці карысць» [5, с. 419]. Если же конституционный реформизм рассматривать вкупе с перечисленными факторами, то его нельзя признать успешно состоявшимся проектом. Пришедший ему на смену вариант оставляет еще больше вопросов.

Важнейший момент, на который необходимо обратить внимание, заключается в том, что разработчики (прежде всего инициаторы) конституции должны публично объяснить, с какой целью они «затянули» кардинальные преобразования и какие задачи будут решены с помощью нового основного закона. Должен прозвучать внятный ответ на вопрос, какие издержки и преимущества повлечет за собой действие предлагаемого акта, какие результаты ожидаются от правового регулирования. С этой целью, напомним, в странах западной демократии всегда проводятся публичные дебаты, где «лоб в лоб» сходятся сторонники и противники преобразований, причем – в прямом многочасовом эфире по одному из центральных каналов. Такие процедуры ни в коем случае не должны подменяться срежиссированными заранее телепередачами, цифрами различных соцопросов, «одобрямс» народных собраний, выступлениями юристов на непонятной избирателям лексике и т.п.

Поэтому все опять «упирается» в проблему легитимности, о которой хорошо сказано у В.А. Четвернина: «Основным фактором, определяющим сознательное позитивное (или негативное) отношение субъекта к власти и ее велениям, является ее легитимность (или, соответственно, иллегитимность). Легитимность власти, или политического режима, означает оправданность, необходимость, полезность власти в глазах подвластных, оценивающих ее с позиций порядка более высокого уровня, чем политический режим (порядка социального или ценностно-нормативного)» [6, с. 79]. И что здесь общего с бездумной погоней за сиюминутным политическим рейтингом?

Надо понимать, что легитимность есть вопрос о глубинном доверии к власти вообще, а не конкретному популисту, озабоченному постоянным нахождением в ней. Никакая современная конституционная система не может существовать без демократической легитимации. Идея конституционализма не отрицает народный суверенитет, наоборот, включает в свою систему набор демократических приемов и принципов. Современный политолог Б. Манин убедительно доказал, что «настоятельно и необходимо радикально изменить перспективы, свойственные как либеральным теориям, так и демократическим воззрениям: источник легитимации – не заведомо определенная воля людей, а, скорее, сам процесс выработки легитимного решения. Легитимное решение отнюдь не представляет волю каждого – оно является результатом того, что в его принятии участвовали все граждане. Легитимность результата происходит не из суммирования предварительно уже сформировавшейся воли всех, а из процесса формирования воли каждого. Принцип предварительного обсуждения является одновременно индивидуалистическим и демократическим... Мы решительно утверждаем это даже ценой риска вступить в противоречие со старой традицией, согласно которой легитимное право представляет собой результат общего обсуждения, а не выражение всеобщей воли. Тем самым бремя доказательства перекладывается с морали граждан на их разум, на такие процессы формирования мнения и воли, которые должны обосновать предположение, что они позволяют добиться рациональных результатов» (цит. по [7, с. 62]).

Длительность или время принятия конституции также является важным вопросом. Необходимо найти оптимальный вариант, который обеспечил бы достаточный резерв времени для разработки проекта и вместе с тем устанавливал какой-то временной предел для выработки основных политических решений и создания самого текста. Ясно, что процесс разработки конституции не может сопровождаться лихорадочной активностью, это неизбежно повлияет как на формальные, так и на качественные характеристики основного закона. Если конституция готовится несколько недель или даже месяцев, она вряд ли будет отвечать тем требованиям, которые предъявляются к актам такого рода. Очевидно, что речь должна идти совсем о других сроках, и только тогда можно говорить о какой-то взвешенности и осмотрительности со стороны конституционных реформаторов. В противном случае имеет место решение сиюминутной политической проблемы, которая действительно должна решаться как можно быстрее, но в таком случае принятие конституции выступает элементарным средством – инструментом в руках борющихся за власть. Это не имеет никакого отношения к перспективному конституционному строительству на базе разрабатываемого основного закона.

Кто же разрабатывает концепцию и проект будущей конституции? Теория и практика показывают, сколь неоднозначно решается данная проблема. В политической реальности встречается множество различных вариантов разработки и учреждения конституции, которые, как правило, состоят из комбинаций элементов представительства и народной демократии. Однако имеются примеры и иного толка.

В исламских государствах мусульманское право никогда не уступало роли господствующего источника и действие иных нормативных актов допускается лишь при их непротиворечии предписаниям

Корана (для некоторых стран и Сунны). Не стали исключением и конституции, которые сравнительно недавно появились в фундаменталистских мусульманских государствах (Саудовской Аравии 1992 г., Объединенных Арабских Эмиратов 1996 г., Султаната Омана 1996 г., Катара 2005 г.) Например, в разработке Саудовской Конституции [23, с. 564] участвовали Совет крупнейших улемов, возглавляемый Генеральным муфтием Саудовской Аравии, а также Комитет по контролю за соблюдением предписаний шариата. Совет крупнейших улемов состоит из 20 улемов – высших религиозных теоретиков, особо почитаемых знатоков Корана. Их называют муджтахидами. Однако даже для такого абсолютистского теократического государства, как Саудовская Аравия, есть очень специфическая особенность, отмеченная Р. Давидом: «Суверен, идет ли речь о монархе или о парламенте, является в исламистском понимании не господином, а служителем права. Он, таким образом, не может законодательствовать, [...] он руководит государственной политикой...» [8, с. 321]. А.Х. Саидов [9, с. 299] подчеркивает, что именно ведущие мусульманские теологи-юристы, а не государство, играют роль законодателя.

Во многих развивающихся странах (подверженных разным переворотам) конституции разрабатывались в весьма упрощенном порядке за короткие сроки. Точно сказать, кто конкретно был причастен к созданию документа, не представляется возможным. В таких случаях просто констатируется, что конституция учреждалась президентом, военными или военно-революционными советами, другими чрезвычайными органами. Так, временная Конституция Ирака 2004 г. была подготовлена при участии военных представителей США Временным управляющим Советом, созданным после свержения режима С. Хусейна войсками США и их союзников. Впоследствии, правда, был разработан «постоянный» Основной Закон конституционным комитетом, состоящим из депутатов парламента и 15 суннитских представителей. Он был принят на референдуме в 2005 г. и сменил «чрезвычайную» (временную) конституцию 2004 г., но за истекшие 10 лет показал свою никчемность в пылающей войной стране.

При характеристике субъектов, играющих главную роль в разработке текста основного закона, не утихают споры по поводу того, какие применяемые ими способы и процедуры более, а какие – менее демократичны. Для адекватного понимания ситуации нужно четко представлять себе условия, которые сопутствовали учреждению той или иной конституции, понимать исторический контекст происходящих событий. Но есть и общие закономерности, о которых пишет Ким Лейн Шеппели: «Архитекторы конституций склонны [...] размышлять главным образом о том, что их больше всего устраивает в новых институциональных структурах, ставя свои личные интересы превыше всего при выборе конституционных положений. Мне кажется, что сбалансированный подход к многогранному процессу разработки конституции показывает, что в подавляющем большинстве случаев конституционного строительства наиболее предсказуемым моментом является непредсказуемость дальнейшего хода истории. Если бы будущее было определено, не было бы необходимости в конституции. И лишь потому, что будущее не определено, необходимо развивать институты, основополагающие правила функционирования которых обеспечат складывание структур, позволяющих решать проблемы в будущем» [10, с. 90].

Мировая конституционная практика выработала различные подходы относительно субъектов и способов разработки конституции. Они различаются в зависимости от того, кто осуществляет учредительную власть. Выделяют три основных способа: представительными органами, избирательным корпусом и главой государства [11, с. 76]. Здесь необходимы уточнения. По нашим наблюдениям, нереализуем вариант, когда разработка (установление, учреждение) конституции осуществляется непосредственно народом. (Речь не идет в данном случае о проведении референдума по утверждению конституции.) Важно определить правовой статус главы государства. Если речь идет о монархе, то разработка октроированной (дарованной) конституции предполагает нечто иное, чем разработка основного закона президентом (его окружением), избранным на всеобщих выборах. В таком случае будет ли ошибкой считать главу государства представительным органом? Зачастую проект конституции разрабатывается не парламентом в целом, а представленными в нем партиями, фракциями, депутатскими группами. Например, в России за 1990 – 1993 гг. депутаты-коммунисты предложили три проекта новой Конституции. Неоднозначна ситуация в Беларуси по оценке событий 1996 г. В отечественной литературе распространено мнение, что на референдуме 24 ноября избиратели голосовали за альтернативные проекты, предложенные Президентом и Верховным Советом. Но так ли это? Во втором случае речь идет о проекте, разработанном фракциями коммунистов и аграриев (их засилье в парламенте во многом парализовало работу этого органа), и поэтому считать его парламентским проектом будет неверно. Никто никогда не уполномочивал коммунистов и аграриев выступать от имени Парламента в целом, на тот момент – «высшего представительного постоянно действующего и единственного законодательного органа государственной власти Республики Беларусь» (ст. 79 Конституции Беларуси 1994 г.). Однако вернемся к общим вопросам.

Проблема «учредительной власти» и ее разновидностей имеет давнюю историю. Вот что пишет Ф.-А. фон Хайек: «Идея поручить разработку общих правил справедливого поведения иному представи-

тельному органу, нежели тот, которому поручено правление, вовсе не нова. Нечто похожее пытались сделать в древних Афинах. Афиняне вручили право изменять документальные правила (*NOMOS*) специальному органу, – *NOMOTHETAE*. *NOMOS* – единственный термин, более или менее близкий по смыслу к используемым здесь «общим правилам справедливого поведения». Он был возрожден в похожем контексте в XVII в. в Англии. Позднее им пользовался Джон Стюарт Милль» [12, с. 432]. Такой учредительный орган рассматривается в противоположность так называемым «Правительственным собраниям, для которых образцом могли бы послужить существующие ныне парламенты, поскольку они как раз главным образом и занимаются правительственными задачами» [12, с. 440]. Но общая схема понятна: во всех своих решениях постоянно действующие государственные органы (представительные, полупредставительные, подчиненные) должны придерживаться правил и принципов справедливого поведения, установленных и обновляемых учредительной властью. Отсюда и возникает необходимость конституционной юстиции, обеспечивающей выполнение универсальных правил справедливого поведения. В таком случае «поднадзорной» оказывается и сама учредительная власть.

Уточним, что в «чистом» виде речь идет о такой власти, когда учреждается конституция в условиях, при которых высшие органы государственной власти еще не сформированы.

Отсюда М.В. Баглай [13, с. 751] делает вывод о том, что иерархически такая власть стоит на более высокой ступени, чем учреждаемые ею конституционные органы государственной власти, она их «прародитель». Учредительная власть может родиться из предшествующей конституционной системы, а может появиться и вне этой системы, т.е. в результате революции, государственного переворота или других общественных потрясений, в результате которых старый конституционный порядок уступает место новому. Ученый полагает, что необходимость отличия учредительной власти от законодательной первым осознал Ж.-Ж. Руссо, затем эту идею развил Сийес, и связано это было с поиском истоков конституционного нормотворчества накануне и в условиях Французской революции. Из истории известно, что конституция разрабатывалась людьми, которые не имели и не могли иметь законные полномочия для ее принятия (это касается и Конституционного Конвента в США). Но, разработав и приняв конституцию, учредительная власть ищет ее поддержки народом, а дальнейшую судьбу конституции передает созданному ею законодательному органу государственной власти или органу, специально создаваемому для изменения конституции.

В этом и заключается главное отличие первоначальной от установленной учредительной власти. Первая выражает движение от политики к праву, т.е. рождение конституционно-правовой системы, а вторая – внутри уже сложившейся системы. Но в любом случае учредительная власть обладает уникальным правомочием устанавливать рамки и правила для высших органов государственной власти. М. В. Баглай особо подчеркивает [13, с. 752], что первоначальная власть призвана создать конституционный порядок, она персонифицируется людьми или группами людей, которые оказались у власти в результате общественных потрясений. Установленная учредительная власть, образно выражаясь, «дитя конституции», никогда не будет всесильной, поскольку создается для конкретных целей. Возможно (как показал опыт США), в ней впоследствии не возникнет потребности. Однако для полноты картины охарактеризуем основные ее разновидности. К представительным органам, наделяемых учредительной властью, относят учредительное (конституционное) собрание, парламент, надпарламентские учреждения.

Под учредительным собранием принято понимать выборный орган, образуемый специально для разработки и принятия конституции. Считается, что начало практике созыва учредительного собрания положили США. Впервые положение о возможности принятия конституции учредительным собранием было сформулировано в Конституции Массачусетса 1780 г. Первая общенациональная Конституция – Статьи Конфедерации – была принята Континентальным конгрессом 15 ноября 1777 г. и вступила в силу 1 марта 1781 г. после того, как ее ратифицировал последний из тринадцати штатов – Мэриленд. Однако механизм политической организации Конфедерации оказался малоэффективен и несовершенен. Но что-либо изменить Конгресс не мог, т.к. внести дополнения или изменения в Конституцию можно было только с согласия всех штатов, что в условиях острых противоречий между ними являлось невыполнимой задачей. Глубокий экономический и политический кризис ставил под угрозу само существование Соединенных Штатов, о чем свидетельствуют попытки отдельных территорий не только отделиться от Конфедерации, но и вести переговоры об аннексии их Испанией («штат Франклин» в составе Северной Каролины) или Англией (штат Вермонт).

В этих условиях, по словам В.И. Лафитского [14, с. 18], задачу спасения государства взял на себя Филадельфийский конституционный конвент. В мае 1787 г. 55 его делегатов, представлявших 12 штатов (Род-Айленд отказался участвовать в его работе), приступили к разработке новой конституции вопреки прямо выраженному требованию Конгресса только пересмотреть Статьи конфедерации. М.Ф. Чудаков [15, с. 159] отмечает, что этот орган не был формально предназначен для принятия новой конституции, но когда работа началась и делегаты этого конвента пришли к выводу, что нужно принимать новую конституцию, они «присвоили» себе учредительные полномочия создателей конституции. А. де Токвиль

особо подчеркивает, что «принимали ее вовсе не законодатели, а специально с этой целью выбранные народом депутаты» [16, с. 102]. Такие «узурпации» для конституционной истории США – не редкость. Достаточно вспомнить, как в 1803 г. Верховный Суд на «пустом» месте провозгласил идею конституционного контроля и единолично присвоил себе им же сформулированное полномочие.

Получается, что первое в мире учредительное конституционное собрание имело, мягко говоря, не вполне легальный статус? Однако не будем забывать, что американская история писалась с «чистого» листа и каких-либо серьезных законодательных ограничений на тот момент не существовало, т.е. «Конституция не создавала, а лишь оформляла государство, [...] отражала обусловленность государственной формы в широком смысле слова» [17, с. 116]. Но почему сами американцы не ставят под сомнение легальный характер деятельности Филадельфийского конвента? Кто же проявил столь решительную политическую волю и по сути спас от распада молодое государство (Т. Джефферсон называл Конвент «собранием полубогов»)? Ответ заключается в том, что все без исключения делегаты Конвента являлись выдающимися и обладавшими безусловным авторитетом представителями той эпохи!

Лучшее описание характерного устроения дал А. де Токвиль: «Когда недостатки первой конституции (имеются в виду статьи Конфедерации 1781 г. – *А.П.*) стали для всех очевидными, брожение политических страстей, вылившееся в революцию, отчасти уже улеглось, а все великие люди, порожденные этой революцией, были еще живы. Для Америки это оказалось двойной удачей. В немногочисленной ассамблее (55 членов. – *А.П.*), которая принялась за составление второй конституции (1787 г. – *А.П.*), участвовали лучшие умы и благороднейшие характеры, которые когда-либо встречались в Новом Свете» [16, с. 102]. Достаточно упомянуть фамилии Дж. Вашингтона, Б. Франклина, Дж. Мэдисона, Р. Мэйсона, А. Гамильтона, Г. Морриса, Р. Шермана, Э. Рэндольфа. Можно сказать и так, что в условиях кризисной и неопределенной ситуации легальность и авторитет каждого в отдельности делегата Конвента придали и самому органу такие же качества. Это важно учитывать, когда оцениваешь в чем-то сходные события, связанные с «кризисными» конституционными реформами в других странах.

Исследователь американского конституционализма В.И. Лафитский [14, с. 18] со ссылкой на документальные источники приводит любопытные данные по составу делегатов Конвента: 44 из 55 были членами Континентального конгресса; примерно половина сражались против Англии; восемь подписали Декларацию независимости 1776 г.; практически все занимали должности в органах государственной власти штатов и были состоятельными людьми. Более половины имели юридическое образование и были сравнительно молоды (средний возраст – 43 года). От себя добавим, что по религиозному признаку делегаты – практически все протестанты. Очень велик процент состоявших в масонских ложах.

Первые дни работы Конвента были посвящены выработке регламента и избранию руководящих органов (Председателем был избран Дж. Вашингтон). И только в одном отношении выработанный регламент заметно отступал от утвердившейся парламентской практики. Это выразилось в том, что решением Конвента заседания проводились при закрытых дверях с целью обеспечить свободу обсуждения и воспрепятствовать давлению на делегатов со стороны. Работа Конвента продолжалась менее четырех месяцев, после этого текст Конституции был передан штатам для ратификации и формально в июле 1788 г. Континентальный конгресс признал вступление ее в силу. Так, переход к новому конституционному строю был совершен мирным путем и с сохранением преемственности государственной власти.

На европейском континенте учредительное собрание впервые проявило себя во Франции, где местные революционеры вполне могли опереться на американский опыт. Как и в США, «французское Учредительное собрание 1789 г., являвшееся образцовой моделью всех учредительных собраний, не соответствовало требованиям, которые теоретически должны были бы предъявляться к конституционному органу: собрание было избрано не для цели принятия конституции, и депутаты исключительно собственным решением делегировали себе полномочия учредительной власти» [7, с. 32]. Как бы то ни было, Учредительное собрание получило легитимацию непосредственно от народа путем выборов.

После открытия заседания Генеральных штатов (они не собирались с начала XVII в.) в Версальском дворце 5 мая 1789 г., делегаты «третьего сословия», к которым примкнула часть делегатов от других сословий, проявили неповиновение королю. Аббат Сийес распространяет свою брошюру, где говорится о необходимости принятия конституционных, основных законов Франции. Этот «продвинутой» священнослужитель доходчиво обосновывает необходимую связь между идеей принятия конституции и созывом учредительного собрания: «При созыве специального учредительного собрания не приходится принимать столько мер предосторожности против злоупотребления властью, т.к. уполномоченные отяжены только на известное время и с определенной целью. Заменяя собой нацию, они совершенно независимы в своих постановлениях по доверенному им поручению, и их воля становится законом, как воля самой нации. В этом заключается отличие учредительного собрания от обыкновенного законодательного учреждения, связанного в своей деятельности конституционными нормами. [...] *Созыв учредительного собрания в настоящее время – единственное средство умиротворить страну.* [...] Предметом занятий такого собрания может быть только общая безопасность, общая свобода и общественные дела» [18, с. 32,

39]. Это и есть основа будущей конституции! Единодушное требование ее принятия содержалось в большинстве наказов депутатам Генеральных штатов. Состоялся первый решительный вызов абсолютизму.

Депутаты проявили необычайную самостоятельность и инициативу. Рассматривая себя в качестве представителей всей нации, «мятежники» организовались сначала в Национальное (17 июля 1789 г.), а затем (9 июня 1789 г.) в Учредительное собрание. Как пишет О.А. Жидков, «этим подчеркивалось его превращение в бессловесный, единый и неделимый общенациональный орган, который поставил перед собой революционную цель: определить основы нового, конституционного строя для Франции» [19, с. 51]. В ответ на планы Короля Людовика XVI разогнать Учредительное собрание народ Парижа 14 июля 1789 года поднялся на восстание, которое знаменовало собой начало революции (штурм в этот день Бастилии явился началом крушения режима абсолютной власти, ключи от которой впоследствии были подарены первому Президенту США Дж. Вашингтону).

Учредительное собрание торжественно постановляло именовать Людовика XVI «восстановителем французской свободы», но монарх, как оказалось, вовсе не желал пребывать в такой роли. А в воздухе уже витали идеи разработки конституции. Например, в наказе избирателей Парижской округи имелось такое положение: «Могущественнейшая нация Европы готовится выработать себе конституцию, т.е. установить незыблемый порядок, при котором злоупотребления власти станут невозможными...» В разделе наказа, озаглавленном «Декларация прав», было записано следующее: «Мы требуем, чтобы было признано основным и конституционным законом: все люди родились свободными; каждый имеет одинаковое право на безопасность и на полное распоряжение собой и своим имуществом» [20, с. 455]. Здесь «угадываются» будущие статьи Декларации прав человека и гражданина.

Вожди третьего сословия в Учредительном собрании (Лафайет, Сийес, Барнав, Мирабо, Мунье, Дюпор) получили название конституционалистов, они и разработали первые важнейшие демократические документы. После того, как 26 августа 1789 года была провозглашена Декларация прав человека и гражданина (она и поныне является частью «некодифицированной» французской Конституции), самым главным итогом первого этапа революции и деятельности Учредительного собрания явилась Конституция, окончательный текст которой был составлен на основе многочисленных законодательных актов, имевших конституционный характер и принятых в 1789 – 1791 гг. Из-за противодействия со стороны короля она была утверждена лишь 3 сентября 1791 г., и через несколько дней король все-таки присягнул на верность Конституции. Но мирный этап конституционных преобразований скоро закончился, Декретами от 10 – 11 августа 1792 г. Национальное собрание лишает короля доверенной ему власти и 21 января 1793 г. состоялась публичная казнь «конституционного гаранта»...

Но лучше от этого никому не стало. Новый проект Конституции, наспех составленный в 1793 году, так и не был полностью реализован. Придуманная республиканская форма правления с ключевой ролью парламента и выборной судебной властью (которые были призваны служить противовесом исполнительной власти) оказалась неэффективной. Именно эта структура государственной власти была закреплена Конституцией 1795 г., однако на практике правление Директории не привело к стабилизации положения в стране. «Новые реалии, – пишет Ким Лейн Шеппели, – возникшие после удачного государственного переворота, во главе которого стоял Наполеон, были институционализированы Конституцией 1800 г., которая свела на нет все демократические процедуры и фактически сделала Наполеона единоличным правителем» [21, с. 10]. Все «конституционное строительство» закончилось изменениями в Конституции в 1804 году и провозглашением Бонапарта императором. Далее – губительные войны, кровавые революции и низведение Франции до уровня второразрядной державы. (Как подсчитал Ги Лардейре [26, с. 4], после первой французской Конституции страна испытала 15 разных режимов за 86 лет).

Как видно, путь от Учредительного собрания до узурпаторства оказался недолог, а «конституционная лихорадка» XIX в. только начиналась. Но как красиво все было задумано! Под лозунгами самоуправления народа и прямой демократии был устроен политический и социально-экономический эксперимент, подобного которому не было до сих пор. На уровне политики народ Франции претерпел удивительные метаморфозы: «Раб при короле в 1789 г., свободный при законе в 1791 г., народ становится «хозяином» в 1793 г. Управляя самостоятельно, он отменяет общественные свободы, которые были лишь гарантиями для него против тех, кто управлял раньше; если отменено право голоса, то это потому, что он уже царствует; отменено право на защиту, потому что он судит; отменена свобода печати, потому что он говорит...» [22, с. 235]. Учредительное собрание, отыграв свою роль олицетворения народа-суверена, сходит с политической орбиты.

Практика разработки конституции учредительными собраниями получила широкое распространение после Второй мировой войны [11, с. 76] как в европейских странах (Конституции Франции 1946 г., Италии 1947 г., Португалии 1976 г., Болгарии и Румынии 1991 г., Эстонии 1992 г.), так и в странах Азии (Индия, Бангладеш, Пакистан, Камбоджа), Африки (Гана, Алжир, Нигерия, Эфиопия, Уганда), Латин-

ской Америки (Никарагуа, Колумбия, Перу). Обязательный созыв учредительного собрания для разработки и принятия конституции предусматривается некоторыми новейшими основными законами. Так, согласно ст. 158 Конституции Болгарии [23, с. 81], по решению 2/3 членов Народного собрания (парламента) может быть созвано Великое народное собрание в составе 400 депутатов, избранных в общем порядке, в компетенцию которого входит подготовка и принятие Основного Закона. Для членов учредительного собрания могут устанавливаться особые правила несовместимости. Например, теоретически оно не должно заниматься текущим законодательством.

Конституция Российской Федерации 1993 г. в ст. 135 [24] также предусматривает созыв Конституционного Собрания в случае, когда Федеральное Собрание примет постановление о пересмотре положений гл. 1, 2 и 9, что может быть осуществлено только путем принятия новой конституции. Конституционное Собрание либо подтверждает неизменность Конституции, либо разрабатывает проект новой Конституции, который принимается Конституционным Собранием двумя третями голосов от общего числа его членов или выносится на всенародное голосование. Казус российской ситуации заключается в том, что Конституционное Собрание должно созываться в соответствии с Федеральным конституционным законом «О Конституционном Собрании», но пока такой закон не принят, созыв этого органа невозможен.

Важно отметить, что Конституционное Собрание, однако, не обязано пересматривать Конституцию (изменять ее базовые части) или принимать новую. Оно может принять решение и о сохранении действующей Конституции (подтвердить ее неизменность). В этом случае не предусматривается возможность проведения всенародного голосования для подтверждения решения Конституционного Собрания. Как бы то ни было, авторитетные российские юристы (например, М.А. Краснов, В.А. Кряжков [25, с. 130]) полагают, что Конституционное Собрание в случае его созыва будет являться органом *учредительной власти*, которую оно может либо реализовать само, либо передать народу.

Основываясь на изучении мирового конституционного опыта, Ю.А. Юдин и В.Е. Чиркин [11, с. 76] различают учредительные собрания по способу формирования и своей деятельности, о чем следует сказать подробно.

По первому критерию выделяют два вида учредительных собраний. Первый и преобладающий – это учредительные собрания, формируемые путем всеобщих и прямых выборов (Болгария, Никарагуа, Иран). Второй – учредительные собрания, часть членов которых избирается прямыми и непрямыми выборами, а часть назначается или делегируется. Это характерно для т.н. «развивающихся» стран, где процесс разработки и принятия конституции проходил по сценарию военных, властей (Конституции Нигерии и Ганы 1978 г., Ганы 1992 г., Уганды и Бирмы 1994 г., Турции 1982 г., Афганистана 2004 г.). Например [11, с. 77], Учредительное Собрание Уганды состояло из 288 депутатов, из которых 214 были избраны всеобщими и прямыми выборами, а 74 назначены президентом, делегированы женскими организациями, политическими группами и армией.

По своей компетенции учредительные собрания подразделяют на суверенные и несуверенные, с ограниченными и неограниченными (условно говоря) полномочиями. Суверенным признается собрание, которое не только разрабатывает, но и принимает новую конституцию (США 1787 г., Франция 1791 г., Италия 1947 г., Индия 1949 г., Португалия 1976 г.). Несуверенное – разрабатывает и принимает проект конституции, но окончательное решение по нему принимается либо избирателями (конституционный референдум), либо другим органом. При народном голосовании не всегда гарантирована поддержка проекта избирателями. Так, во Франции в 1946 г. на референдуме было отказано в одобрении проекта, разработанного и принятого Учредительным Собранием. Иное значение имеет несuverенность учредительного собрания, когда принятый им проект утверждается не народом, а другим государственным органом, который может вносить в него любые поправки. Это было характерно для ряда развивающихся стран с монархическим или военным режимом (конституции Кувейта 1962 г., Нигерии 1979 г., Ганы 1979 г.). Здесь можно предположить, что учредительное собрание выполняло сугубо техническую функцию по разработке конституции либо создавало видимость демократических форм. Возможно, имело место сочетание этих вариантов.

Учредительным собранием с ограниченными полномочиями признается орган, единственной функцией которого является разработка (или разработка и принятие) конституции (таковым можно считать пока только существующее в проекте Конституционное Собрание, предусмотренное Конституцией России еще в 1993 г.). Российские юристы отмечают, что «Конституционное собрание не может быть органом Федерального Собрания и не будет входить в законодательную ветвь государственной власти» [24, с. 238], но ввиду отсутствия соответствующего закона о Конституционном Собрании утверждения носят сугубо теоретический характер. Неограниченные полномочия признаются за теми учредительными собраниями, которые одновременно с учредительной властью осуществляют и парламентские функции, как это было во Франции в 1946 г., Италии в 1947 г., Бразилии в 1998 г. [11, с. 77]. Следует отметить и обратную практику, когда действующий парламент преобразуется в учредительное собрание, рассматри-

вающее проект конституции в соответствии со специальной процедурой (Шри-Ланка – 1972 г., Танзания – 1977 г., Замбия – 1992 г.), но распространения она не получила. В современной литературе [7, с. 29] по этому поводу утвердилось мнение, что члены учредительного собрания – по крайней мере в течение одного срока полномочий в условиях новой конституции – не могут избираться депутатами парламента, дабы у них не было соблазна сформулировать «под себя» нормы в свете своих будущих позиций. Это правило действовало в 1791 г. во Франции, но привело к тяжким последствиям: поскольку в работе учредительного Национального собрания приняли участие наиболее квалифицированные, толковые умеренные реформаторы, после первых выборов в Конвент их место заняли второразрядные политические фигуры.

Специфична ситуация, при которой конституция разрабатывается и принимается особым надпарламентским органом [27, с. 87], частично выборным, а также составленным на основе делегирования, назначения, включения лиц в этот орган в соответствии с высокой занимаемой должностью. Как правило, это страны, где очень сильны традиционные, племенные, религиозные устои. Для европейских демократий учреждение таких органов нехарактерно. В качестве примеров можно привести опыт Афганистана, Индонезии, Монголии.

Так, [27, с. 87] Лоя Джирга, состоявшая из выборных членов, вождей или делегатов племен, руководителей государства (в т.ч. назначенных), приняла конституции Афганистана 1977 г. и 2004 г. Основной Закон Индонезии 1945 г. предусматривает, что новая конституция разрабатывается и принимается Народным консультативным конгрессом, состоящим из однопалатного парламента (Совета народных представителей) и представителей от территориальных единиц и групп населения. На смешанной основе создавался Великий народный хурал в Монголии, учредивший Конституцию 1992 г.

Из республик бывшего СССР создание надпарламентского органа было предусмотрено Конституцией Туркменистана 1992 г. Система органов власти носила весьма своеобразный характер [23, с. 653], т.к. проводилось различие между «представительной властью» и «государственной властью». Высшим представительным органом народной власти явился *Халк Маслахаты*, который стоял на вершине властной пирамиды. Его существование рассматривалось как воплощение традиционных туркменских ценностей: уважения старших и широких консультаций. В состав этого органа входили Президент, депутаты Меджлиса (парламента), народные представители, Председатели Верховного и Высшего Хозяйственного судов, Генеральный прокурор, министры, главы администраций на местах. Халк Маслахаты нельзя отнести ни к законодательным, ни к учредительным органам, но именно ему принадлежало полномочие по разработке изменений и дополнений действующей или новой Конституции (как и решение многих других вопросов). Однако этот орган (фикция в «чистом виде») так и не заработал. Минувя его, Парламент, выборы, вовсе заработали референдумы, «посвященные» С. Ниязову (поддержка населением – 99,99%, а в некоторых районах – 103%). Впрочем, один раз и Народный Совет пригодился, когда в 1999 г. в соответствии с его постановлением Туркменбаши («Отцу туркменского народа») было предоставлено исключительное право осуществлять полномочия главы государства без ограничения срока. Очень быстро страна скатилась от авторитаризма к тоталитаризму, и уже по новой Конституции (2000 г.) при новом Президенте существование этой «декорации» было отменено.

Распространены ситуации, когда новая конституция разрабатывается и принимается парламентом без формального преобразования в учредительное собрание, с применением обычной парламентской процедуры (например, Конституции Шри-Ланки 1978 г., Мозамбика 1990 г., Вьетнама 1992 г., Грузии 1995 г.). В этот ряд отнесем и Республику Беларусь. При Верховном Совете (Парламенте) 20 июля 1990 г. была создана конституционная комиссия (она работала над Конституцией Республики Беларусь 3 года 9 месяцев), заседавшая 31 раз [28, с. 272], а 15 марта 1994 г. Верховный Совет конституционным большинством (236 голосов) принял Основной Закон целиком, а затем – Закон о порядке вступления в силу Конституции. Проект же Конституции («президентский»), вынесенный на референдум в ноябре 1996 г., наоборот, был разработан без какого-либо участия представительного органа.

Истории известны примеры, когда при разработке нового проекта конституции парламент существовал, но в значительной мере был отстранен (либо самоустранился) от ее повседневной подготовки в сложившихся критических условиях. Роль парламента здесь сводится к минимуму, однако он полностью не «выключен» из конституционного процесса. Характерным можно считать опыт Франции 1958 г., когда разрабатывалась Конституция V Республики. Однако сразу оговорим, что проблема подлежащей легитимации власти рассматривалась де Голлем как очень важная. После ультраправого мятежа в Алжире и угрозы гражданской войны в самой метрополии буржуазные политические партии единодушно проголосовали в Национальном собрании за изменение ст. 90 Конституции 1946 г., регулировавшей процедуру ее пересмотра, и за передачу учредительной власти (этот момент В.В. Маклаков особо оговаривает [29, с. 91]) «сильной» личности – генералу Ш. де Голлю (точнее – «его правительству», если использовать формальное выражение). Роль Парламента проявилась в следующем. Национальное собрание указало принципы, на которых должна основываться новая Конституция. Их пять: 1) всеобщее голосование

должно быть единственным источником власти; 2) должен соблюдаться принцип разделения властей; 3) правительство несет ответственность перед парламентом; 4) независимость судебной власти незыблема; 5) должна быть создана новая организация отношений с ассоциированными (т.е. колониальными) народами.

Генерал де Голль не только потребовал новой Конституции, но и дал понять, какой она должна быть: «Я хорошо знаю, что такое Конституция и что я вложил в ее содержание; более чем кто-либо другой я владею способом ее толкования» [30, с. 35]. Формальным условием создания новой Конституции было требование к правительству проводить консультации с Конституционным консультативным комитетом, на две трети состоявшим из парламентариев (1/3 Национального собрания и 1/3 – от Совета Республики) и на одну треть – из членов правительства. После разработки проект должен был передан на референдум. З.Н. Черниловский [31, с. 512] делает акцент на том, что проект разрабатывался в течение всего трех (!) недель. В.В. Маклаков такую процедуру разработки проекта конституции считает «мало демократичной», и она в определенной мере пресекла существовавшую во французской конституционной истории традицию разработки актов избранными народом учредительными собраниями [29, с. 92]. Надо отдать должное де Голлю, ведь в основу документа легли политические воззрения, высказанные им еще в 1946 г., что говорит о его принципиальности и последовательности в отстаивании концепции понимания власти. Парламент окончательный текст Конституции не обсуждал. Как пишет В.Е. Чиркин [32, с. 44], подобный подход к разработке проекта может быть оценен как полудемократический, но он был обусловлен чрезвычайными обстоятельствами, «без применения таких мер страна могла бы все больше увязать в трясине хаоса и распада. Поэтому за демократичностью юридических процедур нужно видеть и реальные условия».

Следует учитывать фактор личности де Голля, авторитетного и мощного политика, патриота своей Родины, честного и бескорыстного человека. (После того, как в 1969 г. на референдуме избиратели высказались против его очередных реформ, он демонстративно ушел в отставку, отказавшись от генеральской и президентской пенсий, живя на гонорары, которые получал за свои военные мемуары.) Для современников Конституция 1958 г. навсегда будет считаться «скроенной точно по мерке для де Голля» [33, с. 291], на деле явив новую, самостоятельную форму правления, получившей в юридической науке наименование «смешанной» («президентско-парламентской»), а в политической науке – «суперпрезидентской» республики.

В мировой конституционной практике, таким образом, получил распространение способ разработки конституции под «патронажем» главы государства. Если речь идет об октроированной, т.е. дарованной, конституции, здесь все ясно. Этот явно недемократический способ, имевший ранее значительное распространение (Конституции Катара 1962 г., Саудовской Аравии 1992 г., Омана 1996 г.), уходит в прошлое. Ввиду того, что речь идет о «настоящих», а не «декоративных» монархиях, вопрос о том, кто и как разрабатывал конституцию, задавать не положено. Если монарх соизволит, то может об этом рассказать своим подданным, облагодетельствованным новой конституцией. Иначе должны быть расставлены акценты, когда речь заходит о государствах с республиканской формой правления.

При подготовке конституций, когда инициатором и разработчиком проекта выступает президент и его команда (советники, специалисты, однопартийцы, эксперты), следует оценить, какие используются процедуры, формы, методы – демократические или недемократические. Время единоличных харизматических лидеров, видимо, не пройдет никогда, а в постсоветских системах эта модель привлекательна именно вследствие возможности проявления цезаризма и захвата добычи. Почему так происходит? Известный эксперт в области конституционного права Ежи Мачкув убежден, что «степень сформированности нации и институты гражданского общества оказывают решающее влияние на шансы демократизации посткоммунистических политических систем. Там, где формирование нации не закончено и нет гражданского общества, авторитарный характер политической системы проявляется как в полновластии президента, так и в государственной практике неуважения закона» [34, с. 6]. Поэтому важно понимать, в какой атмосфере учреждается конституция, какие цели в конечном счете преследуют разработчики, насколько легальным и открытым является конституционный процесс.

Говорить о неких общих закономерностях очень сложно, а некоторые ситуации иначе как парадоксальными не назовешь. Например, при пересмотре Конституции Японии в 1945 г. под давлением Макартура был создан Комитет по изучению конституционной реформы [35, с. 126], который включал видных японских правоведов. Но поскольку прогрессивные настроения в обществе вступили в конфликт с консерватизмом элиты, заседания Комитета строго засекретили (изучение архивов началось лишь в 1980-е годы). Более того, на членов Комитета постоянно оказывали давление американские оккупационные силы, а начальный проект будущей конституции был написан небольшой группой американских юристов в штабе главнокомандующего союзными силами генерала Макартура. Но благодаря гибкости японских политиков в этой стране удивительным образом выковался синтез местной традиции (представления японцев о конституции как священном тексте современной цивилизации) и импортированных правовых концеп-

ций (прежде всего американской теории прав человека). Как бы то ни было, в результате этих сложных и неоднозначных процессов Конституция показала свою жизнеспособность и способствовала впоследствии демократической трансформации крайне милитаризованного и консервативного общества. Но описанная ситуация имеет, согласимся, неординарный характер.

Выскажем ряд принципиальных соображений. *Во-первых*, разработка и последующее принятие конституции без какого-либо участия представительных органов (учредительного собрания, парламента) имеет мало общего с демократическими принципами. В ходе формирования конституционного порядка очевидна теневая угроза – «антипарламентаризм [в духе] Карла Шмитта, размененный на мелкую монету популизма. Пусть явится диктатор, воплощение единства нации! Явитесь, простые решения!» [7, с. 17]. *Во-вторых*, полный отказ от референдума (на стадии принятия решения о способе принятия конституции либо утверждении ее текста) также далек от демократического идеала. «Не всегда возможно, – писал А. де Токвиль, – прямо или косвенно привлечь весь народ к созданию закона. Но нельзя отрицать, что в тех случаях, когда это удастся, авторитет закона значительно повышается. Народное происхождение законов, которое часто вредит их доброкачественности и мудрости, удивительным образом способствует росту их могущества. В воле, выраженной целым народом, заключена колоссальная сила» [16, с. 184]. *В-третьих*, формальное, а не подлинное обсуждение проекта населением неизбежно приведет к искажению воли избирателей. *В-четвертых*, абсолютно недопустима ситуация, при которой проект разрабатывается узким, никому не известным кругом людей (президент, безусловно, имеет право по своему усмотрению формировать комиссию по разработке конституции, но ее состав поименно должен быть оглашен публично). Этот тезис, на всякий случай, вовсе не отрицает того, «что в конституционализме присутствует известное *элитное сознание*» [7, с. 75], которое легко можно объяснить моральными и утилитарными соображениями. *В-пятых*, нельзя признать нормальным, когда разработка, обсуждение, принятие конституции происходит в жестком временном цейтноте (сюда не относим революции, угрозу гражданской войны, распада государства и другие действительно чрезвычайные обстоятельства).

В этой связи обращает на себя внимание неодинаковая процедура обсуждения конституционных реформ, принимаемая учредителями в разных ситуациях в зависимости от направления легитимации конституционных изменений. Существенно различается, в частности [35, с. 496], степень гласности конституционных дебатов и время публикации документов конституционных комиссий. В одних случаях эти документы публикуются непосредственно по мере их составления (например, сознательно организуемая утечка информации о содержании конституционного проекта или закрытых дебатов о нем в Испании); в других – являются настоящей государственной тайной в течение длительного времени (например, в Японии, где документы о создании конституции стали известны лишь через пятьдесят лет); в третьих – постепенно передаются на рассмотрение общественности (как, например, материалы о принятии Конституции V Республики во Франции, опубликованные в полном объеме лишь в настоящее время, ранее публиковавшиеся отдельными частями).

На территории бывшего СССР Россия в 1993 г. оказалась первой страной, где разработка и принятие Конституции были восприняты очень неоднозначно, о чем открыто говорится в учебниках, монографиях, диссертациях. Конечно, любая политическая оценка (а вопрос о демократичности к таковому и относится) страдает субъективизмом, однако прислушаемся к мнению ученых, комментировавшим события тех лет. Как заметил О.Е. Кутафин [36, с. 84], получив искомую власть, Б.Н. Ельцин делает попытку представить работу над проектом Конституции как процесс, осуществляемый с участием широкой общественности. С этой целью Указом от 11 октября 1993 г. (после расстрела Парламента) Президент образует Общественную палату Конституционного совещания, «однако фактически доработка проекта Конституции велась узким кругом из президентского окружения и отдельными учеными. По спорным вопросам решения принимал сам Президент». Об этом пишет и С.А. Авакьян [37, с. 68]. Представленный проект Конституции, напоминает М.Н. Марченко [47, с. 168], был опубликован лишь за месяц до проведения референдума, 10 ноября 1993 г. для ознакомления с ним населения и «для всенародного обсуждения». Однако, как свидетельствуют эксперты, ни того ни другого по существу не получилось в силу создавшейся и зачастую искусственно поддерживавшейся в стране в данный период власть предержащими весьма эмоциональной, напряженной политической обстановки – обстановки страха, неопределенности и обреченности, породившей безразличие у значительной части населения к представленному проекту Конституции. Это очень напоминает Германию известного периода, когда успехи на референдумах можно объяснить не только кризисом и возбужденными инстинктами масс, «но еще и потому, что к тому времени уже не было общественной гласности, ее место заняли запугивание, преследования и массовый психоз» [7, с. 31]. И не случайно в 1993 г. согласно социологическим опросам «на референдум шли люди, в подавляющем большинстве не только не читавшие, но и не державшие в руках текст новой Конституции». Таких было более 50% населения. (Не случайно в современной немецкой политологии до-

минирует подход, согласно которому «для западных демократий плебисцит повсеместно имеет *маргинальное* значение и носит исключительный характер» [5, с. 451], а Швейцария рассматривается как исключение.)

По мнению Л.А. Окунькова [38], эмоциональная, а иногда и жесткая полемика вокруг Конституции носила главным образом политический характер. Разъяснение положений новой Конституции, обсуждение ее широкой общественностью не было достаточно профессиональным и проходило в сжатые до предела сроки, что в конечном счете вряд ли прибавило сторонников принятия Конституции на всероссийском референдуме. А.В. Мазуров [39, с. 179] на основе скрупулезного анализа цифр о сторонниках и противниках Конституции подвергает их большому сомнению. На юридических нюансах заострено внимание В.О. Лучина: «Как известно, Конституция 1993 года разрабатывалась «Конституционным Собранием», не предусмотренным действовавшей в то время Конституцией, которое было сформировано на основании президентского Указа от 20 мая 1993 года № 718. Естественно, оно подготовило нужную Президенту редакцию Конституции» [40, с. 452]. В.Д. Зорькин, наряду с В.О. Луниным бывший в 1993 г. судьей Конституционного Суда России (его Председателем), более резок в оценках: «Момент для *легитимного* введения в жизнь необходимой обществу Конституции был упущен. Начался губительнейший конфликт между ветвями власти. В него стали встраиваться разного рода силы, именовавшие себя «третьими» и несовместимые с существованием Российского государства. Попытки добиться легитимного введения Конституции были сорваны волюнтаризмом и правовым нигилизмом борющихся сторон. Пролилась кровь. Страна оказалась на грани Гражданской войны» [41, с. 76]. Однако нынешний (2014 г.) Председатель Конституционного Суда России с позиций сегодняшнего дня убежден, что если бы тогда Конституции не было вообще «издержки стали бы просто катастрофическими» [41, с. 76]. По мнению Б.С. Эбзеева [42, с. 307], в 1993 г. имел место как раз тот случай, когда референдум при принятии Конституции использовался противовесом институтам представительной демократии. Все по А. де Токвилю [16, с. 202], который еще в начале XIX века во всеилии большинства усмотрел самую большую опасность для демократической республики.

Ситуацию 1993 г. В.Е. Чиркин называет «опытом октроирования, но в то же время полагает, что «эти мероприятия ликвидировали заслоны на пути движения к реформам», а «акты президента (по сути, заменившие тогда Конституцию. – *А.П.*) обеспечили свободу и условия для развития демократии, в том числе в сфере экономике» [32, с. 47]. Д.А. Авдеев и вовсе убежден, что «установленная Конституцией 1993 г. республиканская форма правления является результатом компромисса политических сил» [43, с. 20]. Но такие мнения разделяются далеко не всеми. Как бы то ни было, события 1993 г. в России положили начало активному «конституционному строительству» в республиках бывшего СССР. Многие из этих преобразований происходили в русле серьезных политических кризисов (Казахстан 1995 г., Беларусь 1996 г., Украина 2004 г.), где юридическая составляющая отходила на второй план. Наша точка зрения сугубо правового толка была озвучена, а общественно-политические акценты каждый волен расставлять самостоятельно, сообразно своим представлениям о правовом, демократическом, конституционном государстве. Это неизбежно, поскольку «теория Конституции имеет политическое содержание, а исследователь, будучи включенным в эту политическую юриспруденцию, не может отрешиться от сформировавшейся идеологии» [44, с. 13].

На особенности подготовки проектов конституций при тоталитарных и авторитарных режимах обращает внимание Р.В. Енгибарян. Как правило, пишет автор [45, с. 73], создается конституционная комиссия, состав которой может даже формально не утверждаться парламентом. Правящая (чаще всего и единственная в обществе) партия в соответствии со своей программой устанавливает основные контуры будущей конституции, обсуждает проект. То, что затем может происходить так называемое всенародное обсуждение проекта, его обсуждение в парламенте, носит чаще всего формальный, во многом показательный характер, ибо ничего, по существу, не меняет. Да и эти псевдодемократические формы и процедуры очень быстро сходят «на нет»: «В конечном счете, Ленин требовал и осуществил диктатуру авангарда меньшинства. В «Майн Кампф» Гитлер заменяет принцип мажоритарности решением «ответственных лиц». Эта идея, именуемая сегодня «ответственным решением специалистов», существует со времен Платона, только он размышлял о власти мудрецов (посредством влияния на правителя), а Гитлер жаждал господства единственного избранника высшей расы» [7, с. 65]. Такая практика была характерна для всех советских конституций, где представительные органы лишь узаконивали партийные предложения, решения, директивы. К настоящему времени вопросы конституционной легитимации приобретают все большую актуальность для недемократических режимов. Это нужно им не только внутри страны, но и вне нее. Однако в Европе такие попытки не всегда завершаются успехом и системы мнимого, фиктивного конституционализма не получают официального признания.

Наконец, В.Е. Чиркин [32, с. 44] упоминает еще несколько способов разработки проекта конституции, которые «вряд ли содержат положительный опыт». К их числу ученый относит подготов-

ку временных (а иногда и постоянных) конституций военными советами, пришедшими к власти после очередного переворота в развивающихся странах, подготовку текста лидерами партий или национально-освободительных движений (Гвинея-Бисау в 1973 г., Ангола и Мозамбик в 1975 г., Конго в 1973 г.). Затем эти «конституции» принимались партийными органами (исполкомами партий в Анголе и Мозамбике, съездом партии в Конго, на котором присутствовали все 231 член партии). Близко к этому относится практика тех африканских стран [27, с. 88], где широко использовался метод созыва общенациональной конференции с участием всех политических и социальных сил страны (партий, общественных объединений, деловых и религиозных кругов). Такие конференции в Бенине, Конго, Нигере, Мадагаскаре принимали основные положения будущей конституции и поручали созданному органу (временному законодательному) разработать полный текст и вынести его на референдум. Такой путь, неизбежный в чрезвычайных условиях, отчасти восполняет отсутствие парламента, но его работу по обсуждению проекта он заменить не может. Вряд ли здесь следует говорить о соответствии принципам юридической легализации, но легитимность вполне возможна, если такие действия поддерживаются широкими слоями населения.

Заключение. В условиях все большей открытости и необходимости следования универсальным конституционным стандартам, невозможности политической и правовой изоляции, приверженности принципам и нормам международного сообщества каждое государство вынуждено решать проблему конституционной легальности и легитимности, ведь «конституционализм – это форма проявления сущности и содержания правового государства» [46, с. 6]. О какой бы то ни было одинаковости подходов говорить не приходится, но общие принципы организации конституционного процесса вырисовываются со всей очевидностью. Игнорирование их предоставляет печальный шанс оказаться на обочине европейской цивилизации, позволяя заходить на очередной круг отыскания своей самобытности, который неизбежно оказывается замкнутым.

ЛИТЕРАТУРА

1. Чиркин, В.Е. Современное государство / В.Е. Чиркин. – М. : Междунар. отношения, 2001. – 416 с.
2. Вебер, М. Избранное. Образ общества / М. Вебер. – М. : Юрист, 1994 – 704 с.
3. Курьянович, А.В. Конституция независимой Беларуси : разработка, проекты, принятие: монография / А.В. Курьянович. – Минск : Тесей, 2010. – 176 с.
4. Курьянович, А.В. Проекты Конституции Республики Беларусь в 1991 – 1993 гг. : краткий анализ / А.В. Курьянович // Конституция – Основной Закон белорусского государства и общества (к 20-летию принятия): материалы Междунар. науч.-практ. конф., Минск, 11 – 12 марта 2014 г. / редкол.: Г.А. Василевич (отв. ред.) [и др.] ; Бел. гос. ун-тет. – Минск : Право и экономика, 2014. – С. 58 – 60.
5. Паліталегія. Асноўны курс. – Мінск : Энцыклапедыкс, 2002. – 680 с.
6. Четвернин, В.А. Демократическое конституционное государство : Введение в теорию / В.А. Четвернин. – М. : Наука, 1993. – 140 с.
7. Шайо, А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / А. Шайо. – М. : Юрист, 1999. – 292 с.
8. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М. : Междунар. отношения, 1996. – 400 с.
9. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / А.Х. Саидов ; под ред. В.А. Туманова. – М., Юрист, 2002. – 448 с.
10. Шеппели, Ким Лейн. Конституционализм заимствования и отвержения : изучение кроссконституционного влияния с помощью негативных моделей / Ким Лейн Шеппели // Сравнительное конституц. обозрение. – 2005. – № 3 (52). – С. 77 – 93.
11. Сравнительное конституционное право : учеб. пособие / отв. ред. В.Е. Чиркин. – М. : Междунар. отношения, 2002. – 448 с.
12. Хайек Фридрих, Август фон. Право, законодательство и свобода : Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек ; пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева ; под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2006. – 644 с.
13. Баглай, М.В. Конституционное право Российской Федерации : учебник для юрид. вузов и факультетов / М.В. Баглай. – М.: НОРМА, 2000 – 776 с.
14. Лафитский, В.И. Основы конституционного строя США / В.И. Лафитский. – М. : Норма, 1998. – 272 с.
15. Чудаков, М.Ф. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учеб. пособие. – Минск: Новое знание, 2001.– 576 с.

16. Токвиль, А. де. Демократия в Америке / А. де Токвиль ; пер. с франц. Гарольда Дж. Ласки. – М. : Прогресс, 1992. – 554 с.
17. Сабо, И. Основы теории права / Имре Сабо ; пер. с венгр. под ред. и с вступит. ст. д-ра юрид. наук В.А. Туманова. – М. : Прогресс, 1974. – 250 с.
18. Сийес, Э.-Ж. Что такое третье сословие? / Э.-Ж. Сийес // Аббат Сийес: От Бурбонов к Бонапарту / состав., пер., вступ. ст. М.Б. Певзнера. – СПб. : Алетейя, 2003. – 224 с.
19. Жидков, О.А. История государства и права зарубежных стран: учебник для вузов. В 2 ч. Ч. 1 / О.А. Жидков, Н. А. Крашенникова. – 2-е изд., стер. – М. : НОРМА, 2003. – 624 с.
20. Графский, В.Г. Всеобщая история права и государства : учебник для вузов / В.Г. Графский. – М. : НОРМА, 2000. – 744 с.
21. Шеппели, Ким Лейн. Российская Конституция в конституционной истории Европы / Ким Лейн Шеппели // Сравнительное конституц. обозрение. – 2003. – № 4 (45). – С. 7 – 17.
22. Кошен, О. Малый народ и революция / О. Кошен; пер. с франц. О.Е. Тимошенко ; предисловие И.Р. Шафаревича. – М. : Айрис-пресс, 2004. – 288 с.
23. Правовые системы стран. Энциклопедический справочник / отв. ред. д-р. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. – 2-е изд., изм. и доп. – М. : НОРМА, 2001. – 840 с.
24. Бархатова, Е.Ю. Комментарий к Конституции Российской Федерации / Е.Ю. Бархатова. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2008. – 256 с.
25. Краснов, М.А. Толковый словарь конституционных терминов и понятий / М.А. Краснов, В.А. Кряжков. – М. : Городец, 2006. – 480 с.
26. Лардэйрэ, Г. Канстытуцыі і сістэмы выбараў: што кажа гістарычны вопыт / Г. Лардэйрэ ; пер. з франц. Ю. Барысевіча. – Мінск : Фонд Сораса-Беларусь, 1994. – 40 с.
27. Хабриева, Т.Я. Теория современной конституции / Т.Я. Хабриева, В.Е. Чиркин. – М. : Норма, 2005. – 320 с.
28. Чудаков, М.Ф. Конституционный процесс в Беларуси (1447 – 1996 гг.) : монография / М.Ф. Чудаков. – Минск : Академия упр-ния при Президенте Респ. Беларусь, 2004. – 327 с.
29. Конституции зарубежных государств / сост. проф. В.В. Маклаков. – 2-е изд., исправ. и доп. – М. : БЕК, 1999. – 584 с.
30. Люшер, Ф. Конституционная защита прав и свобод личности / Ф. Люшер. – М. : Универс, 1993. – 384 с.
31. Черниловский, З.М. Всеобщая история государства и права / З.М. Черниловский. – М. : Юристь, 1995. – 576 с.
32. Чиркин, В.Е. Конституционное право : Россия и зарубежный опыт / В.Е. Чиркин. – М. : Зерцало, 1998. – 448 с.
33. Жидков, О.А. История государства и права зарубежных стран : учебник для вузов. В 2 ч. Ч. 2 / О.А. Жидков, Н.А. Крашенникова. – 2-е изд., стер. – М. : НОРМА, 2001. – 712 с.
34. Мачкув, Е. Демократия и авторитаризм в посткоммунистических трансформационных системах (на примере Чехии и Беларуси) / Е. Мачкув // Конституционное право : Восточноевропейское Обозрение. – 2003. – № 2 (43). – С. 2 – 7.
35. Медушевский, А.Н. Теория конституционных циклов / А.Н. Медушевский. – Высш. шк. экономики. – М. : Изд. дом ГУ ВШЭ, 2005. – 574 с.
36. Кутафин, О.Е. Российский конституционализм / О.Е. Кутафин. – М. : НОРМА, 2008. – 258 с.
37. Авакьян, С.А. Конституционное право России : учеб. курс. В 2 т. Т. 1 / С.А. Авакьян. – М. : Юристь, 2005. – 719 с.
38. Постатейный комментарий к Конституции Российской Федерации [Электронный ресурс] / под ред. Л.А. Окунькова. – М. : БЕК, 1996 г. // Консультант Плюс: интернет-версия – 2014. – Режим доступа: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=CMB&n=149&req=doc>. – Дата доступа: 12.09.2014.
39. Мазуров, А.В. Конституция и общественная практика / А.В. Мазуров. – М. : Частное право, 2004. – 364 с.
40. Лучин, В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации / В.О. Лучин. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – 687 с.
41. Зорькин, В.Д. Современный мир, право и Конституция / В.Д. Зорькин. – М. : Норма, 2010. – 544 с.
42. Эбзеев, Б.С. Введение в Конституцию России : монография / Б.С. Эбзеев. – М. : Норма: ИНФРА-М, 2013. – 560 с.
43. Авдеев, Д.А. Опыт первого двадцатилетия пятой российской Конституции / Д.А. Авдеев // Конституц. и муниципаль. право. – 2014. – № 1. – С. 16 – 21.

44. Юсубов, Э.С. Дискурс о стабильности Конституции Российской Федерации 1993 г. / Э.С. Юсубов // Конституц. и муниципаль. право. – 2014. – № 1. – С. 13 – 16.
45. Енгибарян, Р.В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции / Р.В. Енгибарян. – М. : Норма, 2010. – 496 с.
46. Джангилян, Ж.Д. Легитимная государственная власть как гарант конституционализма / Ж.Д. Джангилян // Конституц. и муниципаль. право. – 2013. – № 8. – С. 4 – 12.
47. Марченко, М.Н. Источники права : учеб. пособие / М.Н. Марченко. – М. : ТК Велби; Проспект, 2005. – 760 с.

Поступила 07.10.2014

CONSTITUTION DRAFTING IN AUTHORIZATION AND LEGITIMATION PROBLEM ASPECT

A. PUGACHEV

The main law founding problem is seen from its authorization and legitimation positions on the different stages of constitution process. Constitution subjects founders characterization and constitution drafting methods are focused here. The difference between constitutive and legislative branches is defined and in connection with which the USA and French constitutionalism experience is shown. Constitutional conventions typology according to the formation ways and ambit power is represented. The main law drafting and adopting situations in parliaments and over parliaments organs are seen in the article. The situation when constitution drafting is made under “wardship” of state head without delegate bodies participation is analyzed on the post soviet republics examples. The principle thoughts about constitutional conventions transparency and democratization necessity which influences directly the main law authorization and legitimation problem are represented here.