

А.Н. Пугачев,

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права, Полоцкий государственный университет, Республика Беларусь

Институты прямой демократии в процессе учреждения основного закона: достоинства формы сквозь призму недостатков на практике
(Окончание)

В этих исторических событиях принятие конституции знаменовало радикальный разрыв со всей предшествующей традицией номинального социалистического конституционализма и его классовой теорией права. Согласно подходу А. Н. Медушевского [1, с. 474], практическое осуществление стратегии социальных и правовых изменений возможно только в двух основных формах – спонтанной и целенаправленной. Их чёткие формулы были даны соответственно Руссо и Монтескьё в XVIII в., а позднее развёрнуты Марксом и Вебером. Если говорить специально о правовой квалификации этих изменений, то в них различаются модели «конституционной революции и конституционной реформы». (О конституционных реформах, путчах, переворотах и восстаниях прекрасно пишет И. Фэчер [2, с. 426]).

В первом случае (конституционной революции или конституционного переворота) конституция учреждается (изменяется) зачастую неправовым путём, с разрушением буквы, а часто и духа предшествующего права (Албания, Румыния и большинство государств СНГ). Самый яркий пример из Новейшей истории – нацистская Германия, где в 1933 г. имел место конституционный переворот. Гитлер в качестве канцлера разрушил конституционный строй с целью достижения абсолютной власти, хотя

формально не отрекался от Веймарской Конституции 1919 г. Существенным моментом в оформлении нацистского режима стал не заговорщический и не бонапартистский вариант, а почти легальный путь восхождения Гитлера к власти. После кончины президента Гинденбурга на специальном референдуме было одобрено решение правительства об объединении постов рейхсканцлера и президента, и это решение получило силу конституционного закона, т.е. нацисты были озабочены проблемой своей легитимации, используя институты выборов и референдума. В частности, теоретик нацизма Карл Шмитт свою книгу «Государство, движение, народ» начинает именно с уточнения теории легального прихода нацистов к власти. В разделе «Государственный закон в новом контексте» он пишет: «Революция в Германии была легитимной, то есть формально корректной по отношению к существующей конституции. [...] она легально произошла из Веймарской Конституции, отвечая сути тогдашней системы правления» [3, с. 375]. Но что осталось от духа этой Конституции? Легальная практика принятия конституционных законов на референдумах привела к крушению Веймарской республики при сохранении формальных юридических рамок путём постепенного изменения политического режима.

Во многом этому способствовала, с нашей точки зрения, господствующая на тот момент в Германии позитивистская правовая доктрина. Данный феномен (последующей референдумной легитимации), встречающийся во многих государствах современного мира, где произошли перевороты, имеет своё теоретическое обоснование: право – это всегда действующее право, а всякий успешный переворот, создавая новое действующее право, не может быть оценен исходя из норм старого права. Таким образом, «успешный переворот (или «революция») является правовым актом, а неуспешный – антиправовым («мятежом»)» [1, с. 480]. Во всех этих случаях происходит формальный и «духовный» разрыв правовой преемственности новой и старой конституции.

В случае конституционной реформы преобразования осуществляются правовым путём, в идеале – на основании норм самой конституции, фиксирующих процедуры и порядок её возможного изменения (Венгрия, Польша, Чехословакия). Например, в Испании переход от франкистской диктатуры к демократической правовой системе включал несколько этапов, и результатом всего переходного процесса стало принятие несомненно легитимной Конституции 1978 г., признанной одной из лучших в современной Европе. Особо отметим тот факт, что разработана она была Парламентом (Генеральными Кортесами), а принята на референдуме. Своеобразная модель принятия конституции представлена Францией, где реальный переворот, осуществленный Шарлем де Голлем в условиях системного кризиса режима, получил правовое выражение. В конечном счете после договорных процедур с Национальным собранием конституция была вынесена на референдум. Получается, для де Голля способ легитимации имел большое значение, юридически конституционная преемственность была соблюдена.

Принятие конституции через референдум даже с соблюдением всех демократических процедур и юридических правил не снимает с повестки дня очевидную проблему рациональности и эффективности. Если вспомнить историю возникновения первых референдумов и плебисцитов, то легко обнаруживается, что они проводились с целью выявления воли граждан по конкретному вопросу или вопросам (да/нет). Но когда предметом референдума выступает такой сложнейший документ как конституция, возникают очевидные сложности. Объем, юридические формулировки, возможность вынесения на референдум альтернативных проектов – все это для большинства избирателей «труднопроходимые дебри». При кажущейся демократии смысл такого мероприятия остаётся под большим вопросом. Ясно, что избиратели не будут погружаться в юридические нюансы документа, предпочтя этому элементарный политический выбор (поддержать либо нет инициатора референдума), как это всегда и происходит.

На важное обстоятельство обращает внимание С. А. Авакьян [4, с. 378]. Он пишет о том, что если на голосование ставится весь текст целиком, то у избирателя есть возможность проголосовать «за» весь этот текст или «против». Вполне вероятно, что ему не понравится какая-то часть документа, хотя с остальным он согласится. Возникает непростая дилемма: либо он проголосует «за», следовательно, поддержит документ в целом, либо из-за одного положения, которое он не приемлет, проголосует «против» всего документа.

В этом одна из ключевых загвоздок вынесения на референдум проектов конституции. Как отмечалось выше, у граждан может быть недовольство именно в связи с тем, что им предлагают сказать одно общее «да» или «нет» документу многоплановому, разные положения которого вызывают у них неоднозначное восприятие. Но и выносить конституцию на референдум постатейно – полная бессмыслица. Во-первых, граждане попросту не справятся с лавиной вопросов – ведь обычно в конституции более 100 статей (к тому же, многие состоят из нескольких частей, абзацев, пунктов). Во-вторых, как будет смотреться конституция, в которой одни статьи прошли на референдуме, а другие не получили поддержки? Ведь текст любого нормативного акта рассматривается как органичное целое, и разрыв его ткани просто не даст единства документа – даже при положительном голосовании по большинству статей. Возможно, когда речь не идёт о глобальных конституционных изменениях, допустимо выносить на референдум некие ключевые положения, касающиеся тех или иных институтов (смертная казнь, однополые браки, избирательный возраст, членство в иных организациях и т.д.). Но это уже речь об изменениях и поправках, а не о принятии конституции в целом.

Противники референдумов зачастую высказываются в том смысле, что для их проведения нужны огромные организационные усилия и материальные средства. Нам представляется, что если речь не идёт об «авральном» референдуме, а о планомерной конституционной реформе, то

такая проблема может быть решена. Например, голосование по проекту конституции можно совместить с иными кампаниями общегосударственного масштаба – парламентскими либо местными выборами, хотя, признаем, у этой версии есть уязвимые места.

Наконец, рассмотрим один из главных аргументов сторонников «против» проведения референдумов по принятию конституции. Как известно, во многих странах референдумы, будучи официально предусмотрены, не проводятся вообще либо крайне редко. Причем речь идет о передовых демократических странах – Германии, Голландии, США, Великобритании. Если Германия в своё время «наелась» гитлеровскими голосованиями и сейчас предпочитает во всём профессиональный подход, то во многих странах изначально придерживались простой логики: для решения серьезных проблем есть парламенты, правительства и президенты, и пусть они делают то, за что им платят деньги. Но уж если без референдума не обойтись, то народу для голосования представляется многократно выверенный проект, прошедший всевозможные экспертизы и общественные оценки. Такой способ принятия конституции придаёт лишь дополнительный демократический «лоск» фактически совершённому действию. Но на то она и демократия, что ничего 100% предсказуемого не гарантирует. Достаточно вспомнить эпизод, когда во Франции в 1946 г. внешне очень демократический и социальный конституционный проект, принятый Учредительным собранием, через несколько дней был отвергнут избирателями на референдуме.

Попытки принять конституцию на референдуме «через голову» парламента неоднократно предпринимались и успешно реализовывались в бывших советских республиках. Это общая тенденция для традиционных авторитарных обществ, где пытаются стремительно привить принципы демократии, модернизации и конституционализма. В этих случаях происходит очевидный разрыв с точки зрения стабильности, легитимности и преемственности правового развития.

Конфликт такого рода в наиболее острой стадии был воспроизведён в России и достиг кульминации в подавлении (в прямом смысле этого слова) президентом Б. Н. Ельциным законодательного корпуса вопреки существующей конституции (Конституция РСФСР 1978 г.) и решению Конституционного Суда. Эта конституционная революция нашла выражение в новом документе, разработанном контролируемой президентом конституционной комиссией и вынесенном указом на всенародный референдум 12 декабря 1993 г. Такая форма легитимации режима позволила впоследствии победившей стороне навязать свою волю побежденным. (см. подробно у О. Г. Румянцева [3]). Практика охотно была подхвачена во многих бывших советских республиках (у некоторых из них в настоящее время от республиканизма ничего не осталось, скорее «бонапартизм», «султанизм», «цезаризм»), где постепенно уничтожаются непрочные элементы гражданского общества.

Истории известны эпизоды, когда от референдумов по принятию конституции отказывались по глубоко политическим причинам. Например, в 1948 г. премьер-министры германских федеральных земель на встрече в Кобленце выступили против принятия проекта Основного Закона на народном референдуме, мотивируя это тем, что такое голосование придаёт ему вес, присущий окончательной конституции. Лидеры германского государства выступили против идеи союзников о принятии конституции, т. к. такой документ может быть принят только тогда, когда «весь немецкий народ получит возможность конституироваться путём свободного самоопределения». В итоге Основной Закон был ратифицирован через ландтаги земель и обрёл негласный статус «временной конституции». Но когда 3 октября 1990 г. национальное воссоединение свершилось в рамках Основного Закона, было принято решение сохранить его как «общегерманскую конституцию», т. е. в течение сорока лет (особенно в свете огромного массива решений Конституционного Суда ФРГ) этот акт приобрёл характер постоянного документа. В настоящее время вопрос о германской

конституции и референдуме как способе ее легитимации утратил свою актуальность.

Абсурдность голосований в условиях авторитарных режимов и при тоталитаризме очевидна. Приведём пример португальской диктатуры, которая была установлена военным переворотом 1926 г. Характерно, что правительство сосредоточило всю полноту власти парламента, осуществляя законодательную власть «декретами с силой закона». В 1932 г. по поручению президента министр финансов профессор Антонио Салазар представил текст конституции, который по решению Национального политического Совета (это не представительный орган) был вынесен на референдум. Как отмечается, «данный плебисцит поражает оригинальностью даже в ряду других плебисцитов, организованных различными диктаторскими режимами той эпохи. Она состоит в специфической процедуре подсчёта голосов, которая включала в позитивное голосование голоса тех, кто не явился на него, что и объясняет тотальное одобрение конституции» [4, с. 211]. Такую референдумную практику охотно подхватили во многих латиноамериканских странах, а апофеозом стало принятие на референдуме Конституции Чили в 1980 г. при генерале Пиночете.

Как мы убедились, осуществление референдумных процедур при легитимации конституции требует большой осторожности и безусловного соблюдения законности. Поэтому неслучайно в законодательстве многих зарубежных государств предусмотрена возможность участия органов специализированного конституционного контроля в процедуре проведения референдумов и плебисцитов. По подсчётам Г. Г. Арутюняна [5], полномочиями в этой сфере наделены органы конституционного правосудия 31 государства в мире (Австрия, Армения, Венгрия, Греция, Италия, Португалия и др.). Беларусь в этот перечень не входит.

Согласно подхода Н. В. Витрука [6, с. 244], по своей значимости и распространённости функции конституционных судов можно классифицировать на *основные* и *дополнительные*, и в числе последних

учёный указывает *дачу экспертных заключений по конституционным вопросам*, а также *осуществление учредительно-регистрационных актов по вопросам конституционного значения*. Применительно к нашей проблеме указанные полномочия можно рассматривать следующим образом.

Например, функция дачи экспертных заключений по конституционным вопросам реализуется через полномочие конституционного суда по *даче заключения о соответствии выносимого на референдум проекта основного закона* (это могут быть изменения и поправки). С нашей точки зрения, в данном случае должен иметь место обязательный контроль, т. е. он должен осуществляться независимо от того, имеется либо нет конституционно-правовой спор. Такое решение конституционного суда безусловно императивно. Неконституционный проект уже на стадии проверки должен прекратить своё существование. В. А. Виноградов [7, с. 103] такого рода решения относит к категории конституционно-правовых санкций. Решение конституционного суда необходимо и при контроле (проверке) формулы референдума в том случае, когда на голосование выносится вопрос о способе принятия конституции.

Решение конституционного суда можно признать *учредительно-регистрационным актом* в том случае, когда он утверждает результаты референдума. Наиболее полно из бывших советских республик такое полномочие конституционного суда реализуется в Молдове [8]. Все выносимые на республиканский референдум вопросы предварительно одобряются Конституционным Судом по требованию органа, объявившего референдум, а результаты его (впрочем, как и выборы Парламента, Президента) подлежат утверждению Конституционным Судом после рассмотрения доклада Республиканской комиссии по проведению референдума.

Если по поводу целесообразности дачи императивных экспертных заключений вопросов не возникает, то учредительно-регистрационная функция не безупречна. Дело в том, что если в первом случае

конституционные суды решают вопросы права, то во втором им необходимо устанавливать фактические обстоятельства дела, а это несвойственно конституционному правосудию. Возможно, наделение конституционных судов рассмотренным полномочием оправдывается общественной и государственной значимостью такого мероприятия, как референдум по принятию конституции.

Своеобразным следует признать опыт Российской Федерации, где по действующему законодательству у Конституционного Суда имеются определённые полномочия по осуществлению референдума. Смысл их в том, что согласно ст. 23 Закона «О референдуме Российской Федерации» от 28 июня 2004 г. Президент не позднее чем через 10 дней со дня поступления документов, на основании которых назначается референдум, должен направить их в Конституционный Суд с запросом о соответствии Конституции РФ инициативы проведения референдума по предложенному вопросу. Суд рассматривает данное обращение, принимает по нему решение и направляет его Президенту. В случае, если референдумная инициатива признана не соответствующей Конституции РФ, то процедура по её реализации прекращается с момента вступления в силу заключения Конституционного Суда. Напомним также, что на референдум в России в обязательном порядке выносится вопрос о принятии новой Конституции РФ, если Конституционное Собрание принимает решение о её вынесении на всенародное голосование. В Российской Федерации наработана, обобщена и проанализирована практика Конституционного Суда, имеющая отношение к референдумам (см., например Л. В. Лазарева [9, с. 483-488] и С. Э. Несмеянову [10, с. 280-311]).

Однако законодательное регулирование «референдумного дела» в Российской Федерации нельзя признать оптимальным. Дело в том, что после появления в 1995 г. Закона «О референдуме Российской Федерации» (с соответствующим новым полномочием Конституционного Суда) Федеральное Собрание не внесло необходимого дополнения в Федеральный

конституционный Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» об особенностях производства дел данной категории. Указанное полномочие также не включено в перечень полномочий Конституционного Суда, предусмотренный ст. 3 Закона, а это противоречит прямому указанию ч. 2 ст. 3 Закона. Поэтому совершенно прав Н. В. Витрук [6, с. 458], когда предлагает ввести в Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» специальную главу, посвящённую особенностям производства в Конституционном Суде по данной категории дел с определением оснований запроса и пределов проверки соответствия Конституции РФ инициативы проведения всероссийского референдума по предложенному вопросу (вопросам) референдума.

Солидарную позицию занимает О. В. Брежнев [11, с. 12]. По его мнению, практика установления новых полномочий Конституционного Суда отдельными тематическими федеральными конституционными законами без внесения дополнений в соответствующий специальный закон себя не оправдывает, поскольку порождает много процессуальной неопределённости и противоречий, которые способны существенно затруднить реализацию компетенции Конституционного Суда. Правда, подчёркивает учёный, процедура реализации инициативы проведения референдума, предусмотренная Федеральным конституционным законом «О референдуме Российской Федерации» от 28 июня 2004 г., настолько сложна, что есть все основания полагать, что проверка соответствия Конституции инициативы проведения референдума в том виде, в каком она предусмотрена ст. 23 вышеупомянутого Закона, надолго останется «спящим» полномочием Конституционного Суда, не востребованным практически.

Дискуссионным является вопрос о том, вправе ли конституционный суд в порядке нормоконтроля рассмотреть нормативный правовой акт, принятый через референдум (это, например, может быть закон об изменениях и дополнениях в конституцию, по сути подразумевающих принятие её в новой редакции). Неоднозначность ситуации нам видится в следующем.

Если говорить о Беларуси, то следует помнить о законодательной дефиниции ст. 2 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь». «Решение референдума – нормативный правовой акт, направленный на урегулирование важнейших вопросов государственной и общественной жизни, принятый республиканским или местным референдумом». Может ли разновидностью такого решения выступать закон о концептуальных изменениях и дополнениях в Конституцию?

Следует дать утвердительный ответ, но в данном случае это предполагает возможность его проверки со стороны Конституционного Суда. Однако, в технико-юридическом смысле, «решение референдума» обозначено как самостоятельная разновидность нормативного правового акта, а такой вид акта в сферу конституционной юрисдикции (ст. 116 Основного Закона Беларуси) формально не входит. Указанная «неопределённость» не что иное, как «дефект правового регулирования» [12, с. 11], который не преодолен по сей день.

В контексте рассматриваемой проблемы учтём позицию В. Д. Зорькина, высказанную в связи с дискуссией о противоречии между принципами демократии и принципом судебного контроля конституционности: «...строго говоря, данная компетенция Суда должна касаться и акта, принятого на референдуме, и тогда Конституционный Суд может быть вынужден принимать решение, отвергающее непосредственное волеизъявление населения» [13, с. 150]. Действительно, ситуация неоднозначна (хотя в практике Конституционного Суда РФ таких дел не было). Выход один – недопущение на референдум на стадии превентивного контроля неконституционных формул и проектов.

С учетом сказанного не вызывает сомнений, что вопрос о принятии или одобрении конституции через референдум является спорным и неоднозначным. В одних ситуациях – это олицетворение идеи народовластия как фундамента демократического режима, в других – её имитация с самыми печальными последствиями (кризис, диктатура, гражданская война). Как

пишет М. Ф. Чудаков, «нельзя ни абсолютизировать референдум как некую сверхидеальную форму представительной (здесь ошибка – *А.П.*) демократии, ни изображать его одной только чёрной краской. [...] ... в ряде случаев [такой] референдум призван затушевывать тоталитарные черты того или иного государства» [14, с. 160]. Референдум, как и любой институт из демократического арсенала, всего лишь один из имеющихся инструментов, и обратить его можно как во благо, так и во зло.

Выводы

Идея народовластия предполагает выработку оптимальных форм и механизмов ее воплощения на практике. К несомненным достоинствам демократического устройства относят такие способы принятия решений, которые в наибольшей степени отражают политическую волю гражданского социума. Античная Греция и Республиканский Рим, средневековые города – государства привнесли в политический обиход плебисциты и референдумы, вече и петиции – столь важные демократические институты.

Конституционализация национального правопорядка обозначила проблему оптимального способа легализации и легитимации основного закона. Поэтому не случайно наиболее демократический институт прямой демократии – референдум – оказался столь востребованным в условиях построения правовой государственности. Однако использование его при учреждении конституции не явилось панацеей от недемократических проявлений. Более того, в ряде случаев это оборачивалось возникновением т.н. «плебисцитарных демократий» и «бонапартистских» режимов. Тем самым демократические ценности под лозунгами радения о народовластии оборачивались популистскими и авторитарными формами.

Обнаруживается интересная закономерность, согласно которой западные демократии (Швейцария здесь – исключение) все реже обращаются или вовсе отказываются от проведения референдумов, а в странах со слабыми демократическими традициями референдумы и плебисциты

составляют важнейший компонент идеологии и политической практики. Абсолютизация концепции народовластия неизменно оборачивается извращением демократических ценностей, а принятие конституции через референдум (минуя иные институты правового государства) придает дополнительный антураж легальности и легитимности происходящему, способствует укреплению и распространению популистско-авторитарных режимов.

Література

1. Медушевский, А. Н. Теория конституционных циклов / А.Н. Медушевский; Гос. ун-т – Высшая школа экономики. – М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2005. – 574 с.
2. Моссе, Дж. Нацизм и культура. Идеология и культура национал-социализма / Дж. Моссе. Пер с англ. Ю. Д. Чупрова. – М.: ЗАО Центрополиграф, 2010. – 446 с.
3. Румянцев, О. Г. Конституция Девяносто третьего. История явления. (Документальная поэма в семи частях от Ответственного секретаря Конституционной комиссии 1990-1993 годов.) / О. Г. Румянцев. – Издание второе, исправленное. – М.: ЗАО «Библиотечка РГ», 2013. – 336 с.
4. Авакьян, С. А. Конституционное право России: Учебный курс. – В 2 т. Т.1 – М.: Юристъ, 2005. – 719 с.
5. Арутюнян, Г. Г. Конституционный Суд в системе государственной власти (сравнительный анализ). – Ереван, 1999. – 238 с.
6. Витрук, Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс: учеб пособие / Н. В Витрук. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005. – 527 с.
7. Виноградов, В. А. Понятие и особенности конституционно-правовой ответственности: проблемы России, опыт зарубежных стран. – М.: Институт права и публичной политики, 2003. – 117 с.

8. Барбалат, П. А. Конституционный Суд Республики Молдова / П. А. Барбалат // Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. – Ереван, 1999. – Вып. 2. – С. 53-65.
9. Лазарев, Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России / Л. В. Лазарев. – М.: ОАО Издательский дом «Городец»; «Формула права», 2003. – 528 с.
10. Несмеянова, С. Э. Судебная практика Конституционного Суда РФ с комментариями / С. Э. Несмеянова. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 480 с.
11. Брежнев, О. В. Судебный конституционный контроль при реализации инициативы проведения референдума в Российской Федерации и его назначении: проблемы правового регулирования / О. В. Брежнев // Государство и право. – 2010. – № 3. – С. 5-12.
12. Власенко, Н. А. Неопределенность в праве: понятие и формы / Н. А. Власенко, Т. Н. Назаренко // Государство и право. – 2007. – № 6. – С. 5-12.
13. Зорькин, В. Д. Современный мир, право и Конституция / В. Д. Зорькин. – М.: Норма, 2010. – 544 с.
14. Чудаков, М. Ф. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учеб. пособие. – Минск, ООО «Новое знание», 2001.– 576 с.