

# ГЛАВА I

---

Современная  
доктрина закона

## § 1. Закон: понятие и история

Современная западная концепция закона имеет глубокую предысторию. Эквиваленты термина «закон» в романо-германских и английском языках восходят к латинскому *lex*, который является производным от глагола *legare* — «делегировать», «предоставлять власть кому-либо». Таким образом, *lex* — это предоставление власти кому-либо, т. е. изначально слово *lex* обозначало акт наделения властью, а не создания юридической нормы. Наиболее древнее использование слова *lex* обозначало *lex de imperium* — юридический акт, которым народное собрание наделяло магистратов властными полномочиями (*imperium*), т. е. правом физического принуждения. Начиная с V в. до н. э. словом *leges* называют соглашения, принятые народными собраниями помимо актов инвеституры магистратов, охватывающие все возможные соглашения, в том числе соглашения, которые предписывали правовые нормы.

Следует отметить, что закон в Риме всегда был непосредственным актом народного волеизъявления, говоря современным языком, актом непосредственной демократии. Концепция представительства была незнакома городу. Сенат, который был центральным институтом системы римского управления, не мог принимать законы. Он издавал акты (*senatus consultes*), которые не имели силы закона и носили политико-административный характер.

С рождением Римской империи идея закона отождествляется с волей суверена, что стало поворотным явлением в истории европейской юридической мысли. Это может быть проиллюстрировано максимой Ульпиана — *quod principi placuit legem habet vigorem* — то, что нравится императору, имеет силу закона. Однако с исторической точки зрения это толкование не отражало интенции Ульпиана, ибо закон был всегда для римлян продуктом народного собрания, включая и имперскую эпоху. Римские юристы никогда не считали, что император может издавать законы. Действительно, в эпоху принципата

(I и II вв. н. э.) встала проблема наследования императорской власти. Римские юристы с начала I в. восприняли это как фиктивное обоснование наследования императорской власти их сыновьями. В действительности теоретически в Риме право предписания норм воспринималось как власть, исходящая от народа. Тем не менее римские юристы уточняли, что делегирование этой власти императору стало необратимым. Применительно к закону эти идеи имели несколько последствий.

Прежде всего римляне никогда не отказывались от мысли, что закон является актом, принятым сувереном, т. е. римским народом. Впрочем, эти соображения высвечивали нюансы максимы Ульпиана, которая означала не то, что императорская воля являлась законом, а то, что сродни ему должны быть акты императора.

В поздней Римской империи концепция закона подверглась примечательной инновации, которая имела значительные последствия для развития его идеи в Европе. В конце Римской империи (IV и V вв. н. э.) преторианское право пришло в упадок вопреки изданию писаных норм, прямо или косвенно исходящих от императорской власти. В эту эпоху произошло терминологическое изменение, поскольку слово *lex* означало не только акт, принятый народными собраниями, но и любой вид писаной нормы, принятой императором или его чиновниками. В этом контексте слово *lex* преобразуется в слово *iura*, которое представляет собой совокупность неписаного права в формальном смысле термина. Термин *iura* означает совокупность доктрин, предусмотренных судебной практикой или исходящих от юрисконсультов, тогда как *leges* составляли нормы, выработанные политической властью. В итоге эта инновация юридического языка той эпохи устанавливает современную концепцию, которая понимает закон в широком смысле.

Средние века, особенно период позднего Средневековья, не оказали существенного влияния на концепцию закона, ибо в эту эпоху правотворчество оперирует в основном кутюмами (от фр. *la*

*coutume* — обычай). Слово *lex* таким образом пережило этот период в своем первоначальном значении. В контексте юридической модернизации оно сохранило свою коннотацию нормы, принятой по воле суверена. Французские легисты, начиная с XIII и XIV вв., адаптировали слово «закон» для обозначения нормативных актов короля, чтобы подчеркнуть суверенность королевской власти.

Во Франции при Старом режиме и в большинстве европейских стран слово *lex* никогда не обозначало особый тип юридических актов. Нормотворчество монархической власти некоторых стран Европы обнаруживает в эту эпоху крайнюю разнородность терминов, поскольку слова «ордонансы», «эдикты», «законы» использовались без особого различия, при отсутствии ясной классификации типов актов, создающих писанные нормы. Тем не менее средневековые короли, которые не были императорами, не осмеливались называть свои акты законами, именуя статутами, конституциями (*statuta, constitutiones*). Даже католическая церковь, когда начинает развивать свое современное каноническое право, не осмелилась использовать слово «закон». В классической канонической терминологии существует два типа актов, продуцирующих нормы: акты, принятые церковным собором (*le concile*), называемые канонами, и акты, исходящие от Папы, называемые декреталями (*decretales*). В каноническом праве слово «закон» появляется в общем виде как синоним писаной нормы, а не для обозначения вида юридического акта.

Старый режим во Франции имел несколько особенностей, которые сыграли большую роль в революционных событиях. Затем революция оказала влияние на развитие юридико-политических идей в Европе. Дореволюционный режим обнаруживает два типа существенных подходов в изучении истории концепции закона. Речь идет в первую очередь об использовании закона, который играл здесь более важную роль, чем в других европейских странах. Франция начала развивать свое законодательное право при Старом режиме, тогда как в других европейских странах использование законодательных

инструментов в создании права было довольно редким. Вторым существенным явлением в развитии юридико-политических идей в Европе стал институт парламента, состоящего из наследственной знати (*noblesse de robe*), который служил Судом правосудия и имел также административную компетенцию. Парламенты были суверенными судами, власть которых исходила непосредственно от короля. Они обладали правом регистрации королевских актов, которые не изменялись в случае ее отсутствия.

Эти два момента имели важные последствия для развития теории фундаментальных законов. Суверенные суды указывали королевской власти Франции, что ее законодательные полномочия не были ни абсолютными, ни бесконтрольными, а подчинены определенным фундаментальным законам. Право судебной власти на регистрацию королевских актов было единственным эффективным средством контроля над соблюдением королем фундаментальных законов королевства. Когда парламент усматривал, что законодательный акт короля противоречит фундаментальным законам, он мог отказать в его регистрации и в применении королевского эдикта. Систематическое использование по меньшей мере начиная с XVII в. законодательных инструментов в создании норм, так же как и востребованность судебной власти в признании действительности самого закона, — чисто французское явление.

К концу Старого режима обе концепции закона совмещаются. Закон означает одновременно нормативный акт суверена и любую форму, в которую облекается писаная норма. Этой эпохе присуща огромная сложность юридических систем, в основе которой — множество нормотворческих органов, подчиненных королю, при отсутствии механизма обновления и аккумуляции толкования (*d'interpretatio*). Просвещенное общественное мнение ощущало необходимость в юридической безопасности и упрощении законодательства, в понятном и предсказуемом праве. В последние годы Старого режима некоторые европейские страны пытались провести кодификацию, в частности

Пруссия и Австрия. В революционную эпоху, когда утверждение либеральных принципов и национального суверенитета совпали с потребностью юридического упрощения и систематизации юридической системы, закон стал преобладающим инструментом создания права.

В англо-американской правовой системе проводится различие между понятиями «право» (right) и «закон» (law). В английской терминологии наиболее очевидным эквивалентом слова «закон» (lex) является слово *law*. Однако слово «закон» — амбивалентный термин, означающий не только писаную норму, но и объективное право. Термин «закон» не указывает на специфический вид юридических актов, а отсылает прежде всего к слову *lex* раннего Средневековья. Не случайно утверждение термина «закон» происходит в ту же эпоху. Слово «закон» сохранило в английском языке то же значение, что и слово *lex* в Европе во времена раннего Средневековья. Терминологические трудности, которые встречаются при его анализе, возникают благодаря термину «право», которое обозначает субъективное право. Это чисто английское явление — сосуществование слов «закон» и «право», последнее одновременно является как объективным, так и субъективным.

Различие между терминами «право» и «закон» принципиально в современном английском языке. Действительно, классическое сочинение Гегеля озаглавлено «Философия права», а не «Философия закона». Это означает, что еще в XIX в. слово *right* сохраняло оригинальный смысл права. *Right* имеет тот же корень, что слово *recht* в немецком языке, которое обозначает одновременно право объективное и право субъективное. Слово *right* в традиционном английском языке, таким образом, сохраняет этот дуализм, являясь свидетельством того, что несовпадение английской терминологии с терминологией большинства европейских языков — явление сравнительно недавнее.

Чтобы воспринимать закон как юридический акт, англичане используют либо слово «акт», либо слово «статут». Термины «статут» и «акты парламента» равнозначны, но обычно используется термин

«статут», когда говорят о законе в целом, и слово «акт» — в официальном названии законов. Слово «статут» обнаруживается в трактатах многих средневековых государств, тогда как слово «акт» является английской особенностью. Также словом «акт» обозначается компиляция предписаний, принятых парламентом за определенное время.

Закону в Англии, чтобы стать неотъемлемым актом парламента, необходимо объединить три воли: палаты общин, палаты лордов и короля, потому как парламентом по английскому праву является король в парламенте. Закон, таким образом, является юридическим актом вследствие слияния трех волей. Это каноническое определение закона в английском праве, утвержденное парламентской моделью (*Model Parliament*) в конце XIII в.

Для понимания проявления закона как вида юридического акта следует учитывать, что английский парламент начиная со Средних веков выступал юрисдикционным органом. Парламент считался высшим судом правосудия. Действительно, до последнего времени им являлась палата лордов. Обе палаты парламента имеют право импичмента. Они могут применять уголовную процедуру против любого лица. Традиционно до XIX в. парламент мог прибегнуть к Биллю об опале (*Bills of Attainder*), материальное содержание которого равноценно решениям правосудия. Это позволяло ему разрешать споры гражданские или уголовные законодательной процедурой. Ответственность министерства перед парламентом фактически приводила к тому, что парламент располагал этой юрисдикционной властью, и угроза прибегнуть к ней в XVIII в. вынуждала министров короны следовать желанию парламентского большинства. Парламент мог также навязывать свою волю королю и кабинету. Таким образом, в контексте парламентского режима концепция закона состоит в том, что фактически начиная с XIII в. он независимо от содержания стал юридическим актом, принятым обеими палатами и королем.

В английской терминологии парламентского права различаются публичные билли (*public bills*) и частные билли (*private bills*).

Публичные билли — это законопроекты, посвященные вопросам общего характера, имеющие нормативный характер. Частные билли — это законопроекты или предложения законов, которые касаются частных вопросов и представляют собой в континентальной терминологии замаскированные административные акты. Терминологическое различие заключается только в содержании акта, а не в процедуре его принятия и обязательности исполнения. В юридической природе отсутствует различие между законами публичного и частного биллей. Это различие может быть практическим в части парламентской процедуры, поскольку публичные билли имеют приоритет среди парламентских работ. Но это не влияет на процедуру принятия и силу этих законов.

Законодательные инициативы отдельных членов парламента (*private members bills*), которыми являются предложения законов по терминологии некоторых европейских стран, представляют интерес только в том, что касается приоритетности парламентских работ, а не обязательной силы закона. Независимо от происхождения (правительственный или парламентский) и содержания (общее или частное) закон всегда обладает одинаковой обязательной силой и всегда принимается в той же процедуре. Из этого классического определения закона в английском праве прослеживаются три особенности, которые утверждаются в различные периоды.

Первая особенность состоит в том, что он регламентирует любую материю. Закон может быть также общим или частным. Таким образом, он не оставляет автономной области для других нормоустанавливающих органов, вследствие чего английское право не знает бесконтрольности автономной регламентарной власти. Доктриной установлено, что парламент обладает монополией на создание писаного права. Согласно доктрине делегирования другие публичные или частные органы имеют право на издание норм только в том случае, если парламент им это разрешит. Принцип *ultra vires* применяется тогда, когда орган принимает меру при отсутствии делегирования или его



игнорирования. Таким образом, спорная норма объявляется судьей недействующей. Отсутствие границы нормативной власти с конца XIII в., а также автономной регламентарной власти воспринимается как зло. В 1539 г. Генрих VIII был вынужден принять Акт о прокламации, который являлся нормой, установленной непосредственно королем вне парламентской процедуры, что свидетельствовало о попытке утверждения автономной регламентарной власти короны. В судебном решении 1611 г. было признано, что положения Акта о прокламации, предусматривающие издание норм без делегирования парламента, неконституционны по общему праву. Это решение было обособленным, поскольку в течение всего XVII в. английские суды признавали автономную регламентарную власть короны. В действительности король не имел права вводить налоги без законодательного делегирования. В конечном счете Билль о правах, который стал основополагающим документом современного конституционализма, установил, что корона располагает автономной нормативной властью и что любая нормативная власть исходит от парламента.

Вторая особенность состоит в том, что закон сосуществует с общим правом. В истории английского права закон никогда не претендовал на монополию в создании юридических норм и не считался единственным нормативным документом в английской юридической системе. Английский юрист У.-М. Гелдарт в своей работе «Элементы английского права» (1911) писал, что английская правовая система в случае исчезновения закона вполне может выжить благодаря общему праву. И наоборот, наличие закона как формы создания нормы права спасло бы правовую систему, исчезни общее право.

В конечном счете последней особенностью английского права является принцип суверенитета парламента, т. е. любые английские органы, а также частные лица подчинены его законам. Судьи являются частью этих подчиненных закону органов, потому что закон преобладает над нормой общего права в случае конфликта между ними.

Представляется, что принцип парламентского суверенитета является принципом общего права, а не законодательным принципом.

Принцип суверенитета парламента предполагает также, что не существует процедуры контроля конституционности закона. Парламентский суверенитет в теоретических воззрениях А. В. Дайси, будучи продуктом истории, окончательно утвердился только благодаря революции 1688 г., до которой было несколько попыток ввести конституционный контроль законов. Например, известное дело Бонэма (*Dr Bonham's case*) 1610 г., по которому суд признал недействительным закон, позволивший медицинской коллегии Лондона применять наказания без какой бы то ни было судебной процедуры, ибо это противоречило общему праву. В период диктатуры Кромвеля в 1653 г. был введен один из первых примеров писаной конституции — «Орудие правления». С началом революции эти попытки были пресечены, и принцип суверенитета парламента был сохранен. Палата лордов отметила в деле *British Railroad Board v. Pickin* 1974 г., что законы, даже когда они являются частными биллями, но не затрагивают общего интереса, не подлежат контролю.

Традиционная и реальная концепция закона, которая окончательно была утверждена во время революции 1688 г., была экспортирована в другие англосаксонские страны.

Закон в США был всегда актом Конгресса, т. е. юридическим актом, принятым обеими палатами, ратифицированным Президентом на федеральном уровне. Однако в США закон использовался меньше, чем в Англии. Тем не менее не существует различий между концепцией закона в этих странах, кроме механизма контроля конституционности законов в США. Перед принятием Конституции 1787 г. уже существовала идея необходимости контроля конституционности законов. Действительно, конституции штатов и федеральная конституция содержали положения, которые ограничивали парламентское всемогущество. Фактически, исходя из английского опыта, американские конституционные тексты запрещают *Bills of Attainder* подменять

решения правосудия. Впрочем, появляется вопрос, почему в относительно сходном контексте либеральная революция в Англии развивается вокруг принципа парламентского суверенитета, тогда как американская революция — вокруг принципа верховенства конституции. Удовлетворительное объяснение дано Питером Штайном. Очевиден тот факт, что английская революция совершалась против абсолютистских полномочий короля, а американская была направлена против Вестминстерского парламента, т. е. это была борьба 13 колоний, расположенных на американских землях, за независимость от Великобритании.

Для американцев парламент может быть тираническим, а в английской конституционной истории он является бастионом свободы.

Принцип суверенитета парламента, этот фундаментальный конституционный принцип в Англии, все больше и больше подвержен изменениям.

Присоединение Великобритании к Европейской конвенции по правам человека и признание юрисдикции Европейского суда по правам человека ограничило этот принцип. Европейский суд по правам человека объявил недействительными некоторые английские законы вследствие несоответствия их Конвенции. Решения Суда не оказали существенного воздействия на английскую юридическую систему, однако британский парламент был вынужден считаться с подобными решениями.

Вхождение Соединенного Королевства в Европейский союз — это фактически приоритет коммунотарного права над национальным правом, что имело последствия для Великобритании. Действительно, в постановлениях *Factortame I et II* палата лордов впервые объявила неприменимыми законы, опираясь на постановления Европейского суда справедливости Европейского союза.

В конечном счете конституционные реформы правительства Блэра 1998 г. имели нежелательные последствия для принципа суверенитета парламента. Акт о Шотландии, Акт об Уэльсе и Акт о Северной

Ирландии установили для Северной Ирландии режим политической автономии, указывающий на эрозию принципа парламентского суверенитета. Несмотря на то что Вестминстерский парламент сохраняет теоретическую возможность законодательствовать на указанных территориях, существуют предметы, которые фактически ему более не принадлежат. Для шотландских и североирландских законов предусмотрен конституционный контроль. Эти законы могут быть объявлены неконституционными британским судьей, если они нарушают Европейскую конвенцию, коммунитарное право или их собственный статут. Выход Великобритании из Европейского союза, возможно, изменит эту картину.

Впрочем, Акт о правах человека 1998 г., который инкорпорировал Европейскую конвенцию в британское право, не предусматривает возможность декларировать неконституционность законов, существует только возможность декларации о неприемлемости. Это позволяет парламенту провести изменение законов, которые объявлены несовместимыми с Европейской конвенцией.

### **Концепция закона в современном европейском конституционализме**

После Второй мировой войны наиболее важной инновацией стало расширение конституционной юстиции в Европе. Закон утрачивает суверенность и становится подчиненным конституции. Введение конституционного контроля законов в Европе оказало важнейшее воздействие на их концепцию. В большинстве европейских стран вырабатываются соответствующие системы контроля конституционности законов. Это важный аспект, так как, несмотря на различие систем контроля, любые органы, включая обычного судью, остаются подчиненными закону. Подчинение закону может быть нарушено, если Конституционный суд объявит о неконституционности закона. Это отличает закон от других источников писаного права в юридических

системах, так как судья может объявить подзаконный акт недействительным. Также, если существует презумпция действительности законов, это не относится к подзаконным актам, что подтверждалось субстанциональными, а также формальными доводами. И если конституционный судья не объявит закон неконституционным, обычный судья должен действовать без сомнений в его действительности. Соответствующая модель конституционного правосудия указывает на усиление презумпции действительности законов формальными доводами.

Существование конституционного контроля законов является новеллой, которая может повлиять на концепцию закона с точки зрения общей теории права. Правовая система, которая располагает контролем за конституционностью законов, становится системой, различающей действующий закон и закон, только вступающий в силу. Закон вступает в силу, когда он опубликован в официальном издании. Это условие позволяет презюмировать действительность закона. Судебное решение о действительности является решением вопроса по существу, которое не является необходимым, но вероятным в случае вмешательства конституционного судьи. Этот аспект отличает закон при классическом либеральном режиме в современном европейском конституционализме, когда вступление в силу и действительность совпадают. Закон становится действующим, если он отвечает формальным условиям.

Однако иерархическое подчинение закона конституции не означает, что закон является ее материальным исполнением. Соотношение закон/конституция по своей природе не то же самое, что соотношение регламент/закон. Конституция представляет собой правила игры для законодателя, тогда как согласно либерально-демократическому видению закон не только определяет рамки регламентарной власти, он должен ее канализировать. Закон устанавливает негативные и позитивные пределы регламентарной власти. Ортодоксальная теория конституции, выступающая негативным пределом закона,

раскритикована. Развитие конституционной юстиции и фундаментальных прав превращает закон в простого исполнителя конституции, что позволяет концепции конституции быть не просто правилом игры, а генеральным кодексом любой правовой системы.

Экспансия конституционной юстиции избавила довоенных юристов от следования концепции закона в чисто формальном смысле. Европейский суд в постановлении Ruiz-Mateos установил, что «законы-меры», имеющие форму закона, но содержащие в себе административный акт, совместимы с Конвенцией при условии возможности его обжалования судьей. Основной закон Германии в ст. 19 предусматривает, что фундаментальные права могут быть прямо или косвенно ограничены только общим и абстрактным законом. Процедуры контроля конституционности законов позволяют осуществлять правовое регулирование лишь формально. Можно констатировать различия между концепциями закона в различных странах.

### **Проблема области закона и разнообразие типов закона**

Область закона по-разному определяется от страны к стране, что сочетается с разнообразием типов законов. В классическом европейском конституционализме законом являлся любой акт, одобренный парламентом. Однако большинство конституций после Второй мировой войны внесли разнообразие в концепции закона.

Концепция закона в Германии. Парадоксально, но показательно, что Германия наиболее близка к либеральной концепции закона, который имеет общую компетенцию. Германия — одна из редких европейских стран, где конституция утверждает отсутствие автономной регламентарной власти. Подобная власть может существовать только при наличии ясно выраженного делегирования. Тем не менее отношения «специального представления» носят дискуссионный характер, даже когда практика Конституционного суда довольно прогрессивна в этой области. Трудности, касающиеся некоторых отношений,

возникающих внутри государственной организации и находящихся вне сферы закона, еще не преодолены. Концепция закона в Германии близка к англо-американской. В этом контексте многочисленные оговорки о законе, содержащиеся в Основном законе, ограничивают возможность его делегирования в определенных областях. Судебная практика Конституционного суда выработала теорию, согласно которой только закон может устанавливать юридические нормы, когда речь идет о существенных вопросах в отношении жизни общества и частных лиц, в том числе конституционно не зарезервированных за законом.

Впрочем, в Германии нет места и такому феномену, как разнообразие типов законов. Что касается федеральных законов, то это результат федеративной структуры государства. Закон с точки зрения формальной процедуры остается, по существу, унитарным актом.

Концепция закона в Италии допускает включение в его сферу любого вопроса. Конституция содержит ряд оговорок касательно закона. Итальянские конституционалисты вводят доктринальное различие между сферой, абсолютно зарезервированной за законом (только закон устанавливает соответствующие нормы), и относительно зарезервированной сферой (закон имеет широкое поле делегирования регламентарной власти). Итальянская конституция в отличие от германского Основного закона не устанавливает принцип запрета издания регламентов при отсутствии законодательного делегирования. При этом становится возможным издание автономных регламентов по вопросам, рассмотрение которых законом не предусмотрено.

Итальянская конституция устанавливает некоторое разнообразие видов законов. Итальянские конституционалисты все чаще говорят об усиленных или атипичных законах. Тем не менее линия отделения их от обычных законов не всегда четко очерчена. Согласно ст. 7 Конституции Италии отношения со Святым Престолом должны быть одобрены законом Республики, который обязан следовать соглашению со Святым Престолом. Конституционный текст предусматривает, что

законы должны соблюдаться в соответствии со специальными процедурными требованиями.

Наиболее ярким примером отхода от либерально-классического видения закона является Испания. Концепция закона в Испании, как и в Италии, исходит из того, что закон может урегулировать любой вопрос. Это положение сочетается с отсутствием исключений из автономной регламентарной власти. Статья 97 Конституции Испании общим образом трактует регламентарную власть правительства, которая используется довольно часто. В то же время существует многообразие видов законов, возникшее в результате существования квазифедеральной системы, а также фактического введения категории органических законов. В отличие от Франции в Испании не существует исчерпывающего перечня вопросов, требующих вмешательства органического закона, а существует открытый список.

Статья 81 Конституции уточняет, что любые законы, затрагивающие основные права, должны быть урегулированы органическими законами. Конституционная практика общего толкования ст. 81 привела к широкому развитию органических законов.

Концепция закона во Франции статьи 34 и 37 Конституции 1958 г. опрокидывает традиционный либеральный порядок отношений между законом и регламентом (подзаконным актом). Конституция предусматривает органические законы и специальную процедуру принятия финансовых законов и законов о финансировании социального страхования. В отличие от Испании Конституция Франции устанавливает оговоренный перечень вмешательств органических законов, что предполагает пределы разнообразия этого закона. Впрочем, существование законов области (Pays) предлагает местным коллективам отступления от законодательства.

Указанные европейские страны, за исключением Германии, отражают ситуацию в Европе, которая смогла усилить классический английский демократический закон. Определенное освящение



статус-кво регламентарной власти произошло во Франции. Впрочем, умножение типов законов, как следствие, ведет к ослаблению самого закона и, несомненно, демократического принципа, согласно которому закон может быть измененным последующим законом и тем же большинством. В конечном счете в Европе отсутствует единая концепция закона. Отмечается общая тенденция подчинения закона конституции, сопровождаемая, напротив, различиями в разных странах в том, что касается отношений законы-регламенты.

## **§ 2. Закон как выражение общей воли<sup>1</sup>**

Идея закона в классическом конституционализме основывается на его определении как выражения общей воли в ст. 6 французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. Данное определение закона порывает с его пониманием при Старом режиме. Практической реализацией этой идеи стала далеко не абстрактная смена суверена, т. е. суверенности монарха, и утверждение народа как источника и носителя суверенитета. Тем самым Людовик XVI из короля Франции превратился в короля французов, гражданина короля, которого вскоре ожидали суд и гильотина.

Идеологема народа-суверена и, как следствие, выразителя общей воли выступает квинтэссенцией воззрений Ж.Ж. Руссо на демократию. Признание суверенитета народа означает и суверенность закона как выражения общей воли. Следует отметить, что категория общей воли стала наиболее уязвимой в учении Ж.Ж. Руссо. Невозможность

---

<sup>1</sup> Используются материалы Международных курсов конституционного правосудия (*Annuaire international de justice constitutionnelle*, 19–2003, 2004. *Constitution et élections — La loi.*), которые проводятся ежегодно в форме семинаров четырьмя международными специалистами в области конституционного правосудия для молодых докторантов и исследователей.

дать приемлемую доктринальную расшифровку ключевого термина наиболее ярко отражается в понимании демократии как формы правления.

Слова, употребляемые в Декларации прав человека и гражданина, поразительны для XVIII в., поскольку фраза «закон, традиционно воспринимаемый как мандат суверена, есть выражение общей воли» подразумевает суверенность общей воли. В этой руссоистской концепции закона как самодостаточной константе политического общества имеется несколько идей.

Первая состоит в том, что закон, будучи выражением общей воли, предполагает гражданское равенство. В подобном видении закона как выражения общей воли нет места «фракциям». Действительно, трудно примирить существование партий с общей волей. Другая идея основывается на парадоксе восприятия закона как гарантии прав человека и гражданина и потенциальной опасности, которую он представляет для этих прав.

Европейский конституционализм всегда в качестве центральной идеи использовал оговорку в части основных прав, считая, что закон может представлять опасность для них. Эти парадоксальные отношения объясняются необходимостью гарантировать равенство перед законом и предупредить политическое дробление государства. Единственный способ позволить закону быть гарантией основных прав при подобном подходе — сделать так, чтобы он был применим ко всем, включая и тех, кому он обязан своим появлением. Однако подобный взгляд на закон исключает механизм контроля. Некоторые сопутствующие вопросы, которые не касаются закона как юридического акта, но сопровождают эволюцию понятия закона, заслуживают уточнения.

Писаное право тяготеет к монополии в создании юридических норм. До 1789 г. имелось множество источников права. Французская революция и либеральные революционеры в других европейских странах ввели принцип монополии на создание норм

законодательным путем, чтобы упростить юридическую систему. Закон не был единственным источником права, но считалось, что все иные источники права существуют только потому, что закон признает их существование. В отличие от английского права, где закон допускал общее право и взаимодействовал с ним, европейская традиция была основана на легицентризме, когда закон определял другие источники права. Впрочем, для закона не было никаких пределов, поскольку революционный менталитет не нуждался в ограничениях. Следовательно, не существовало механизма контроля закона, так как он, выражая общую волю, должен быть рациональным и уважающим права и свободы человека и гражданина.

Однако, как показывает история, революционные обещания редко исполнялись, как, например, обещания 1789 г. Революционные деятели сами пытались отгородиться от принципа суверенности закона. В отличие от американского конституционализма, изначально антимонархически настроенного, проблема европейского конституционализма также была порождением монархического принципа. Европейский конституционализм исходил также и из демократического принципа, не исключая монархическое правление, при котором государь имел сферу деятельности, независимую от закона. Этот принцип германского права просуществовал весь XIX в., вплоть до Первой мировой войны, и подобные взгляды характерны для большинства европейских стран, в том числе и для Франции.

Во Франции нормативная автономия исполнительной власти была признана еще во время революции. В III Республике административно-судебная практика всегда придерживалась правомерности регламентов публичной администрации. Правительство имело право издавать регламенты во исполнение законов, даже при отсутствии разрешения соответствующего закона. Это утверждение регламентарной власти без четкого законодательного делегирования было введено во Франции явочным порядком исполнительной властью, а затем и судебной практикой.

Тезис, согласно которому закон является выражением общей воли, так и остался невыполненным обещанием во всех европейских странах. В этом контексте правотворческая монополия на создание норм являлась монополией закона, воспринимаемого как писаное право, а не закона, понимаемого как выражение общей воли. Законодательная монополия на правотворчество стала тем, что А. Пиззоруссо называет «монополией политического права».

С этой точки зрения можно рассматривать историю европейского конституционализма XIX в. как историю длительной борьбы либералов за эффективное утверждение парламентского верховенства. Так, революция 1830 г. была спровоцирована ордонансами принца Полиньяка, поставившими под сомнение Хартию 1814 г.

Прусский конституционный кризис 1860-х гг., который имел сходное происхождение с Французской революцией 1830 г., привел немцев не на баррикады, а к разработке юридической доктрины. Этот кризис оказал фундаментальное влияние на концепцию закона. В 1862 г. королевское правительство представило проект милитаристского бюджета, который был отклонен парламентом, так как его либеральное и антимилитаристское большинство находилось в оппозиции правительству. О. Бисмарк, ставший канцлером, принял отклоненный парламентом бюджет регламентарным путем, пытаясь оправдать эту процедуру мнением именитых юристов, в частности В. Лабанда. Их позиция должна была восполнить логический пробел Прусской конституции, которая предусматривала одобрение проекта бюджета парламентом, но обошла вниманием эту процедуру в случае отклонения им бюджета. Подчеркивая то, что государство не может существовать без бюджета, «именитые юристы» свели сложившуюся ситуацию к состоянию необходимости. При подобном раскладе принятие короной и ее министрами необходимых мер регламентарным путем представлялось вполне легитимным. Они решили, что принятие бюджета правительством не нарушает положения конституции, закрепляющей за законом защиту свободы и собственности граждан.

Этот довод был основан на различиях между законом формальным и законом материальным. Действительно, бюджет, который был законом в формальном смысле, не содержал норм права, посягающих на свободу граждан, и не являлся, таким образом, законом в материальном смысле. В 1863 и 1865 гг. законы об организации армии и о военной службе, отклоненные либеральным большинством парламента, были приняты регламентарным путем, т. е. актами правительства. Таким образом, аргумент о различиях между законом в формальном смысле и законом в материальном смысле стал основным доводом для юристов во главе с В. Лабандом, чтобы оправдать эти решения. Следует отметить, что согласно их позиции даже военная служба не затрагивала собственность или свободу, т. е. правовой статус граждан, поскольку она была нацелена на совершенствование организационной структуры государства. Таким образом, все, что касается его организационной деятельности, даже если граждане вовлечены в нее, не входит в сферу законодательного регулирования, а является внутренними организационными вопросами государства. Эта теория «отношений специальной субординации», основанная на отличии закона формального от закона материального, в целом, несмотря на ее охранительный характер, не оказала особого влияния на другие страны.

Во Франции периода III Республики, ставшей символом классического либерализма, колониальный режим является элементом исполнительной власти, тогда как в метрополии господствовала доктрина верховенства закона. Однако Франция тех времен никогда не стремилась к отрицанию нормативной власти при отсутствии делегирования, как это было сделано англичанами в 1688 г. Следует понимать, что конституционные дебаты в большинстве государств континентальной Европы с 1870-х гг. до начала Второй мировой войны основывались на дихотомии «формальный закон — материальный закон».

В полемике вокруг верховенства закона преобладали следующие точки зрения. Л. Дюги считал, что только закон, который имеет

общее и абстрактное содержание, является подлинным законом. Очевидно, что Карре де Мальбер, Еллинек или Романо были правы, так как французской конституционной практикой времен III Республики, германской имперского периода и Веймарской республики, итальянской под статутом Альбертино закон определялся чисто формальными элементами. Любой акт, принятый парламентом в установленном порядке, имел силу закона, даже когда его содержание не было общим и абстрактным. Таким образом, в европейской конституционной практике в конечном счете возобладала сугубо формальная концепция закона. И этот успех имел несколько предпосылок.

В определении закона согласно Декларации термин «общая» является двусмысленным, так как он предусматривает действие воли общности политического корпуса, а также что воля имеет общее значение и не состоит в относительной воле к определенному предмету. В руссоистской традиции не установлен контроль над законом, ибо он должен быть разумным. Оправдание разумности закона в духе Декларации, которое основывается на его общем характере, проявившемся однажды, подтверждает чисто формальную концепцию закона. Закон перестает быть только рационалистическим, превращаясь в волюнтаристский, поскольку за ним стоит неконтролируемая воля. Таким образом, осуществляется переход от рационалистической философии закона к его волюнтаристской трактовке.

Вторая теоретическая предпосылка победы формальной концепции закона в классическом европейском конституционализме представляется более сложной. Чтобы подтвердить формальную концепцию закона, необходимо не только перейти от формального видения закона к волюнтаристскому изданию юридических актов, но и обладать скептическим представлением о концепции конституции, которое выражалось в тезисе: «Не следует воспринимать конституции всерьез». Большинство конституций XIX в. были гибкими. Лабанд и Карре де Мальбер из отсутствия оговорки о пересмотре конституции

сделали вывод о том, что конституции могут быть изменены обычными законами. Другие современные юристы подчеркивают, что если конституция не предусматривает пересмотра, то она не может быть изменена. Классические современные либералы предпочитают гибкое толкование конституции, что весьма удобно законодателю. Принимая подобную интерпретацию, они не воспринимают всерьез идею конституции. Также существует взгляд на конституцию как на совокупность сугубо материальных норм. Формальная концепция закона неизбежно сопровождается материальной концепцией конституции. В конечном счете классическое видение закона в европейском конституционализме состояло в том, что акт представительного парламента мог затрагивать любой предмет, не признавая ни границ, ни контроля, определяя иные источники права. Кроме того, в отличие от британского классический европейский конституционализм считает, что суверенность закона не исключает автономной регламентарной власти.

### **§ 3. Закон и всеобщий интерес**

Возвращаясь к идеологеме «закон есть выражение общей воли», можно констатировать, что она представляет собой уравнение с двумя неизвестными, где отсутствует объяснение категории воли (надо полагать, народа) и объяснение, как добиться ее общего (единодушного) проявления. Очевидно, идеалистический характер предлагаемого постулата лишает его реальной и практической ценности. По-видимому, по этой причине французская доктрина публичного права предлагает категорию всеобщего интереса. Идея всеобщего интереса появляется в XVIII в., заменяя идею общего блага, имеющую теологическое происхождение. Всеобщий интерес выступает одновременно точкой пересечения интересов индивидов, составляющих нацию, и интересов коллектива, определяя смысл его деятельности.