

ЮРИСПРУДЕНЦИЯ | LAW

УДК 342.4
doi:10.35853/vestnik.gu.2024.12-1.03
5.1.2

Конституционализация исключительных полномочий как гарантия прав? Пример восточноевропейских демократий конца XX века*

Лорелин Фонтэн
Университет Кан-Нижняя Нормандия, Франция

Аннотация. Статья посвящена проблематике конституционализации исключительных полномочий. На материале конституций посткоммунистических государств Восточной Европы автор анализирует применяемые их составителями техники квалификации и классификации исключительных ситуаций, а также определения исключительных полномочий, осуществляемых в таких ситуациях органами власти и должностными лицами. Выявляются пределы применения данных техник, обусловленные как особенностями исключительных ситуаций, их сложной и непредсказуемой природой, так и необходимостью установления нормативного равенства между исключительными полномочиями и основными правами человека. В статье исследуются апории, связанные с попытками составителей восточноевропейских конституций конца XX века определить исключительное положение и его наиболее распространенные разновидности (военное положение, осадное положение, чрезвычайное положение).

Ключевые слова: исключительная ситуация, исключительные полномочия, конституция, учредитель, диктатура, разделение властей, основные права

Для цитирования: Фонтэн Л. Конституционализация исключительных полномочий как гарантия прав? Пример восточноевропейских демократий конца XX века (пер. с фр. В. Д. Бурковой, В. А. Токарева) // Вестник Гуманитарного университета. 2024. Т. 12, № 1. С. 35–71. DOI 10.35853/vestnik.gu.2024.12-1.03.

* Fontaine L. La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? // Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux. 2008. No. 6. P. 39–60. DOI 10.4000/crdf.6822.

Перевод с французского языка: *Вера Дмитриевна Буркова*, старший преподаватель юридического факультета АНО ВО «Гуманитарный университет» (Екатеринбург, Россия); *Василий Алексеевич Токарев*, канд. юрид. наук, старший научный сотрудник АНО ВО «Гуманитарный университет» (Екатеринбург, Россия); докторант Университета Бордо (Франция), basiletok@gmail.com.

Редактор перевода: В. А. Токарев.

© Fontaine L., 2024
© Буркова В. Д., Токарев В. А., перевод на русский язык, 2024
© Токарев В. А., редактор перевода, 2024

The Constitutionalizing of Exceptional Powers as a Guarantee of Rights? The Example of East European Democracies at the End of the Twentieth Century

Lauréline Fontaine

University of Caen-Lower Normandy (Université de Caen Basse-Normandie), France

Abstract. The article is devoted to the problem of the constitutionalizing of extraordinary powers. Based on the constitutions of the post-communist states of Eastern Europe, the author analyzes the techniques used by their drafters to qualify and classify exceptional situations, as well as the definition of extraordinary powers exercised in such situations by authorities and officials. The limits of the application of these techniques are revealed due to both the peculiarities of exceptional situations, their complex and unpredictable nature, and the need to establish normative equality between extraordinary powers and fundamental human rights. The article examines the aporias associated with the attempts of the drafters of the Eastern European constitutions of the late twentieth century to define an exceptional situation and its most common varieties (martial law, state of siege, state of emergency).

Keywords: exceptional situation, extraordinary powers, constitution, founder, dictatorship, separation of powers, fundamental rights

For citation: Fontaine L. The Constitutionalizing of Exceptional Powers as a Guarantee of Rights? The Example of East European Democracies at the End of the Twentieth Century. *Vestnik Gumanitarnogo universiteta = Bulletin of Liberal Arts University*. 2024;12(1):35-71. (In Russ.) DOI:10.35853/vestnik.gu.2024.12-1.03.

Содержание

Введение

А. Сфера действия конституций

Б. Содержание конституций

I. Гарантия прав в условиях применения конституционного механизма чрезвычайного положения, или Возможно ли конституционализировать исключительные полномочия?

А. Технические и логические трудности процесса конституционализации исключительных полномочий

1. Традиционные апории юридического определения чрезвычайного положения
2. Недостаточный прогресс в разграничении исключительных полномочий

Б. Юридическая и практическая неадекватность логики исключительных полномочий

1. Неудавшиеся честолюбивые замыслы конституционного права по поводу чрезвычайного положения
2. Предварительная законность или спонтанная законность исключительных полномочий: нерешенный вопрос

II. Конституционные механизмы чрезвычайного положения перед лицом гарантирования прав, или Следует ли конституционализировать исключительные полномочия?

А. Отсутствие необходимой иерархии между основными правами и чрезвычайным правом

1. Две техники совместной конституционализации основных прав и исключительных полномочий
2. Несостоятельность техники обеспечения нормативного равенства между основными правами и исключительными полномочиями

Б. Неоднозначный статус техник конституционализации чрезвычайного положения в конституционных догматике и теории

1. Слабое место вопроса об исключительных полномочиях в конституционных догматике и теории
2. Разнообразие современных конституционно-правовых концепций исключительных полномочий

Введение

Можно ли утверждать, что исключение является пределом конституционализма? Многие верят в это, другие боятся, некоторые полагают обратное. Сегодня идея о том, что исключительное положение является конституционным самоубийством, больше не пользуется популярностью. В этом отношении особый интерес представляют дебаты по данному вопросу, которые ведутся в США с сентября 2001 года. Их участниками являются сторонники чрезвычайной конституции, основанной на альтернативном принципе разделения властей в случае исключительной ситуации [Ackerman 2004, p. 1029], и сторонники экстралегализма, вдохновленного Локком и Шмиттом, предполагающего установление временной, откровенной и «публичной» диктатуры [Gross 2003, p. 1011]. В любом случае то, что предлагается, не является ни поддержанием «ординарного» права, ни, даже, реорганизацией ординарных институтов, а является скорее *другой* системой, отличной от той, которая преобладает в обычное время. При более внимательном рассмотрении выясняется, что предел конституционализма можно обнаружить в самом конституционализме, по крайней мере в том несколько наивном, согласитесь, конституционализме, который состоит в представлении, что все будет хорошо регулироваться и оформляться, если существуют предварительные и высшие правила¹. Что касается исключительных полномочий, то нет ничего менее определенного. Связанные с ними предложения остаются теоретическими, и похоже, что на сегодняшний день не обнаружено каких-либо конституционных техник – по крайней мере, среди тех, которые были опробованы, – позволяющих гарантировать, что чрезвычайное положение остается чрезвычайным положением, следующим за ординарным конституционным режимом и предшествующим ему.

Конституционалистское движение, возникшее в странах Восточной Европы в 1990-х гг., выявило новое поле исследований данной проблематики, особенно плодотворное для понимания современного конституционализма. Зачем создавать Конституцию? Интерес, проявляемый к определенным положениям, которые должны или не должны быть включены в конституции, особенно в отношении исключительных полномочий, указывает на обновление мышления в основном с двух точек зрения: сферы действия конституций (А) и их содержания (Б). Поэтому на вопрос: «зачем принимать Конституцию?», сегодня может возникнуть соблазн ответить: «чтобы пользоваться своими правами»².

А. Сфера действия конституций

Разработка конституций почти всегда является результатом размышлений о том, что, по нашему мнению, в данный момент лучше всего подходит для регулирования осуществления политической власти так, как мы хотим, чтобы она осуществлялась. Не имеет значения, что автор(ы) конституций также являются основными адресатами: имеет место своего рода реализация «стратегии», почти всегда направленной на

¹ Конституционное «право» представляет собой «результат попытки подчинить власть верховенству закона, гарантирующему свободу граждан» [Boulouis 1986, p. 605]. Интересный обзор конституционализма вчера и сегодня см. в докладе [Feldman 2007].

² В этом смысле см. Д. Руссо: «Конституция является гарантией прав. Обеспечение политической свободы граждан требует не размышлений о наилучшей организации органов государственной власти, а разработки хартии прав и свобод, согласно которой граждане смогут навязать уважение власть имущим. Укрепление демократии подразумевает, что конституционный текст должен уделять больше внимания правам управляемых, чем статусу управляющих, и больше говорить о гражданах, чем о государственных органах власти» [Rousseau 1990, p. 8].

достижение результатов. Это наблюдение объясняет, почему можно квалифицировать конституционализм как «утопию», поскольку он основан на неявной идее, что, заранее устанавливая границы власти, выгравировав их на мраморе конституционного документа, можно предотвратить ее произвольное осуществление, угрожающее свободам. Д. Руссо рассматривает конституции как «мифологии современных обществ» [Rousseau 2001, p. 6].

Утопия заключалась бы в вере в то, что существование правила порождает соответствующее поведение: однако нет ничего более неточного. Даже не рассматривая вопрос об отсутствии логической связи между нормой и фактом, отметим, что существование нормы призвано «направлять» коллективное, а также, и прежде всего, индивидуальное поведение таким образом, чтобы каждый использовал свою свободу по своему усмотрению: отцы «конституционализма», такие как Монтескье, прекрасно объяснили, что первой добродетелью конституционализма является предоставление политической свободы. Это само по себе совершенно не исключает, но даже допускает поведение, отклоняющееся от нормы. С конца XVIII века Конституция зарекомендовала себя как источник легитимности власти, которая сохраняется, пока власть не выходит за рамки, установленные Конституцией. Таким образом, возникает необходимость в проведении очевидного различия между конституционной законностью и легитимностью, контуры которого придется постоянно пересматривать. Действительность правовой системы, даже без ссылки на известного австрийского юриста (см.: [Kelsen 1962]), не может быть поколеблена поведением, противоречащим содержащимся в ней правилам. Конечно, данное утверждение верно при условии, что в целом мы можем полагать, что правомерное поведение встречается чаще, чем противоправное. Действительность не зависит от фактического нарушения нормы, и это утверждение справедливо для любой нормы. Интересно в этой связи отметить, что в целом только конституционно-правовые нормы регулярно представляются утопическими³ особенно и тем более, когда они не санкционированы судьей или третейским судьей. И даже судебный контроль конституционности норм или юрисдикционное разрешение споров между конституционными органами, существующими и действующими в данной политической системе, похоже, не сняли полностью вопрос о статусе конституционных норм с точки зрения их «юридической силы».

Преимущества конституционализации осуществления исключительных властных полномочий можно осознавать несколькими способами: 1) полагая, конечно, что ограничения, прописанные в конституционном тексте, всегда будут соблюдаться и что существует заинтересованность в установлении их наибольшего числа (чтобы, по мнению Дж. Ролза, «каждый человек мог иметь равное право на наиболее обширную систему основных свобод, равных для всех, совместимую с такой же системой для других» [Rawls 1997, p. 91]⁴); 2) веря только в «моральную», или даже психологическую, добродетель конституционного порядка, способную влиять на поведение субъектов правоотношений, которые, «в худшем случае», будут сортировать правила и, таким образом, более или менее справедливо применять Конституцию⁵; в достаточно тради-

³ См., например, исследование В. Ганева, который, хотя и рассматривает с большим интересом восточноевропейские конституции и введенные ими чрезвычайные процедуры, полагает в конце своего анализа, что выживание общества в случае чрезвычайного положения является, строго говоря, не конституционной проблемой, а проблемой самого общества [Ganev 1997, p. 612].

⁴ К этой идее добавляется, что, поскольку формально суверенный народ стоит у истоков Конституции, по крайней мере ратифицировав ее, на самом деле именно последняя устанавливает пределы как его собственной свободы, так и свободы власть предержащих ради соблюдения и гарантии этих свобод.

⁵ С этой точки зрения мы часто верим в неумолимую природу «законов» или естественных тенденций, связанных с осуществлением власти, с которыми конституционные правила пытаются, чаще всего бессильно, бороться. Это убеждение побуждает некоторых авторов настаивать на том, что формальные гарантии существенны и единственны системе свобод, что «без них право даже не существует» [Barilari 2000, p. 55].

ционном варианте такое восприятие нормы приводит к «разумному» представлению о прогнозируемости поведения⁶; 3) рассматривая формальное существование конституционной нормы как избыточное по существу, считают ли ее символической или просто ненужной?⁷

Восточноевропейское конституционалистское движение в конце XX века, несомненно, проистекает из всех этих убеждений одновременно, поскольку действующие лица были разными⁸: участники Революции; те, кто пытался противостоять огромной беспощадной волне импортированной Демократии; и особенно те, кто приехали из стран с так называемыми демократическими традициями, чтобы нести благое конституционное слово⁹. Безусловно, в то время сформировалась своего рода «конституционная мечта», результатом осуществления которой стали бы демократия и правовое государство, а первые конституционные эксперименты воспринимались как необходимые инструменты для ее достижения. Конечно, чрезвычайное положение в то время страдало от «хронического дефицита легитимности» [Ganev 1997, p. 602], и его можно было уменьшить, только пройдя легальными путями. Как указывает С. Милачич, «правовой объект часто выставляется как демократический символ» [Milacic 2001, p. 350]. Таким образом, конституционализация исключительных полномочий, как представляется, по своему характеру гарантирует, что основные права, то есть те, которые к тому же защищаются Конституцией, будут эффективно гарантированы в период чрезвычайного положения. Прошлый опыт оказал весьма разнообразное влияние на данный процесс: конечно, большинство восточноевропейских стран вышло из коммунистического режима, пройдя через чрезвычайное положение, и это оказало существенное влияние на дискуссии, даже имплицитно. Кроме того, европейские и американские эксперты поделились своим собственным опытом и своим пониманием взаимосвязей конституционных механизмов и чрезвычайного положения.

Б. Содержание конституций

В XVIII веке зарождение конституционализма было блестящим: будь то США или Франция, а вскоре и вся Европа, они создавали или же оттачивали механизмы, регулирующие осуществление власти, и главным образом законодательной и исполнительной властей, или напротив, общие схемы организации власти, часто полагающиеся на естественный «баланс», который возник бы между основными ветвями власти. Сегодня составители новых конституций принимают к сведению опыт прошлого, но вносят новшества, в частности ориентируясь на свою недавнюю политическую историю, связанную с исключительными полномочиями¹⁰. В этом отношении можно говорить о

⁶ См. примечание J. Gicquel [Gicquel 1987, p. 174].

⁷ Либо существует «традиция» осуществления власти, при которой ее конституционализация не является необходимой, как это часто полагают в отношении Великобритании; либо осуществление власти рассматривается как полностью независимое от закона.

⁸ Даже если иногда утверждается, что восточноевропейское конституционное движение исходит из первого убеждения: в этом смысле см. работу [Wojtowicz 1997, p. 15]: «Следует отметить, что авторы конституций рассмотренных стран Центральной и Восточной Европы <...> отказались от тезиса, согласно которому невозможность предвидеть все опасности делает невозможным закрепить заранее, в Конституции, положения, позволяющие справиться с этой проблемой. Напротив, было признано, что конституционное регулирование чрезвычайного положения обеспечивает лучшую защиту от злоупотреблений властью, с которыми оно связано».

⁹ См. по этому поводу [Duhamel 1991, p. 17]: «миф о создателе конституции умирает с трудом»; см. также [Dorandeu 1993].

¹⁰ Заинтересовавшись этим вопросом в рамках работы Венецианской комиссии, Э. Озбудун отмечает: «Вполне естественно, что система, которая только что была создана, не так прочно укоренилась, как система, сложившаяся давно. Так, риск оказаться в кризисной ситуации гораздо выше в Центральной и Восточной Европе, чем в Западной Европе. Поэтому вполне оправдано, что мы пытаемся предвидеть и рассмотреть соответствующие меры реагирования на кризисные ситуации в демократических странах Центральной и Восточной Европы до того, как такой кризис произойдет» («Вступительное слово» в книге [Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques ... 1997]).

«конституционном волюнтаризме» восточноевропейских стран конца XX века¹¹. Поиск лучшего механизма естественным образом влечет за собой отсутствие единообразия содержания конституций: очень короткие конституции (редко) или, наоборот, очень длинные (чаще); упор на законодательную власть или, наоборот, на исполнительную власть, и т. д. Помимо этих вариаций общего аспекта режима, установленных конституциями, мы также обнаруживаем различия в применяемых техниках: так, некоторые определяют механизмы реализации политической ответственности, в то время как другие не дают на этот счет никаких указаний. Среди этих различных вопросов регулирование осуществления исключительных полномочий варьируется в зависимости от установленного режима, прошлого опыта, доктринальных рекомендаций и советов экспертов, европейских или американских.

Таким образом, исключительные полномочия не являются объектом универсального метода конституционализации, отвечающего единой логике: исключительные полномочия должны быть конституционализированы, чтобы их наиболее распространенные последствия, а именно временное ограничение свобод и присвоение властных полномочий одним субъектом, оказались минимизированы, насколько возможно, и оставались временными, т. е. промежуточными, иными словами, переходными (см., например: [Lime 1994, p. 355]).

Можно ли установить, что принятые конституции и последующая практика соответствовали устремлениям восточноевропейских конституционных учредителей? Новая конституционная лаборатория, созданная странами бывшего коммунистического лагеря¹², не позволяет говорить о наступлении новой конституционной эры. Способы конституционализации, применяемые юристами восточноевропейских стран к исключительным полномочиям, в процессе анализа приводят к вопросу о том, действительно ли возможно конституционализировать исключительные полномочия так, чтобы обеспечить гарантированность прав. И более того, принимая во внимание эту гарантированность, целесообразно ли конституционализировать такие полномочия?

Как показывает анализ, применяемые техники конституционализации исключительных полномочий явно не пригодны для достижения желаемого результата и продолжают ставить под сомнение возможность строгого регулирования исключительных полномочий (I). Несомненно, разочаровывающий результат этого стремления конституционализировать исключительные полномочия с целью избежать окончательного присвоения власти нелегитимным субъектом и длительного посягательства на основные права должен позволить выйти за рамки единственного вопроса о «правильном» конституционном механизме. Возможно, важно не столько то, существует ли правильный конституционный механизм, сколько то, необходим ли такой механизм: что касается гарантий прав, то сам принцип конституционализации исключительных полномочий не является самоочевидным и, возможно, мы не должны отдавать предпочтение этому решению (II).

I. Гарантия прав в условиях применения конституционного механизма чрезвычайного положения, или Возможно ли конституционализировать исключительные полномочия?

Чтобы ответить на этот вопрос, мы, естественно, должны начать с определения «исключительных полномочий». Весьма часто они определяются, даже имплицитно, как таковые в соответствии с критерием их включения в конкретный текст, что связано с некоторыми методологическими затруднениями. Действительно, с конституционной

¹¹ Выражение заимствовано у С. Милачича [Milacic 2001, p. 339]. Ч. Кёд пишет об «институциональном оптимизме посткоммунистических элит» в одноименной статье [Keude 1993, p. 237].

¹² Следует отметить, что почти всегда положения об исключениях, встречавшиеся в старых конституциях (до коммунистической эпохи), были подхвачены и улучшены и, таким образом, стали новыми, в частности потому, что была установлена связь с основными правами (см. ниже первую часть настоящей статьи).

точки зрения, если исключительные полномочия закреплены в тексте, то они больше не могут рассматриваться как полномочия, которые являются исключениями из обычных конституционных правил, поскольку они являются частью режима, установленного конституционным текстом¹³. Таким образом, это означает, что если исключительные полномочия, наоборот, не предусмотрены в тексте, то их на этот раз можно рассматривать как реальные исключительные полномочия... поскольку они не «организованы» заранее¹⁴. На вопрос «Возможно ли конституционализировать чрезвычайные полномочия?», ответ неизбежно будет отрицательным, и молодые восточноевропейские демократии могут лишь лелеять иллюзорную мечту.

Однако эта мечта может быть реализована, если исключительные полномочия будут определяться по-другому: не по их природе или сущности, а по их статусу в правовой системе. Исключительные полномочия (или чрезвычайное положение) обычно называются так потому, что их предполагается использовать лишь изредка, поскольку они являются исключительными. Именно этот последний признак фактически подразумевает, что они должны быть редкими и использоваться исключительно при определенных обстоятельствах, которые в то же время непосредственно оправдывают их применение. Но такие редкие случаи никогда до сих пор полностью не определялись самим законом.

Однако на протяжении нескольких десятилетий конституционные учредители стремились, скорее, ограничить трудно поддающуюся «контролю» природу чрезвычайного положения, чтобы оно оставалось настоящим исключительным положением¹⁵, т. е. со-

¹³ По этому поводу см. [Торер 2007, р. 173–175]: «Таким образом, поскольку закон всегда применяется как в обычные, так и в исключительные периоды, действительно существуют два набора правовых норм, применимых к двум различным типам ситуаций, и чрезвычайное положение не является исключительным».

¹⁴ Тогда предпочтение отдается старому понятию «право необходимости» или конституционному праву состояния необходимости, которое по определению не формализовано. В этой связи следует отметить, что выражение «исключительные полномочия» или даже «чрезвычайные права» родилось с претензией на их формализацию, т. е. в XX веке (см., например, конституционную ревизию Основного закона Германии в 1968 году о чрезвычайном положении и важных дебатах вокруг его принятия. Одно из положений проекта поправки предусматривало, что нарушение тайны переписки в исключительные периоды может быть выведено из-под контроля обычного судьи. Многие немецкие профессора публичного права ярко выразили свое отношение к происходящему. Шестьдесят из них, в частности, направили 10 июня 1968 года петицию в Бундесрат, в которой говорилось следующее: «Заботясь о существовании и подлинности принципа верховенства права в нашей конституции, нижеподписавшиеся профессора публичного права настоятельно призывают Бундесрат отказаться от ограничения тайны переписки, предусмотренного в проекте... Они считают недопустимым тот факт, что столь серьезные посягательства на свободу личности контролируются только органами народного представительства, а не независимыми судьями». Это положение теперь появилось в Основном законе Германии – ст. 10).

¹⁵ Преимущественно в конце XIX – начале XX в. мы наблюдаем появление в конституционных текстах положений об исключительных полномочиях (впрочем, идею исключительности мы обнаруживаем уже в ст. 92 французской Конституции VIII года, затем в ст. 45 Дополнительного акта к Конституциям Империи 1815 г. и, наконец, в знаменитой ст. 14 Хартии 1814 г.). Такая конституционализация феномена исключительности, однако, оставалась в то время еще весьма умеренной как с точки зрения количества конституций, в которых применялся данный способ, так и с точки зрения содержания тех основных законов, в которых он применялся. В этом случае Положения на самом деле весьма расплывчаты: упомянутая исключительная ситуация является неопределенной, как и последующие полномочия. Приведем некоторые примеры, найденные у П. Леруа [Leroy 1965]: в австрийской конституции 1867 г. говорилось без дальнейших уточнений о «неотложных обстоятельствах», в датской конституции 1849 г. – об «обстоятельствах особо неотложных», Конституция России 1906 г. упоминает о «чрезвычайных обстоятельствах». С другой стороны, Конституция Японии 1885 г., по-видимому, была несколько точнее, поскольку в ней говорилось о «настоятельной необходимости поддержания общественного порядка или предотвращения общественного бедствия». Мы можем сформулировать правило – обязательно предполагающее исключения, – которое констатировало, что чем новее конституции, тем больше исключительных полномочий закреплено в конституционных положениях. Вслед за нерешительностью составителей конституции в период с начала

стоянием редким и временным. Однако на практике конституционный учредитель сталкивается с проблемой определения способов ограничения чрезмерных чрезвычайных полномочий. Поэтому часто не существует реальных ограничений для осуществления чрезвычайных полномочий, а когда таковые имеются, они кажутся неэффективными, несмотря на усилия составителей конституции в этом направлении, усилия, следует подчеркнуть, во многом превосходящие усилия предыдущих конституционных учредителей.

Если бы эффективность конституционных норм оценивалась по количественному критерию, то, конечно же, положения восточноевропейских конституций, касающиеся исключительных полномочий, имели бы особое значение (были бы особенно важны? были бы особенно значимы?)¹⁶. Создатели конституции пытались ответить на многие вопросы, регулируя кризисные полномочия с единственной целью их ограничения: *когда и в каком случае следует говорить об исключительной ситуации, связанной с применением исключительных полномочий? Кто объявляет чрезвычайное положение? Кто продлевает и кто прекращает период действия чрезвычайного положения? Кто осуществляет исключительные полномочия? Какие конкретные полномочия входят в*

XX века до конца Второй мировой войны, в 1970-х годах возникло конституционное движение, начавшееся в Германии в 1968 г. (дебаты о пересмотре конституции в отношении исключительных полномочий оказались наиболее острыми и захватывающими), а затем развивавшееся в Греции в 1975-м, в Португалии в 1976-м и в Испании в 1978 г. Все конституции, разработанные в указанный период, содержат положения об исключительных полномочиях и, в то же время, придавая особое значение правам и свободам, они запрещают их ограничение в условиях чрезвычайного положения. Южноамериканское конституционное движение и, впоследствии, восточноевропейское конституционное движение конца XX в. также развиваются преимущественно в этом направлении.

¹⁶ Для данного исследования было рассмотрено около пятнадцати конституций, и для полноты картины мы подробно остановимся на их положениях, чтобы лучше понять, какие усилия предпринимались для того, чтобы «оформить» исключительные полномочия и закрепить гарантии прав. Так, Конституция Республики Болгария от 12 июля 1991 г. содержит 4 статьи, посвященные исключительным ситуациям (ст. 57-3, 64 пункт 2, 84 пункт 10, 11 и 12, 100 пункт 4 и 5), Конституция Эстонской Республики от 28 июня 1992 года содержит 11 статей по данному вопросу (ст. 34, 65 пункт 14 и 15, 78 пункт 17 и 18, 87 пункт 6, 104 пункт 16 и 17, 127 пункт 3, 128–131 и 161 пункт 2), Конституция Литовской Республики от 25 октября 1992 года – 9 (ст. 48 пункт 4, 67–20, 84–16 и 17, 85, 142–145 и 147 пункт 2), Конституция Республики Польша от 2 апреля 1997 г. – 7 (ст. 228–234 раздела XI о «чрезвычайных мерах»; конституционный закон о взаимоотношениях законодательной и исполнительной властей Республики Польши и о территориальном самоуправлении от 17 октября 1992 г., известный как «малая конституция», содержащий только три, менее определенные статьи), Конституция Венгерской Республики от 20 августа 1949 г., пересмотренная в период с 1984 по 1994 гг., – 9 (ст. 8-4, 19-3 h, I и j, 19a-1-4, 19b-1, 2, 4-6, 19c-1-5, 19d, 19e 1-3, 28a-1-3, 35-1 i, 35-3, 40 b-2), Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. – 7 (ч. 1-3 ст. 56, ч. 1-3 ст. 87, ст. 88, пп. б, в, г ст. 102, пп. д, е ст. 106, ч. 5 ст. 109, ч. 1, 2 ст. 135), Конституция Латвии от 15 февраля 1922 г. (вновь введенная в действие конституционным законом от 21 августа 1991 г.) – 5 (ст. 43, 44, 62, 67, 73 и 81), Конституция Республики Хорватия от 22 декабря 1990 г. – 7 (ст. 17, 76, 80 пункт 4, 100 пункт 3, 101, 105 пункт 1, 140 пункт 2), Конституция Албании от 21 октября 1998 г., принятая всенародным голосованием 22 ноября 1998 г. – 16 (9 «косвенных» статей – ст. 26, 66, 81, 84, 100–102, 151 и 177, а также 7 «прямых» статей в части 6 о «чрезвычайных мерах» – ст. 170–176), Конституция Республики Македонии от 15 ноября 2001 г. (с изменениями, внесенными 17 ноября 1991 г. после заключения Охридского мирного соглашения) – 9 (ст. 54 и 86 и ст. 122–128), Конституция Республики Румыния от 8 декабря 1991 г. – 9 (ст. 53-3, 60-1, 72-3e, 83-3, 89-3, 92-2 и 3, 93-1 и 2, 114-4 и 148-3), а Конституция Республики Словения от 23 декабря 1991 г. – 8 (ст. 16, 42 пункт 3, 81 пункт 2, 92, 103 пункт 3, 108, 116 пункт 2 и 124). Конституция Боснии и Герцеговины от 1 декабря 1995 г. не предусматривает по данному вопросу ничего конкретного. Конституция Словацкой Республики от 1 сентября 1992 г. содержит только одно положение на этот счет (статья 102-1 о Президенте), а Конституция Чешской Республики от 16 декабря 1992 г. предусматривает только состояние войны. Но две последние упомянутые конституции содержат важные положения об ограничении осуществления основных прав и свобод в целях защиты «общественной безопасности» или в случае «стихийных бедствий» (см. ниже вопрос об основных правах). Для анализа восьми из этих конституций (Болгарии, Чехии, Венгрии, Литвы, Польши, Румынии, Словакии и Словении) с точки зрения регулирования исключительных полномочий мы также отсылаем к работе В. Ганева [Ganev 1997, p. 585].

компетенцию данного субъекта? Если предполагается контроль, то *кто и как должен* его осуществлять, в частности, *в какой момент? Какие санкции* могут применяться в случае необходимости?

На эти вопросы составители конституции почти всегда отвечают, но почти никогда не дают гарантий, в частности потому, что принятые механизмы, несомненно, основаны на аналитической ошибке учредителей конституции: если конституционное положение направлено на предоставление гарантий прав и свобод или предотвращение зла, то необходимо определить не только масштабы этого зла, но также его происхождение и причину. Однако, сосредоточиваясь чаще всего на последствиях – особенно с точки зрения гарантий прав – и игнорируя причину, составители конституции не могут остановить «зло», порожденное чрезвычайным положением. Вся трудность заключается в том, что, регулируя осуществление исключительных полномочий, приходится сохранять их чрезвычайный, т. е. чрезмерный, характер. Детальный анализ механизмов, созданных творцами конституции, довольно легко выявляет значительные технические и логические недостатки в используемых средствах, многие из которых, однако, кажутся неизбежными (А). И, несомненно, более серьезно то, что проблема была поставлена крайне неудачно: мышление и логика, определяющие конституционализацию исключительных полномочий, явно неадекватны требованиям чрезвычайного положения (Б).

А. Технические и логические трудности процесса конституционализации исключительных полномочий

Лауреат Нобелевской премии по литературе Хосе Сарамаго в романе «Ясность», опубликованном во Франции в 2006 г., описывает воображаемую страну, где в ходе муниципальных столичных выборов 70 % бюллетеней остаются незаполненными. Премьер-министр отреагировал на это, немедленно распорядившись провести новые выборы, в результате которых количество незаполненных бюллетеней возрастает до 83 %. После долгих проволочек, экстренно созданное правительство в конечном итоге объявило чрезвычайное положение, затем осадное положение, прежде чем окончательно исчезнуть ночью. Этот невероятный роман помимо того, что он, по словам его автора, является «подрывным», имплицитно основан на неточности, возможно обусловленной неопределенностью чрезвычайного положения. Несмотря на свои высокие амбиции, восточноевропейские конституционные учредители не сумели преодолеть традиционные апории определения исключительной ситуации, равно как и не смогли добиться значительного прогресса в разграничении соответствующих полномочий ветвей власти, создаваемых в случае чрезвычайной ситуации.

1. Традиционные апории юридического определения чрезвычайного положения

Юридическое определение чрезвычайной ситуации, несомненно, представляет собой серьезную трудность при конституционализации чрезвычайного положения. *Речь идет об ответе на два типа вопросов: когда или по какому поводу следует говорить об исключительной ситуации, связанной с применением исключительных полномочий? на кого будут возложены исключительные полномочия?*¹⁷

Что такое исключительная ситуация? «Почти невозможно, – давно утверждал Пьер Шаль, – ввести в юридические рамки понятия “чрезвычайное” и “необходимость”» [Chasles 1912, p. 13]. Более того, это настолько сложно сделать, что иногда

¹⁷ Вопрос о том, *кто объявляет чрезвычайное положение*, рассматривается отдельно в той мере, в какой необходимо учитывать, что, с одной стороны, объявление исключительной ситуации уже является исключительным полномочием, а с другой стороны, по крайней мере теоретически, существование исключительной ситуации предшествует ее объявлению. Кроме того, представляется, что специфика объявления чрезвычайного положения обусловлена теми трудностями, которые оно порождает: если другие вопросы, по сути, приводят к апории, то вопрос об объявлении чрезвычайного положения, скорее, связан с несоответствием между амбициями составителей конституции и средствами, используемыми для их удовлетворения (см. пункт «Б» настоящей части).

считается, что исключительная ситуация не должна оцениваться отдельно от исключительных полномочий, а, наоборот, ее следует определять как то, во время чего реализуются исключительные полномочия. Это подразумевает, несмотря на усилия составителей конституции, что определение – даже точное – исключительной ситуации не в силах гарантировать ограничение применения исключительных полномочий, поскольку в конечном итоге все будет зависеть от оценки власти или властей, способных инициировать осуществление исключительных полномочий. Несмотря на разнообразие техник, нельзя утверждать, что усилия составителей конституции в плане контроля за исключительными полномочиями сосредоточились на вопросе определения исключительной ситуации. Казалось бы, невозможно точно определить ситуацию, реальный масштаб которой действительно трудно оценить.

Если некоторые конституции государств Восточной Европы и содержат довольно многочисленные положения в данной области¹⁸, то они предоставляют компетентным органам власти значительное пространство для маневра. Несмотря на значительный объем текста, в нем не всегда точно описывается исключительная ситуация, какой она могла бы быть. В конституции редко упоминается хотя бы один вариант чрезвычайного положения. Чаще всего составители конституций указывают на множественность ситуаций и прибегают к известным правовым категориям – которые они определяют или нет, – а также к ситуациям, которые они сами представляют как исключительные или, *a contrario*, как не относящиеся к таковым.

Таким образом используются, а иногда даже определяются понятия осадного положения¹⁹ или чрезвычайного положения²⁰, состояния боевой готовности²¹ или даже

¹⁸ Несмотря на то что конституции Болгарии, Румынии, Литвы, Словакии, Латвии и Эстонии достаточно определены в отношении других вопросов, касающихся исключительных полномочий, они не содержат конкретных положений относительно конституционного регулирования существенной сферы применения таких полномочий и не «квалифицируют» исключительную ситуацию (а Конституция Боснии просто не предусматривает какого-либо конкретного механизма для урегулирования кризисов).

¹⁹ Объявление осадного положения предусмотрено конституциями Латвии и Литвы «в случае, если государству угрожает иностранное вторжение или если произошли или угрожают произойти внутренние беспорядки, создающие угрозу общественному порядку» (ст. 62 Конституции Латвии), а также «в случае вооруженного нападения, угрожающего государственному суверенитету или территориальной целостности» (ст. 84 Конституции Литвы). В конституции Словении говорится об осадном положении в случае, если «существованию государства угрожает серьезная опасность общего характера» (ст. 92). Конституция Польши предусматривает введение осадного положения в случае внешней угрозы государству, вооруженной агрессии против Республики Польша или когда договорами предусмотрена совместная оборона от агрессии (ст. 229).

²⁰ Конституции Эстонии и Литвы предусматривают объявление чрезвычайного положения в случае «угрозы конституционному строю», а также в случае «стихийного бедствия или катастрофы», или для предотвращения «распространения инфекционных заболеваний» – Конституция Эстонии (ст. 129 и 87), и при возникновении «непосредственной угрозы конституционному строю или общественному порядку» – Конституция Литвы (ст. 144). Конституция Македонии определяет чрезвычайное положение как ситуацию, в которой «происходят значительные стихийные бедствия или эпидемии» (ст. 125 пункт 1), а Конституция Польши – как ситуацию, при которой «конституционный строй, безопасность граждан или общественный порядок находятся под угрозой» (ст. 230). Практически такая же формулировка содержится в статье 173 Конституции Албании.

²¹ Конституция Республики Македония (ст. 54 и 125): «в случае стихийных бедствий или эпидемий».

состояния войны²², пароксизма чрезвычайного положения²³. В дополнение к этим категориям, которые не обязательно относятся к точно определенной ситуации, в некоторых конституциях используются другие понятия, либо очень «размытые» и без их определения²⁴, либо, наоборот, более точные, но без их квалификации²⁵. Ряд конституций содержит перечисления²⁶, так что иногда можно поверить во «всеобъемлющий подход», позволяющий прибегать к исключительным полномочиям без каких-либо реальных ограничений.

Поскольку исключительные полномочия закреплены в конституции, представляется необходимым, с одной стороны, провести очень четкое различие между нормальными

²² Военное положение отчасти определяется в Конституции Эстонии, которая различает два случая: один – собственно объявление такого положения, другой – в случае вооруженной агрессии, направленной против Республики (ст. 65 и 15 и 78 и 18), соответственно предусмотрены две разные процедуры. Конституция Македонии также проводит различие между двумя состояниями войны: «когда непосредственная военная опасность нападения на Республику становится неизбежной» и/или «когда Республика подвергается нападению или ей объявляется война» (ст. 124). Состояние войны также определено в Конституции Македонии в статье 124: «Состояние войны объявляется, когда военная опасность немедленного нападения на республику становится неизбежной» либо «когда Республика подвергается нападению или ей объявляется война».

²³ «Малая» польская конституция 1992 г. использовала все эти категории, разграничив их: состояние войны (в случае «вооруженного нападения на Республику Польша») или случай «когда международными договорами предусмотрена обязанность совместной обороны от агрессии» (ст. 24, ч. 1); осадное положение (случай «внешней угрозы», ст. 36-1) и чрезвычайное положение (случаи угрозы «внутренней безопасности» Польши или «стихийного бедствия» – ст. 37-1). В Конституции 1997 г. говорится об «исключительных мерах» (раздел XI) в случае осадного, чрезвычайного или бедственного положения.

²⁴ Таким же образом, о «необходимости в демократическом обществе» (ст. 11 Конституции Эстонии, где, однако, мы не можем не провести связь со ст. 15 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и с прецедентным правом Европейского суда по правам человека). Упомянем также «острую необходимость» (ст. 62 Конституции Латвии) или, проще говоря, «исключительные обстоятельства» (ст. 48 Конституции Литвы). Наконец, Конституция Польши, хотя и определяет осадное и чрезвычайное положение, допускает провозглашение этих состояний, только «когда обычных конституционных средств недостаточно» (ст. 228).

²⁵ Например, Конституция Словакии, в ст. 102 которой говорится об «исключительном положении» (редкий термин в позитивном праве, поскольку он в большей степени является доктринальным), не определяет его, но в ст. 32 говорится о случаях «посягательства на демократический порядок осуществления основных прав и свобод человека», «деятельность конституционных органов» и невозможности «действенного применения правовых средств», когда необходимо последовательно санкционировать исключительное право граждан на сопротивление. В этом последнем смысле Словакия демонстрирует оригинальность, упоминая исключительную ситуацию, оправдывающую право граждан на сопротивление. Такая ситуация уже была рассмотрена Жозефом Бартелими и Полем Дюэзом в их «Трактате о конституционном праве» (1933) как один из двух случаев временного приостановления действия Конституции в случае необходимости: «Верховенство конституции в некоторых исключительных случаях приостанавливается: 1) в пользу правителей и против управляемых в случае необходимости; 2) в интересах управляемых и против тех, кто правит, посредством сопротивления угнетению» [Barthélémy, Duez 1933, p. 240].

²⁶ В Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. говорится о «защите основ конституционного строя», «доброй нравственности», «здоровье», «правах и законных интересах других лиц», «безопасности государства» (ч. 2 ст. 55). Конституция Чешской Республики допускает изменение обычной организации прав и полномочий в случае «стихийных бедствий», «катастроф» или «любой другой опасности, угрожающей жизни или имуществу», в «случаях необходимости защиты национальной безопасности», «поддержания общественного порядка», «интересов общественной безопасности и общественного порядка» (ст. 4-3, ст. 9-2в, ст. 14-3, ст. 16-4, ст. 17-4, ст. 17-4, ст. 19-2, ст. 20-2 и ст. 27-2 Постановления Президента Чешского национального совета от 16 декабря 1992 г. об утверждении Хартии прав и основных свобод как части чешского конституционного строя). В Конституции Хорватии также есть перечисление, в котором говорится о «прямых угрозах независимости и единству Республики», «стихийных бедствиях», «интересах и безопасности Республики, природы, окружающей среды и здоровья людей» и упоминается «ситуация, когда органы государственной власти не могут обеспечить регулярное выполнение функций, возложенных на них конституцией» (ст. 17, ст. 43, ч. 2, ст. 50, ч. 2, ст. 101, ст. 105, ч. 1 и ст. 105, ч. 1 и ст. 140, ч. 2).

и исключительными ситуациями²⁷, а с другой – определить в одном конституционном акте несколько типов исключительных ситуаций²⁸. Без этих различий конституционализация чрезвычайных полномочий представляется нежизнеспособной.

По крайней мере, если мы даже утверждаем, что вопрос возникает не на уровне конституционного определения исключительной ситуации²⁹, а на уровне гарантий, связанных с ее объявлением, то усилия по определению такой ситуации следует понимать как попытку легитимизировать и делегитимизировать использование исключительных полномочий. Если на первый взгляд объявление чрезвычайной ситуации окажется очень далеким от фактов, описанных в правиле, то возникнет подозрение в его незаконности³⁰.

Кто осуществляет исключительные полномочия? По-видимому, разработчики положений о чрезвычайной ситуации руководствовались идеей разделения властей, содержание которой меняется во время чрезвычайного положения, но сам принцип остается в качестве гарантии³¹. Однако, судя по всему, составители конституций не достигают своей цели в полной мере.

Представляется, что парламент плохо приспособлен к чрезвычайным ситуациям, как потому, что он не всегда может принимать решения быстро, так и потому, что он может принимать только общие, безличные и абстрактные решения. Таким образом, только исполнительная власть может быть обладателем исключительных полномочий. И действительно, конституции государств Восточной Европы следуют этой логике либо потому, что они ссылаются на закон, который регулирует осуществление исполнительной властью исключительных полномочий³², либо потому, что они сами регулируют их основные аспекты³³ или, наконец, потому, что они, похоже, игнорируют

²⁷ По этому поводу см.: [Gross 2003, с. 1070 и далее]. Изложение собственной конституционной модели, применимой к чрезвычайным ситуациям, см. в этой же статье (с. 1096 и далее).

²⁸ По этому вопросу см.: [Ackerman 2004, р. 1061].

²⁹ См. статью G. Tusseau, появившуюся в специальном выпуске RFDC [Tusseau 2009]: «На вопрос “что такое чрезвычайное положение в конституционном праве?” можно дать следующий ответ. Когда выражение “чрезвычайная ситуация” что-то обозначает, оно не обозначает какую-то точную реальность, которая была бы наделена каким-либо единством. Более того, возможно, что это выражение не означает ничего точного или даже вообще ничего».

³⁰ Что бы ни предполагалось отнести к правилу, очевидно, что используемая лексика позволяет увидеть, но не предотвратить вопиющее расхождение между намерением автора данного правила или его общепризнанной интерпретацией и тем, что заявляют лица об исключительной ситуации (в частности, в свою пользу). Это то, что мы называем здесь фактором легитимности использования правила. Также наблюдается стремление составителей конституции выявить искажение между текстом и его толкованием, что приводит к необходимости для конституционных органов сделать декларацию об исключительной ситуации «публичной».

³¹ Подчеркнуто В. Ганевым [Ganev 1997, р. 605].

³² Отсылка, которую можно объединить с одной из двух других возможностей. Таким образом, ссылка на закон об объявлении всеобщей мобилизации в Конституции Болгарии, ссылка на закон о чрезвычайном положении в конституциях Эстонии и Литвы, ссылка на закон об осадном положении в Конституции России, ссылка на законы об осадном и чрезвычайном положении в Конституции Венгрии, ссылка на закон об определении ограничений на осуществление прав и свобод, в частности «гарантирующих национальную безопасность, общественный порядок и мир» в Конституции Латвии, ссылка на закон, регулирующий чрезвычайное положение в Конституции Литвы, ссылка на закон о состоянии войны или чрезвычайного положения в конституциях Македонии и Румынии (органический закон), ссылка на закон о предмете, объеме и целях всех исключительных мер (осадное положение, чрезвычайное положение или положение стихийного бедствия) в Конституция Польши.

³³ Конституции Хорватии (ст. 101: «Президент Республики издает приказы, имеющие силу закона, и принимает исключительные меры в случае состояния войны или прямой угрозы независимости и единству Республики, а также когда публичные власти государства не в состоянии обеспечить регулярное выполнение функций, возложенных на них Конституцией. <...>», а также ст. 140, ч. 2, которая предусматривает случаи, когда именно «республиканские органы» компетентны принимать «все необходимые решения с целью сохранения суверенитета Республики Хорватия»), Конституция Венгрии (ст. 19b, которая наделяет компетенцией «совет национальной обороны», возглавляемый президентом, самого президента и правительство в случае стихийных бедствий или «ситуации об-

данный вопрос³⁴. Эта последняя гипотеза, кстати, может оказаться проблематичной в том случае, когда имеется несколько органов исполнительной власти, т. е., в частности, когда есть глава государства и глава правительства. Неочевидно, что именно тот, кто в обычном режиме осуществляет реальные полномочия, обладает и исключительными полномочиями тоже. В государствах с парламентской традицией, несомненно, именно правительство будет осуществлять исключительные полномочия, возможно, предоставленные парламентским решением, но глава государства также может осуществлять такие полномочия в случае очень серьезной ситуации, поскольку считается, что он воплощает в данный момент необходимое единство нации.

Среди различных рассмотренных моделей Конституция Венгрии отличается большой оригинальностью. Как и древняя модель Цинцинната, она предусматривает создание специального органа в случае чрезвычайной ситуации, в то время как другие конституции государств Восточной Европы ориентируются на обычные конституционные полномочия. Эта идея в некотором смысле хитроумна и основана на представлении о том, что власть, созданная в исключительном порядке и только для исключительных ситуаций, имеет основания существовать только в этих ситуациях. В традиционных моделях, напротив, риски присвоения власти были бы выше, поскольку, наделяя чрезмерными полномочиями те органы власти, которые остаются конституционными вне исключительной ситуации, следует прежде всего полагаться на их стремление к самоограничению. Поэтому венгерская альтернативная модель представляет наибольший интерес. Однако сама по себе она выглядит особенно неполной.

2. Недостаточный прогресс в разграничении исключительных полномочий

Учитывая как свой непосредственный опыт, так и свои амбиции, восточноевропейские страны должны были конституционно оформить исключительные полномочия таким образом, чтобы обеспечить серьезные гарантии против злоупотребления данными полномочиями. В этой связи представляется, что предлагаемые механизмы не демонстрируют какого-либо реального прогресса по сравнению с конституциями, уже принятыми в других странах. Таким образом, можно констатировать тот факт, что конституции государств Восточной Европы регулируют весьма незначительную сферу осуществления исключительных полномочий. Конечно, рассматриваемые основные законы предусматривают некоторые ограничения в использовании этих полномочий, но они в основном касаются роли учрежденных органов власти, не обладающих исключительными полномочиями и, таким образом, не направлены на обеспечение контроля или введение эффективных санкций против органа власти, обладающего исключительными полномочиями и принимающего соответствующие меры.

Какие именно полномочия входят в компетенцию обладателя исключительных полномочий? Положительным моментом является то, что конституции иногда определяют «цели», которые необходимо преследовать или достигать посредством введения чрезвычайного положения. Очевидно, их можно рассматривать только как символические ограничения, задача которых заключается в том, чтобы просто напомнить, что введение чрезвычайного положения разрешено с единственной целью – сохранить существующий правопорядок. Однако такая цель, в конечном итоге, довольно редко упоминается в положениях, касающихся создания органа или органов власти, обладающих исклю-

сительной опасности»), конституция Латвии (ст. 81, касаясь конкретной ситуации, когда Сейм не заседает, предусматривает, что «Кабинет министров имеет право в случае острой необходимости издавать постановления, которые имеют силу закона»), конституция Литвы (ст. 85 о Президенте Республики), конституция Македонии (ст. 126: «При введении военного или чрезвычайного положения правительство принимает в соответствии с Конституцией и законом декреты, имеющие силу закона»), конституция Румынии (особые случаи, помимо состояния войны, осадного положения и чрезвычайного положения; правительство может «в исключительных случаях» «издавать чрезвычайные распоряжения»).

³⁴ Конституции Болгарии, Эстонии, Российской Федерации, Польши, Чехии, Словакии, Словении и Боснии и Герцеговины.

чительными полномочиями³⁵. Чаще всего она включается – хотя это, на самом деле, очень важно – только в контекст обоснований ограничения прав и свобод³⁶. Иногда в Конституции упоминаются конкретные ситуации, как в основном законе Македонии, который в период чрезвычайного положения и в случае препятствий для проведения заседаний Собрания предоставляет Президенту Республики право назначать или отстранять от должности государственных служащих, за выбор которых обычно отвечает Собрание.

В негативном плане, помимо вопроса об основных правах, которые сами по себе рассматриваются как ограничивающие осуществление исключительных полномочий, ограничения в основном касаются конфигурации режима и полномочий конституционных институтов. В конституциях довольно часто встречаются два запрета: роспуска³⁷ и пересмотра³⁸. Запрет роспуска, как известно, легко обойти: достаточно объявить о нем непосредственно перед введением чрезвычайного положения. Именно по этой причине, наряду с самим запретом, часто создается механизм, предусматривающий немедленное заседание Парламента³⁹. Запрет пересмотра кажется трудным для обхода, по-

³⁵ Конституция Венгрии предусматривает, что «необходимые» меры, принимаемые правительством в соответствии со ст. 19e-1, должны приниматься «в целях защиты конституционного строя, безопасности жизни и собственности граждан, общественного порядка и общественной безопасности», и что меры, предусмотренные ст. 35-1, должны быть направлены на «остановку стихийных бедствий и их последствий, угрожающих жизни и безопасности имущества граждан, а также в интересах общественного порядка и безопасности».

³⁶ Таким образом Конституция Хорватии подчиняет ограничения свобод и прав целям защиты свобод и прав других лиц, правопорядка, общественной морали и здоровья (ст. 16). В Конституции Эстонии право на свободное передвижение может быть ограничено только в случаях и порядке, установленных законом «для защиты прав и свобод других лиц, в интересах национальной обороны... для предотвращения распространения заразной болезни, защиты окружающей среды, неоставления несовершеннолетнего или психически больного человека без опеки или гарантирования проведения судебного разбирательства» (ст. 34), а также, в более общем плане, во время чрезвычайного положения или в состоянии войны «права и свободы лиц могут быть ограничены и на них могут быть возложены обязанности в интересах национальной безопасности и общественного порядка» (ст. 130). В то же время Конституция России предусматривает, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом лишь в той мере, в какой это необходимо для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (ст. 55, ч. 3). Конституция Румынии в ст. 49 предусматривает ограничение свобод «в целях: защиты национальной безопасности, порядка, здоровья и нравственности населения, прав и свобод граждан; проведения расследования уголовного дела; предотвращения последствия стихийного бедствия или особо серьезной катастрофы». И, наконец, Конституция Словакии ограничивает в отношении ряда прав и свобод возможность их осуществления общественными интересами, защитой общественного здоровья и нравственности или даже причинами, касающимися национальной безопасности (ст. 21-3, 23-3, 24-4, 26-4 и 28-2). В ст. 17 Конституции Албании говорится об «общественных интересах», «защите основных прав» или «других» причинах, оправдывающих ограничения прав и свобод, но только на основании закона.

³⁷ Ст. 101 Конституции Хорватии, ст. 109, ч. 5 Конституции РФ, ст. 28a-1 Конституции Венгрии, которая предусматривает как роспуск, так и самороспуск, ст. 37-2 Конституции Польши, ст. 89-3 Конституции Румынии.

³⁸ Конституция Литвы (ст. 147, ч. 2), Конституция Албании (ст. 170-5). Конституция Эстонии рассматривает этот вопрос в целом, исключая во время чрезвычайного или военного положения возможность как инициировать пересмотр, так и принять его (ст. 117). Конституция Польши предусматривает, что «Конституция... не может быть изменена в период применения исключительных мер» (ст. 228). Мы можем упомянуть случай Боснии и Герцеговины, которая, хотя и не предусматривает каких-либо конкретных положений об исключительном положении, запрещает любой пересмотр с целью подавления или умаления основных прав и свобод, определенных в статье 2, и которая запрещает также пересмотр предыдущего запрета (ср. измененную ст. X).

³⁹ Конституция Венгрии является единственной, которая предусматривает случай роспуска собрания во время объявления чрезвычайного положения: в ст. 28a-3 указано, что распущенное национальное собрание «может» быть создано Президентом Республики в случае «состояния войны или военной опасности, или ситуации необходимости». Согласно этой гипотезе, «Национальное собрание само принимает решение о продлении своего мандата».

скольку он даже не допускает, по определению, своего собственного пересмотра. Если пересмотр этого запрета может произойти до введения чрезвычайного положения, тогда необходимо заручиться согласием Парламента, данным в торжественной обстановке: такой сценарий несложно представить при режиме, когда Парламент подчиняется исполнительной власти, но в меньшей степени он осуществим в условиях режима разделения и сотрудничества властей, даже с тенденцией президенциализма. Однако, как правило, именно такие режимы были установлены конституциями государств Восточной Европы, и практика не показала, что с этой точки зрения они потерпели полный крах. Приостановление действия Конституции, как альтернатива ее пересмотру, также иногда запрещается⁴⁰.

Помимо ограничений, определенные механизмы направлены на усиление гарантий режима, такие как, например, отсрочка заседания или продление срока полномочий Парламента и/или главы исполнительной власти, или даже местных органов власти⁴¹, или членов Конституционного суда или членов Высшего совета магистратуры⁴². В случае если парламент не заседает во время объявления чрезвычайного положения, ряд конституций предусматривает, что он собирается или созывается незамедлительно, в частности, для принятия решения о конституционности введения чрезвычайного положения⁴³. Другие конституции предусматривают, что никакие политические выборы не могут проводиться в такой ситуации, а выборные должностные лица сохраняют свои посты⁴⁴. Может быть даже предусмотрено, что законы, касающиеся выборов депутатов Парламента, главы исполнительной власти или даже местных органов власти, не могут быть изменены в период действия чрезвычайного положения⁴⁵. Проще говоря, иногда

⁴⁰ Ст. 19b-4 Конституции Венгрии, которая, к тому же, не запрещает пересмотра.

⁴¹ Продление мандата Национального собрания «в случае войны, осадного положения или иного чрезвычайного положения, возникшего во время или после истечения мандата», «до исчезновения этих обстоятельств» (пункт 2 статьи 64 Конституция Болгарии); продление мандата членов парламента по закону в случае войны (статья 76 Конституции Хорватии); продление полномочий Сейма, Президента и представительных собраний местных властей, «если они заканчиваются во время чрезвычайного положения или военного положения, либо в течение трех месяцев после окончания чрезвычайного положения» (ст. 131 Эстонского закона). Конституция, в которой также добавлено, что «в этом случае новые выборы проводятся в течение трех месяцев с момента окончания чрезвычайного положения»; продление мандата Национального собрания, если он истекает во время осадного или чрезвычайного положения, до прекращения этих ситуаций (ст. 28a-2 Конституции Венгрии); продление самим Национальным собранием своего мандата, если оно было распущено до объявления исключительной ситуации (и если оно поэтому не было переизбрано, ст. 28a-3 Конституции Венгрии); продление Президентом Республики мандата членов Сейма, Президента Республики и членов советов местного самоуправления (ст. 143 Конституции Литвы); продление, только в случае войны или чрезвычайного положения, мандата депутатов Ассамблеи, Президента Республики, Правительства, судей Конституционного Суда и членов Судебного Совета Республики (ст. 63, 4 и 128 Конституции Македонии); продление мандата Палаты депутатов, Сената, Президента Республики, местных органов власти в период применения исключительных мер и в течение 90 дней после их отмены (ст. 228 Конституции Польши).

⁴² Ст. 128 Конституции Македонии, упомянутая выше. Конституция Венгрии предусматривает, что «деятельность Конституционного суда не может быть ограничена даже во время осадного положения» (ст. 19b-6).

⁴³ Конституция Болгарии (ст. 100-5), Конституция Литвы (ст. 144, ч. 2); Конституция Румынии (ст. 92-3, 93-1 и 114-4). Следует отметить, что конституции Македонии, Словении и Хорватии не принимают таких мер предосторожности, дважды указывая, что Ассамблея вынесет решение по постановлению исполнительной власти, касающегося чрезвычайного положения, как только она будет «в состоянии собраться» (ст. 124 ч. 3 и 125 ч. 4 Конституции Македонии, статья 92 Конституции Словении и ст. 101 ч. 2 Конституции Хорватии).

⁴⁴ Конституция Эстонии (ст. 131 о выборах в законодательные, президентские и местные представительные собрания), Конституция Литвы (ст. 143 о выборах в законодательные, президентские и общественные советы: если очередные выборы будут проведены во время объявления состояния войны, Президент Республики принимает решение о продлении этих мандатов, и выборы должны быть организованы не позднее, чем через три месяца после окончания войны).

⁴⁵ Ст. 228 Конституции Польши, ст. 107-5 Конституции Албании.

предусматриваются «информационные» механизмы, особенно когда исполнительная власть единолично объявляет о введении чрезвычайного положения⁴⁶.

Если мы сможем провести исследование внутренней ценности каждого из положений, включенных в Конституцию, то такой анализ никогда не приведет к одновременному определению возможности их соблюдения или нарушения. Таким образом мы признаем принцип, согласно которому при предполагаемом отсутствии реального и обязательно эффективного контроля, осуществляемого третьей стороной, и без механизмов санкций все ограничения, предусмотренные Конституцией, имеют, особенно в вопросе о чрезвычайном положении, лишь ориентировочное значение.

Если контроль есть, то кто и как должен его осуществлять и в какое именно время? Какие санкции могут быть применены при необходимости? Могут существовать три типа контроля: парламентский контроль, судебный контроль и народный контроль.

Что касается парламентского контроля, то он может осуществляться в отношении мер, принимаемых исполнительной властью, но для его эффективности должно быть соблюдено несколько условий: чтобы парламент смог собраться; чтобы Конституция предусматривала такой контроль; и чтобы он осуществлялся незамедлительно. Ни одна конституция не обеспечивает совокупной эффективности по всем трем вопросам, некоторые – вообще ни по одному из них⁴⁷, большинство – по некоторым⁴⁸, особенно по вопросу о существовании контроля⁴⁹, который, к сожалению, почти всегда осуществляется слишком поздно⁵⁰.

Что касается судебного контроля, то ни одна конституция конкретно его не предусматривает. Означает ли это, что он исключен? Можно рассуждать об этом, исходя из вопроса о конституционных судах, и распространить это рассуждение на другие юрисдикции. Действительно, можно удивляться тому, что, хотя конституции государств Восточной Европы, предусматривают учреждение конституционных судов, эти суды недостаточно защищены во время кризиса, и об их роли в чрезвычайных ситуациях даже не упоминается⁵¹. Отсутствие положений по данному вопросу означает, что невозможность функционирования Конституционного суда в силу сложившихся обстоятельств не обязательно должна быть полностью устранена конкретными мерами. За исключением Македонии, нигде конституция не предусматривает возможности продления срока полномочий членов Конституционного суда, а также обязанности инфор-

⁴⁶ Конституции Российской Федерации (ст. 87, ч. 2, 88), Венгрии (ст. 19e-2) и Латвии (ст. 62).

⁴⁷ Конституции Эстонии и Польши.

⁴⁸ Предусматривается, что лишь парламент может объявлять чрезвычайное положение: в Болгарии, Эстонии, Венгрии, Чехии и Словакии. В случаях, когда исполнительная власть может быть обязана объявить чрезвычайное положение, не все конституции предусматривают механизмы автоматического созыва парламента в случае чрезвычайного положения, объявленного исполнительной властью (конституции Хорватии, Эстонии, Литвы и Польши). Следует отметить, что Конституция Литвы предусматривает, что решение об объявлении чрезвычайного положения – исключительно в случае вооруженного нападения, – принимаемое Президентом Республики, подлежит утверждению Парламентом «на следующей сессии, то есть, возможно, очень поздно и, следовательно, слишком поздно» (ст. 84-17). Тот же принцип, по существу, заложен в Конституции Македонии в отношении состояния войны (ст. 124) и чрезвычайного положения (ст. 125), а также в Конституции Словении (ст. 92).

⁴⁹ Ст. 19c-3 Конституции Венгрии устанавливает парламентский контроль за всеми мерами, принимаемыми Президентом Республики, без промедления, за исключением «факта препятствия» (контроль тогда осуществляется Советом национальной обороны... под председательством Президента Республики).

⁵⁰ Конституция Румынии является единственной конституцией, предусматривающей крайний срок, по истечении которого президент должен представить свое иницилирующее решение на утверждение парламента: этот срок установлен в 5 дней (ст. 92-2 и 93-1), но он не предусматривает парламентского контроля за принимаемыми мерами.

⁵¹ Только две конституции упоминают об этом: Конституция Македонии, которая предусматривает продление мандата конституционных судей на время состояния войны или чрезвычайного положения (ст. 128), и Конституция Венгрии, которая прямо накладывает запрет на ограничение деятельности Конституционного суда «даже во время осадного положения» (ст. 19a-6).

мировать Конституционный суд о введении чрезвычайного положения⁵², и даже мер, которые необходимо принять в таком случае. Не говоря уже о каком-либо контроле за применением этих мер после восстановления обычного конституционного порядка, если он, конечно, будет восстановлен. Однако Конституция Польши (ст. 228) предусматривает, что закон должен устанавливать ответственность и режим компенсации в случае причинения вреда чрезвычайными мерами. Это единственная конституция, которая непосредственно регулирует данный вопрос.

Наконец, что касается народного контроля, никакого конкретного механизма⁵³ не предусмотрено, но некоторые конституции откладывают проведение политических выборов в случае чрезвычайного положения⁵⁴, тем самым исключая возможность для народа выражать свои взгляды в эти периоды. И наоборот, можно было опасаться, что референдум будет использоваться только как инструмент плебисцита в пользу исполнительной власти, и он иногда даже запрещается в периоды чрезвычайного положения⁵⁵.

Принятые таким образом решения чаще всего позволяют избежать непосредственного контроля над осуществлением властных полномочий, за исключением, с некоторыми нюансами, контроля со стороны национального представительства. Как следствие, обладатель исключительных полномочий наделяется практически безграничной властью. Анализ положений, включенных в конституции государств Восточной Европы, к сожалению, не позволяет прийти к иному выводу и не свидетельствует о каком-либо реальном технико-юридическом прогрессе в этом вопросе.

Б. Юридическая и практическая неадекватность логики исключительных полномочий

Любой, кто интересуется вопросом об исключительных полномочиях, быстро сталкивается с проблемой введения чрезвычайного положения. Однако из всех вопросов, которые восточноевропейским составителям конституций пришлось решать в отношении исключительных полномочий, наименее проработанным представляется вопрос об инициативе введения чрезвычайного положения. Конечно, существует проблема отсутствия контроля, организованного или незапланированного. Но существует и проблема адаптации предусмотренного механизма к возникающей ситуации: с этой точки зрения логика составителей конституции оказывается плохо приспособленной к феномену исключительной ситуации. Более того, закрепление в конституциях государств Восточной Европы положений об исключительных полномочиях не обязательно дополняется указаниями на соответствующие конституционные механизмы или даже вообще никогда не дополняется таковыми.

1. Неудавшиеся честолюбивые замыслы конституционного права по поводу чрезвычайного положения

Повсеместная конституционализация исключительных полномочий в странах Восточной Европы в конце XX века, похоже, внесла некоторые изменения в традиционную номенклатуру чрезвычайных положений, по крайней мере с точки зрения объявления чрезвычайного положения. Согласно конституциям, правила, касающиеся юридического объявления чрезвычайного положения, приводят к тому, что приоритет отдается

⁵² За исключением, имплицитно, Конституции Венгрии, поскольку Председатель Конституционного суда может быть обязан вынести решение по существу чрезвычайного положения (ст. 19а-3, упомянутая выше).

⁵³ Однако упомянем ст. 32 Конституции Словакии, которая предусматривает, что «если деятельность конституционных органов и действенное применение правовых средств становятся невозможными, граждане имеют право противостоять любому, кто совершает разрушение демократического режима, прав человека и основных свобод, указанных в настоящей Конституции».

⁵⁴ См. примечание 42.

⁵⁵ См. ст. 170-6 Конституции Албании и российский эпизод 1991 г., упомянутый далее в примечании 70.

либо парламенту, либо исполнительной власти. Однако до сих пор можно было скорее утверждать, что включение в конституции положений об исключительных полномочиях почти всегда осуществлялось в интересах исполнительной власти⁵⁶, причем законодательная власть сохраняла свою роль, в основном, там, где нет писаной конституции, или там, где она существует, но ничего не предусматривает по данному вопросу. Однако в рассмотренных нами конституциях парламентская модель объявления чрезвычайного положения является наиболее распространенной, а президентская модель встречается реже⁵⁷. В обоих случаях перформативный характер такого объявления приводит к принципиальной невозможности гарантировать, что факты, послужившие основанием для объявления чрезвычайного положения, действительно подпадают под действие конституционной нормы.

Когда приоритет предоставляется Парламенту⁵⁸, это означает, что он не будет осуществлять исключительные полномочия. Именно он санкционирует использование таких полномочий, что позволяет, по мнению составителей конституции, надежнее гарантировать оправданный с точки зрения конституционных требований характер объявления чрезвычайного положения. Конституция Македонии оригинальна в этом отношении, поскольку по поводу состояния боевой готовности в ней предусмотрено, что собрание «констатирует» данное состояние⁵⁹.

Парламентская декларация как гарантийный инструмент против необоснованного объявления чрезвычайного положения⁶⁰ не представляется в полной мере эффективной. Конечно, само не осуществляя в этом случае власти, национальное представительство проведет более тщательный анализ ситуации, чем если бы на его месте оказалась исполнительная власть, но ничто этого явно не гарантирует. Вместе с тем модель парламентской декларации может быть зарезервирована только для определенных случаев: действительно, большинство конституций предусматривает ситуацию, когда парламент не может собраться, чтобы санкционировать введение чрезвычайного положения⁶¹. Также в большинстве случаев ожидается, что парламентское одобрение должно быть получено *a posteriori*. Однако удивительно то, что ни одна конституция не предусмотрела правовых последствий возможного отсутствия последующего одобрения парламента. Действительно, парламентское одобрение *a posteriori*, позволяя контролировать осуществление исключительных полномочий, в то же время обеспечивает своего рода ретроактивную проверку. Но в случае неодобрения, и в отношении

⁵⁶ См. в этом смысле прим. [Ferejohn, Pasquino 2004, p. 210].

⁵⁷ См. в этом смысле: [Ganev 1997, с. 587 и далее].

⁵⁸ Так обстоит дело с большинством изученных конституций, за исключением случаев Эстонии, Польши, Болгарии и Словакии.

⁵⁹ По предложению Президента Республики, правительства или тридцати депутатов по меньшей мере. Впрочем, не эта формула «констатации» состояния войны употребляется той же самой конституцией (ст. 124 говорит о провозглашении).

⁶⁰ Парламентская модель объявления чрезвычайного положения возникла, чтобы компенсировать принцип Дайси: несмотря на высшее положение британского парламента в правовой системе, утверждал он, у него нет конституционных полномочий объявлять чрезвычайное положение [Dicey 1959, p. 287].

⁶¹ Таким образом, Конституция Словении предусматривает, что осадное или военное положение объявляется Национальным собранием (однопалатным) по предложению правительства (ст. 92-1). Но когда Ассамблея не может собраться, Президент Республики имеет право объявить чрезвычайное положение, причем это решение должно быть впоследствии представлено Ассамблее, как только она сможет собраться. То же самое относится и к ст. 125 Конституции Македонии или даже к Конституции Румынии, которая в этом вопросе содержит множество мер предосторожности на случай, если президент объявит об исключительной ситуации. В ряде случаев, если он не смог получить предварительное разрешение Парламента, он должен представить ему свое решение в течение максимум 5 дней (ст. 92-2 и 93-1). Парламент, если он не заседает, созывается по закону в течение 24 часов после вооруженного нападения, повлекшего за собой президентские меры по его отражению (ст. 92-3), или в течение 48 часов после введения осадного или чрезвычайного положения и на протяжении всего их срока (ст. 93-2).

мер, иногда влияющих на организацию государственной власти в исключительные периоды, их ретроактивный пересмотр представляется невозможным, особенно когда, в конечном итоге, они позволили восстановить нормальное функционирование органов публичной власти⁶², что служит окончательным оправданием осуществления исключительных полномочий.

В тех случаях, когда приоритет при объявлении чрезвычайного положения отдается исполнительной власти, предполагается, что гарантий от необоснованного введения чрезвычайного положения окажется еще меньше, чем в предыдущей модели. Так, некоторые конституции предоставляют главе исполнительной власти право объявить осадное и чрезвычайное положение⁶³, и даже военное положение⁶⁴. Однако во всех этих случаях, за исключением России, предусматривается вмешательство Парламента⁶⁵, *a posteriori* или *a priori*⁶⁶. Но, как уже отмечалось, это слабый барьер, если, с одной стороны, Парламент не может собраться, а с другой стороны, если не предусматривается никаких юридических последствий в случае последующего неодобрения или порицания.

В соответствии с вопросом, касающимся полномочий по введению чрезвычайного положения, необходимо также рассмотреть механизмы, используемые для ограничения продолжительности исключительной ситуации: кто продлевает, а кто прекращает чрезвычайное положение? Очевидно, составители конституций затруднились ответить на этот вопрос. Если крайний срок, продолжительность или временные пределы чрезвычайного положения не указаны, то данный вопрос решается исключительно по усмотрению компетентных органов законодательной и/или исполнительной власти. Но, в большей или меньшей степени, результат будет одним и тем же при наличии соответствующих положений. Законы, в которых упоминается «срок», в течение которого исключительная ситуация может оправдать применение исключительных полномочий, не составляют большинства, но и не выступают уникальным явлением. Когда указы-

⁶² Однако Конституция Албании предусматривает обратную силу временных законодательных актов, принятых правительством в случаях необходимости или чрезвычайности, если эти акты, немедленно представленные на рассмотрение собрания, не одобрены им (ст. 101). Мы думаем здесь и по аналогии с постановлением 1944 г., известным как «восстановление республиканской законности», которое сравнимо с санкцией использования полных полномочий, но также и с решением о предоставлении полных полномочий... Санкция здесь не является чисто символической, поскольку периоду, начавшемуся 10 июля 1940 г., отказано в каком-либо правовом характере. К сожалению, незаконность не означает материального несуществования; она может вызвать такую ситуацию, когда была объявлена *a priori*.

⁶³ Так же обстоит дело с Конституцией Польши (но при условии одобрения или неодобрения парламентом постановления о провозглашении осадного или чрезвычайного положения, постановления, которое должно быть представлено парламенту в течение 48 часов с момента его подписания, ст. 231). Конституция Польши также предусматривает в ст. 232, что Совет министров «может объявить на определенный срок, но не более 30 дней, чрезвычайное положение» с целью предотвращения последствий стихийных бедствий или техногенных катастроф. Конституция Литвы оригинальна, поскольку предусматривает, что и единое собрание – Сейм, – и Президент Республики правомочны устанавливать военное и чрезвычайное положение: это планируется в случае, если Президент примет решение о такой возможности, это решение и последующие решения будут представлены Сейму на сессии, следующей за их принятием (или во время внеочередной сессии, созванной для этого между сессиями), который должен их утвердить или отменить.

⁶⁴ В действительности Конституция Эстонии отличает «объявление войны», подпадающее под компетенцию единственной палаты (Рийгикогу), от «объявления состояния войны» в случае вооруженной агрессии, которое подпадает под компетенцию Президента Республики.

⁶⁵ Например, Конституция Словакии предусматривает, что Президент объявляет войну на основании решения Национального совета Республики и объявляет чрезвычайное положение на основании конституционного закона. С другой стороны, Конституция России предусматривает, что Президент объявляет военное положение и вводит чрезвычайное положение, причем его единственной обязанностью является информирование двух палат (Совета Федерации и Думы), которые не могут осуществлять контроль над этими решениями (ст. 87-2 и 88).

⁶⁶ В этом отношении Конституция Румынии содержит множество предосторожностей.

вается крайний срок⁶⁷, одновременно предусматривается механизм продления. Однако если это не так, то первоначально установленный срок не следует рассматривать как «твердый» максимальный срок. Продление, конечно, прямо не упоминается, но, с одной стороны, оно не исключается, а с другой стороны, компетентным органам власти достаточно, например, объявить новое чрезвычайное положение⁶⁸. Необходимо четкое положение в Конституции, исключающее такую возможность, как это было в первой польской «малой конституции»⁶⁹. Отметим, что ни одна конституция не предусматривает проведения всенародного референдума по данному вопросу⁷⁰, а некоторые конституции даже прямо запрещают его, что не исключает сомнений в случае других конституций, *a contrario*. Статья 73 Конституции Латвии гласит, что «на референдум не могут быть вынесены: <...> объявление войны и начало военных действий, заключение мира, объявление и прекращение осадного положения, мобилизация и демобилизация <...>». Следует ли считать, что другие конституции, не исключая такой возможности, косвенно допускают ее? Действительно, проведение референдума можно рассматривать как инструмент вынесения декларации об исключительной ситуации (или декларации о ее окончании) на одобрение народа. И все же нет ничего менее определенного: периоды волнений или беспорядков или даже просто стихийных бедствий могут помешать организации референдума в хороших условиях – либо материальных (например, отсутствие у значительного количества людей возможности проголосовать), либо политических (например, отсутствие плюрализма). Таким образом, референдум может представлять собой замаскированное средство принятия произвольного решения. Несмотря на этот

⁶⁷ Конституция Эстонии, которая предусматривает исключительное положение только как состояние войны и чрезвычайное положение, в ст. 129 указывает, что последнее провозглашается парламентом только на срок менее трех месяцев. Конституция Литвы также определяет срок действия чрезвычайного положения, «который не может превышать шести месяцев» (ст. 144). В Конституции Албании этот срок первоначально составляет 30 дней с возможностью продления, но в целом не превышает 90 дней (ст. 73). В той же конституции также указана продолжительность состояния стихийного бедствия в 30 дней, но которая может продлеваться без ограничений (ст. 174). Конституция Македонии предусматривает, что период состояния повышенной готовности составляет «максимум тридцать дней» (ст. 125). Наконец, мы должны упомянуть Конституцию Венгрии, единственную, которая предусматривает крайние сроки для некоторых мер, принимаемых во время исключительной ситуации, то есть чрезвычайного положения: исключительные меры, введенные указом президента, остаются в силе в течение 30 дней, если только они не будут продлены Национальной ассамблеей или Комиссией национальной обороны в случае препятствий собрать ассамблею (ст. 19с-4).

⁶⁸ Это также, по-видимому, является следствием таких формулировок, как ст. 125, ч. 3 Конституции Македонии: «Решение о введении чрезвычайного положения принимается большинством в две трети голосов от общего числа депутатов и действует в течение максимум тридцати дней». Это значит, что другое решение по этому же вопросу можно принять сразу, срок действия также составляет 30 дней.

⁶⁹ Малая Конституция Польши наделяла президента значительными полномочиями по введению чрезвычайного положения, но одновременно намеревалась их ограничить. Так, в ст. 37-1 предусмотрено, что, с одной стороны, «Президент может вводить на определенный срок, менее трех месяцев, чрезвычайное положение», а с другой стороны, что «продление чрезвычайного положения может иметь место только один раз, на срок менее трех месяцев и с согласия Сейма». Конституция 1997 г. теперь указывает, что Президент Республики может объявить чрезвычайное положение максимум на 90 дней, причем продление может быть утверждено Сеймом только один раз на максимальный срок в 60 дней (ст. 230).

⁷⁰ Конституция Албании не допускает этого даже в исключительные периоды (ст. 170-6). Причину такого исключения можно объяснить, в частности, воспоминанием об эпизоде в бывшем СССР. Президент, избранный всеобщим голосованием в 1991 г., и съезд народных депутатов России, избранный в 1990 году, выступили против вопроса о чрезвычайных полномочиях. В марте 1993 г. тот же съезд выступил против Б. Ельцина, который хотел организовать референдум о продлении его исключительных полномочий. Б. Ельцин посредством своих исключительных полномочий и в ожидании референдума своим указом установил президентский режим и назначил правительство. Этот «конституционный переворот» был окончательно ратифицирован 58 % поданных голосов 12 декабря 1993 г. Б. Ельцин разработал проект новой конституции, против которого выступил парламент. Остальное, особенно в его военных аспектах, теперь известно.

факт, все же необходимо поставить под сомнение возможность срочного проведения референдума, даже когда все условия могут быть выполнены.

Наряду с двумя моделями объявления чрезвычайного положения, предусмотренными почти во всех рассмотренных конституциях, существуют альтернативные модели, которые в целом дополняют первые две. Эти альтернативные модели связаны с двумя разными идеями: сотрудничеством властей в исключительные периоды и градацией чрезвычайных ситуаций.

Сотрудничество властей. Оно вытекает из двух конституций: Конституции Хорватии и Конституции Боснии, которые содержат сопоставимые положения. Они предусматривают механизм, применимый к ситуациям, в которых компетентны либо парламент, либо исполнительная власть: статья 140, пункт 2, гласит, что «в случае посягательства на территориальную целостность Республики Хорватия, если она была поставлена в неравное положение внутри Федерации или если ее интересы оказались под угрозой из-за любого действия или инициативы, исходящей от федерального органа или органа другой республики или провинции, входящей в состав федерации, республиканские органы будут принимать все необходимые решения с целью сохранения суверенитета Республики Хорватия, закрепленного в настоящей Конституции»⁷¹. Предполагается, что обращение к понятию «республиканские органы» представляет собой защитную меру от обращения к власти, которая является спасительной, но выходит за рамки конституционно-правовой системы. Вместе с тем, поскольку также отсутствует четкое разграничение предоставляемых в данном случае полномочий («все необходимые решения»), такое конституционное положение наделяет практически неограниченными полномочиями, несмотря на то что другие положения более точно регулируют отдельные исключительные ситуации.

Градация исключительных ситуаций. Довольно часто случается, что исходя именно из серьезности ситуации определяется орган, компетентный объявлять чрезвычайное положение, и в этом случае такой иницилирующий орган отделяется от органа, осуществляющего исключительные полномочия (см. [Petot 1964, p. 147–148]), даже если это решение, в конечном счете, далеко от того, чтобы быть мажоритарным. Весьма удивительно, что законы часто предусматривают градацию ситуаций, основанную на неточных критериях, что приводит к увеличению или уменьшению гарантий, связанных с объявлением чрезвычайного положения. Какое это могло иметь значение, если оказалось, что определение исключительной ситуации посредством нормы не выполняет возложенной на него задачи? Как правило, исключительные ситуации, которые считаются наиболее «серьезными», предполагают участие парламента в их квалификациях, например таких, как военное положение, возможно, осадное положение и чрезвычайное положение⁷². С этой точки зрения ситуации, которые считаются менее важными, могут относиться к компетенции исполнительной власти. Согласно венгерской Конституции, именно в случае «ситуации общественной опасности» правительство может без предварительного официального заявления принять необходимые меры, а иногда даже отступить от закона, однако с разрешения Государственного собрания, одобренного большинством в две трети голосов депутатов (ст. 35-3)⁷³. Согласно Конституции

⁷¹ Весьма похожее положение содержится в статье III.5 Конституции Боснии и Герцеговины.

⁷² Конституция Венгрии предусматривает компетенцию Национального собрания в трех ситуациях, за исключением случаев импичмента, когда компетентен Президент Республики. Необходимо также указать на барьер, который Конституция Словакии стремилась установить против необдуманного объявления чрезвычайного положения, требуя, чтобы оно провозглашалось на основе «конституционного» закона (ст. 102), предполагающего, следовательно, принятие настоящего закона в особом и торжественном порядке. Конституция Албании оставляет за законодателем право объявлять чрезвычайное положение (ст. 81 и 151).

⁷³ В то время как, с другой стороны, венгерская Конституция устанавливает в некотором смысле монополию на объявление чрезвычайного положения в интересах Государственного собрания и с избыточной детализацией указывает случаи, в которых этому можно было бы воспрепятствовать, тем самым прокладывая путь для исполнительной власти, при условии проведения последующего

Румынии правительство может в «исключительных случаях» принимать чрезвычайные постановления⁷⁴. Положения такого типа иллюстрируют один из парадоксов ограничения исключительных полномочий: существует определенная логика в организации исключительных полномочий, основанных на серьезности ситуации, и в обеспечении того, чтобы наиболее серьезные ситуации не могли избежать контроля со стороны национального представительства. Однако эта логика подразумевает, что контроль над объявлением чрезвычайного положения менее важен в тех случаях, когда вопрос относится к компетенции исполнительной власти, поскольку ситуация считается менее серьезной... реальность, в которой составитель конституции не может быть достаточно уверен. И можно даже сказать, что хотя ситуации, относящиеся к компетенции исполнительной власти, менее серьезны, они потенциально более часты, но всегда неконтролируемы. Эта идея укладывается в логику легализации исключительных полномочий. Если мы считаем, что «необходимо, чтобы даже кризисные ситуации регулировались правовыми нормами» [Robert 1990, p. 752], то кажется нелогичным устанавливать одни правила для обычных времен, другие – для очень серьезных и исключительных ситуаций, игнорируя при этом многие промежуточные ситуации. Очевидно отсутствие осмысления этого вопроса, несомненно, как со стороны доктрины, так и со стороны составителей конституций, что приводит к логическим ошибкам.

Поэтому эффективных ограничений не существует, несмотря на усилия, предпринимаемые составителями конституций в этом направлении, причем более серьезные, чем усилия предыдущих *творцов* конституции. По крайней мере, конституционная формулировка этих ограничений имеет одно преимущество: она делает поведение, противоречащее конституционной законности, более «видимым» и, следовательно, в современной теории позволяет заподозрить его в нелегитимности. Конечно, придется пройти через вектор интерпретации, но будет положено начало дискуссии.

2. Предварительная законность или спонтанная законность исключительных полномочий: нерешенный вопрос

Восточноевропейской конституционной весне 1990-х годов очень часто непосредственно предшествовали периоды чрезвычайного положения, и все они прекратились после обнародования новых конституций⁷⁵. Представляется, что именно в то время чрезвычайное положение было сугубо временной и переходной формой осуществления власти, идущей определенным образом вразрез с зародившимся тогда же представлением о постоянном чрезвычайном положении⁷⁶. Составители конституций, однако, не намеревались оставлять поведение политических акторов на их усмотрение, поскольку они должны подчиняться требованиям закона и конституционным положениям. В отношении этого начинания мы уже, практически, можем констатировать провал, поскольку предусмотренные механизмы в большей или меньшей степени игнорируются, а предпочтение отдается другим, не запланированным, механизмам из-за непригодности первых.

утверждения, в котором также будут участвовать премьер-министр и председатель Конституционного суда (ст. 19а-3).

⁷⁴ Эти положения вступят в силу только после их представления на утверждение Парламенту, который в таком случае созывается вне сессии автоматически. Пока парламент не принял решения, похоже, эти распоряжения остаются в силе. Мы также сошлемся на Конституцию Латвии, которая предусматривает, что Кабинет министров может в «случаях острой необходимости» издавать постановления, имеющие силу закона, в перерывах между сессиями, или Конституцию Албании, которая наделяет правительство властью «в случае необходимости или чрезвычайной ситуации принимать акты, имеющие силу закона, при условии, однако, немедленного одобрения собрания» (ст. 101).

⁷⁵ Независимо от того, является ли конституционный текст совершенно новым, или он является результатом глубокой переработки старого действовавшего текста, или даже конституции, действовавшей до сателлитизации страны Советским Союзом.

⁷⁶ Самый известный его представитель сегодня – итальянец Джорджио Агамбен (см. его последнюю работу, посвященную этому вопросу: [Agamben 2003]).

Далее напрашивается двоякий вывод: за исключением очень редких случаев, и конечно, исключая случай военного положения, не было примеров обращения для решения особо сложных ситуаций к полномочиям, закрепленным в Конституции. Введение осадного, а иногда и чрезвычайного положения в основном применялось только для борьбы со стихийными природными катастрофами⁷⁷. Однако в то же время многие представители исполнительной власти получили от парламента разрешение на использование исключительных полномочий в конкретных областях, и в частности в экономической сфере, что чаще всего выходило за рамки Конституции. Это означает, что исключительные полномочия в общепринятом смысле слова, ограниченные всеми конституциями, не использовались, вероятно, по той простой причине, что не было необходимости их применять. Однако можно ли утверждать, что их конституционализация была ненужной? Требуется ответ в несколько этапов.

Во-первых, тот факт, что закон оказался неэффективным в прошлом, не означает, что он обязательно окажется таковым же в будущем. Во-вторых, даже если считается, что не было необходимости вводить чрезвычайное конституционное положение, это не означает, что его нельзя было бы ввести при отсутствии Конституции. Вполне возможно, что Конституция, распределив властные полномочия, успешно сыграла свою роль сдерживающего фактора. Однако по логике вещей невозможно утверждать это с уверенностью, и здесь обнаруживается один из пределов конституционного рационализма. Наконец, в-третьих, именно существование этих ограничений могло побудить политических акторов использовать другие средства, такие как обсуждение парламентом вопроса об исключительных полномочиях, которое позволяет исполнительной власти заменять себя парламентом, иногда в течение длительных периодов времени, но только в определенных областях. Таким образом, конституционализация исключительных полномочий не станет препятствием для сохранения в той же правовой системе их законодательной модели. Более того, именно данная модель сегодня рассматривается как способствующая установлению постоянных чрезвычайных положений, независимо от существования конкретных конституционных механизмов. Опыт государств Восточной Европы необходимо сравнивать с другим опытом. Следует отметить, что использование исключительных конституционных полномочий гораздо чаще встречается в так называемых «хрупких» демократиях, распространенных в странах Латинской Америки, Африки и Южной Азии. С другой стороны, опыт так называемых развитых демократий противоположен: среди них только Франция прибегала к исключительным конституционным полномочиям. Германия, Италия, Испания, Великобритания и США предпочли решать некоторые «исключительные» трудности, такие как терроризм, путем делегирования через законодательство полномочий исполнительной власти, за пределами более или менее четких конституционных положений, касающихся чрезвычайного положения.

Простая аналогия с восточноевропейским опытом может привести к выводу, что новые демократии вошли в лагерь так называемых развитых демократий, но, возможно, на данном этапе такой вывод оказался бы преждевременным. С другой стороны, можно сделать некоторые замечания по поводу конституционализации исключительных полномочий в свете опыта развитых демократий и восточноевропейского опыта конца XX – начала XXI в. Процесс конституционализации сам по себе не выглядит неэффективным. В каком-то смысле даже наоборот, поскольку чрезвычайное положение не объявляется, а соответствующие правовые положения обходят, потому что они имеют конституционную силу. Но такая процедура оказывается неподходящей для тех обстоятельств, о которых говорят политики. Не поддаваясь обольщению, можно сказать, что здесь не столько применяется стратегия обхода, сколько включается ощущение неадекватности механизмов, предусмотренных на случай «бедствий», которые влияют

⁷⁷ Например, в декабре 1996 г., когда заморозки, наступившие в Европе, вынудили некоторые страны объявить чрезвычайное положение, или в апреле 2006 г., когда сильные наводнения вынудили Чешскую Республику ввести чрезвычайное положение.

или могут повлиять на режим. В связи с этим некоторые авторы, такие как Б. Аскерман, предлагают модифицировать механизмы по мере изменения характера опасностей [Askerman 2004]. Отсутствие «теоретико-технического» размышления юристов о методах, которые необходимо применять в рамках легализации исключительных полномочий, очевидно, поскольку оно остается по существу маргинальным.

Что касается исключений, то стилистика или даже, можно сказать, конституционная софистика не выглядит столь отточенной, как в отношении других вопросов. И действительно, конституционная доктрина в целом мало интересуется исключительными полномочиями, как ни странно, не больше, чем во времена восточноевропейского движения 1990-х гг., которое привело к тому, что составители конституций проявили особый интерес к исключительным полномочиям. Если последние и пришли на смену институту крайней необходимости, поскольку считаются подлежащими ограничению, то данный институт совсем не устарел: он все еще сохраняется в современных конституциях. Столь большое количество технико-юридических пробелов в организации исключительных полномочий, несомненно, является результатом размышлений о необходимом пространстве для маневра, которое должно быть у власти имущих, чтобы их деятельность оказалась эффективной, т. е. они могли бы «спасти» государство и права. К сожалению, это рассуждение ошибочно: что бы ни случилось, но если предоставленные исключительные полномочия окажутся неадекватными, то органы власти, особенно исполнительной, прибегнут к другим механизмам, предусмотрены они или нет. Следовательно, обеспечение пространства для маневра является фундаментальной ошибкой, препятствующей формированию общего представления об исключительных ситуациях, в которых осуществление власти основывается на продуманном балансе между полномочиями и правами, установленном конституционным актом. Вместо этого альтернатива такова: либо исключительные полномочия, выходящие за рамки действующих законоположений и, следовательно, неопределенные, неопределяемые и неконтролируемые, либо исключительные полномочия, неконтролируемые... но совершенно законные, совершенно конституционные.

II. Конституционные механизмы чрезвычайного положения перед лицом гарантирования прав, или Следует ли конституционализировать исключительные полномочия?

Существуют разногласия по поводу того, следует ли предусматривать исключительные полномочия: предусмотреть их – значит узаконить посягательства на основные права; не предусмотреть их – значит исключить любое ограничение этих полномочий⁷⁸... и, следовательно, в негативном плане еще больше легализовать посягательства на основные права. С чисто юридической точки зрения любой из вариантов вряд ли окажется предпочтительным, поскольку известно, что существование нормы, как таковое, не влечет за собой ожидаемого поведения. С другой стороны, можно сказать, что сделан реальный политический выбор, который определяет меру легитимности. «Совместная конституционализация» фундаментальных прав и исключительных полномочий представляется в этом отношении политической ошибкой, поскольку она игнорирует, без сомнения непреднамеренно, потенциальные последствия применения определенных юридических техник. Если не существует нормативной иерархии между основными правами и исключительными полномочиями, то не будет и преобладания основных прав (А). Если оставить в стороне североамериканскую школу, то конституционалистская доктрина, на самом деле, не интересуется этим вопросом: действительно, речь идет не о том, следует ли включать исключительные полномочия в текст конституционного или законодательного характера, а о том, должны ли быть закреплены такие полномочия в юридическом акте в качестве преамбулы. Положительный ответ на данный вопрос, однако, не влечет за собой оценки нормативного уровня исключи-

⁷⁸ «Без действительного ограничения верховенства закона чрезвычайному режиму слишком легко перерасти в полномасштабное полицейское государство» [Askerman 2004, p. 1073].

тельных полномочий как «лучшего». Этот вопрос, который касается непосредственно стран с традицией писаного права, тем не менее затрагивает и другие системы, которые испытывают влияние норм международного и наднационального права. Однако он редко встречается в конституционных доктрине и теории, в которых статус исключительных полномочий выглядит наиболее двусмысленным (Б).

А. Отсутствие необходимой иерархии между основными правами и чрезвычайным правом

Поскольку восточноевропейские составители конституций решили включить положения об исключительных полномочиях в конституции, они сделали имплицитный выбор, поставив их на тот же уровень, что и основные права, также включенные в конституционные акты. Оба элемента, казалось, были условием вступления этих разных стран в эпоху демократии и правового государства. Составители конституций использовали два типа техник, ни один из которых (и даже оба одновременно) не может гарантировать жизнеспособность основных прав в случае чрезвычайного положения.

1. Две техники совместной конституционализации основных прав и исключительных полномочий

Если гарантия прав и исключительные полномочия совместно «конституционализированы», т. е. содержатся в одном и том же конституционном акте, то разве не удастся, как полагают, ограничить последние путем одновременного или даже предварительного закрепления основных прав? Этот вопрос тем более интересен, что исторически конституционная защита прав становится заботой составителей конституций примерно в одно время с решением вопроса об исключительных полномочиях. Учитывая то обстоятельство, что исключительные полномочия будут ограничены необходимой гарантией прав, можно было бы установить преемственность между обычными и исключительными периодами, преемственность в пользовании основными правами.

Чтобы установить эту преемственность и достичь амбициозной цели по ограничению исключительных полномочий посредством основных прав, используется несколько техник: либо сама Конституция определяет пределы осуществления прав и свобод, которые могут возникнуть в результате использования исключительных полномочий, либо Конституция недвусмысленно запрещает посягательства на права и свободы, создавая своего рода «жесткое ядро» этих не допускающих отступлений прав.

Технику демаркации ограничений можно рассматривать как прямое разрешение, данное обладателю исключительных полномочий на установление определенных ограничений в отношении некоторых прав. Согласно логике, хорошо зарекомендовавшей себя сегодня, право исключительного периода «поддерживает общественные свободы, но ограничивает их осуществление гораздо более узкими рамками, чем в обычное время» [Rouzeau 1991, p. 53]. Примерами служат Конституции Литвы, Хорватии, Румынии, Российской Федерации и Словакии.

Как правило, в конституциях государств Восточной Европы предусмотрена только одна категория прав, режим осуществления которых регулируется Конституцией, особенно в периоды чрезвычайного положения, а именно индивидуальные свободы⁷⁹. К ним относятся, например, свобода объединений, свобода передвижения⁸⁰, свобода собраний и демонстраций, уважение частной жизни, неприкосновенность жилища,

⁷⁹ «Индивидуальные свободы» относятся к правам и свободам, связанным с экономической, социальной, религиозной или интимной деятельностью человека. В других конституциях, не связанных с распадом Советского Союза, процессуальные права иногда подвергаются возможному ограничению (например, конституции Нидерландов в сфере расследования (ст. 103-2 Конституции 1989 года) или Италии (ст. 111 Конституции от 27 декабря 1947 г.)).

⁸⁰ Конституции Литвы и Хорватии.

свобода выражения мнений, тайна переписки⁸¹, свобода предпринимательства⁸², ограничения которых разрешены на конституционном уровне.

Те конституции, которые разрешают ограничение осуществления определенных прав и свобод, обычно сопровождают данное разрешение изложением «принципов», которыми должны руководствоваться власти при реализации этих ограничений⁸³. По диапазону применения, чаще всего крайне расплывчатому, данные принципы в большинстве случаев не могут рассматриваться как устанавливающие реальные ограничения, поскольку они лишь возлагают на обладателя исключительных полномочий задачу «умеренного» использования этих полномочий. Так, например, запрещены посяательства на «существо» рассматриваемых прав⁸⁴. Говоря более техническим языком, требование соразмерности ограничений содержится в конституциях Румынии⁸⁵ и Хорватии, сопровождающая принцип недискриминации⁸⁶. Выражая аналогичную идею, Конституция Эстонии предусматривает, что, в целом, ограничения основных прав «в демократическом обществе должны быть вызваны необходимостью, и их применение не может исказить соответствующие права и свободы»⁸⁷. Но рассматриваемая Конституция также предусматривает, что, в порядке исключения, при чрезвычайном или военном положении ограничения прав и обязанностей, налагаемые на граждан, применяются «в интересах национальной безопасности и общественного порядка, в случаях и в соответствии с процедурами, установленными законом»⁸⁸. Конституция Словении также предусматривает, что «осуществление прав человека и основных свобод может приостанавливаться или ограничиваться только на время введения военного или осадного положения, но только в той степени, в которой этого требует данная ситуация, и таким образом, чтобы принятые меры не порождали правового неравенства, которое основывалось бы только на расовой, национальной, гендерной принадлежности, языке, религии, политических или иных убеждениях, материальном положении, происхождении, образовании, социальном положении или иных личных обстоятельствах»⁸⁹. В том же духе Конституция Македонии предусматривает, что ограничение свобод и прав не может носить дискриминационного характера в зависимости от «пола, расы, цвета кожи, языка, религии, национального или социального происхождения, имущественного положения или социального положения». Конечно, практически во всех случаях данная Конституция предусматривает, что ограничения прав и свобод устанавливаются законами. Есть основания полагать, что в результате конституционализация исключительных полномочий оказывается относительно избыточной техникой.

С этой точки зрения техника «жесткого ядра» представляется более интригующей. Она также используется во многих конституциях государств Восточной Европы⁹⁰. Можно разделить права и свободы, которые не могут быть ограничены или приостановлены, на несколько категорий: 1) «основные» права в том смысле, что они не только фигурируют во всех конституционных актах в таком качестве, но и потому, что они за-

⁸¹ Конституция Литвы.

⁸² Конституция Хорватии.

⁸³ Не создавая перечня прав, от которых можно отступать, некоторые конституции лишь формулируют общие принципы ограничений, налагаемых на права (конституции Эстонии, Словении, Албании и Македонии).

⁸⁴ Конституции Румынии и Словакии.

⁸⁵ Ограничение прав должно быть «пропорциональным ситуации, которая его определила, и не может подорвать существование права или свободы» (см. также ст. 17 Конституции Албании).

⁸⁶ «Серьезность налагаемых ограничений должна быть пропорциональна характеру опасности, и это не может привести к введению неравного обращения по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, национального или социального происхождения» (ст. 17).

⁸⁷ Статья 11.

⁸⁸ Статья 130.

⁸⁹ Статья 16.

⁹⁰ В конституциях Болгарии, Венгрии, Словении, России, Хорватии, Эстонии, Польши и Македонии.

креплены как таковые и на международном уровне⁹¹. Так, считаются не допускающими отступлений, особенно в исключительные периоды: право на жизнь, запрет пыток и медицинских экспериментов, принцип человеческого достоинства⁹²; 2) *права, связанные с идентичностью человека*: некоторые из них также закреплены в ряде конституций как не допускающие отступлений, что, несомненно, обусловлено историей соответствующих стран. К этой категории относятся: свобода вероисповедания⁹³, уважение частной жизни⁹⁴, свобода совести, мысли и убеждений⁹⁵, право на этническую идентичность, а также право на гражданство⁹⁶; 3) *социальные права*. Несомненно, это новелла некоторых из рассматриваемых конституций, унаследованная от коммунистического прошлого, которое проявляется в том, что некоторые социальные права рассматриваются как не допускающие отступлений, даже если их содержание чаще всего не определено. К этой категории относятся: право иметь семью⁹⁷, право на охрану здоровья⁹⁸, право на социальное обеспечение⁹⁹, право на жилище, право на возмещение ущерба, причиненного государством¹⁰⁰; 4) *права, связанные с правосудием*, или права, которые иногда называют «процессуальными»: некоторые из них (и весьма многочисленные) также рассматриваются составителями ряда восточноевропейских конституций как не подлежащие ограничению или приостановлению: презумпция невиновности¹⁰¹, права на защиту¹⁰², право на доступ к правосудию¹⁰³, принцип несложения наказаний, принцип отсутствия обратной силы более строгих уголовных законов¹⁰⁴, дееспособность¹⁰⁵, принцип недопустимости произвольного ареста¹⁰⁶, принцип запрета принуждения к даче показаний и его неизбежное следствие – принцип запрета осуждения на основе только признательных показаний или принцип разумного срока судопроизводства¹⁰⁷.

Этот список интересен в отношении исключительных полномочий, поскольку – один раз не в счет – представляется, что из опыта извлечены уроки. Действительно, многие обладатели исключительных полномочий в прошлом использовали эти полномочия в судебной сфере более или менее спорным образом¹⁰⁸. Констатируя данный факт в своей диссертации, Ж. Камю заключает, что предпочтительно «изъять все меры, связанные с организацией и функционированием судебной власти, из сферы вмешательства обладателя необходимых полномочий» [Camus 1965, p. 311]. Тот же автор поясняет, что «обладатель необходимых полномочий не должен вмешиваться в область организации и функционирования судебной власти только потому, что меры, относя-

⁹¹ И главным образом Европейской конвенцией о правах человека 1950 г. (ч. 2 статьи 15, касающейся чрезвычайного положения) и Всеобщей декларацией прав человека 1948 г.

⁹² Все эти права фигурируют в упомянутых выше конституциях, за исключением Конституции Эстонии, в которой список прав, составляющих «жесткое ядро», довольно необычен: право на гражданство, принцип равенства, государственная защита от необоснованного ареста, презумпция невиновности, право на семью, право на здоровье, запрет экстрадиции, свобода совести, свобода вероисповедания, право на этническую идентичность.

⁹³ Конституции Эстонии, Венгрии, Хорватии, Польши и Македонии.

⁹⁴ Конституции Болгарии и Российской Федерации.

⁹⁵ Конституции Болгарии, Эстонии, Словении, Российской Федерации, Хорватии и Македонии.

⁹⁶ Для последних двух – конституции Эстонии и Венгрии; наконец, Конституция Польши.

⁹⁷ Конституции Эстонии, Венгрии и Польши.

⁹⁸ Конституция Эстонии.

⁹⁹ Конституция Венгрии.

¹⁰⁰ Конституция РФ для последних двух.

¹⁰¹ Конституции Болгарии, Эстонии, Венгрии и Словении.

¹⁰² Конституции Венгрии и Российской Федерации.

¹⁰³ Конституция Польши.

¹⁰⁴ Конституция Российской Федерации.

¹⁰⁵ Конституции Венгрии и Российской Федерации.

¹⁰⁶ Конституция Эстонии.

¹⁰⁷ Конституция Болгарии.

¹⁰⁸ Мы помним здесь, что этот вопрос был поставлен, когда в 1961 г. генерал де Голль воспользовался исключительными полномочиями, предоставленными ему ст. 16 Конституции Франции от 4 октября 1958 г.

щиеся к этой области, по своей природе весьма крепко связывают демократическое государство по ту сторону целей чрезвычайного положения, которые являются непосредственными целями» [Camus 1965, p. 316]. Добавим, что сегодня становится очевидным следующее: полное осуществление основных прав связано с полным осуществлением процессуальных прав.

К разделению на четыре категории первостепенных прав, которые считаются не допускающими какого-либо ограничения или приостановления, следует добавить некоторые права, тоже закрепленные в таком качестве в различных конституциях: например, принцип равенства¹⁰⁹, принцип доступа к административным документам, право на занятие предпринимательской деятельностью¹¹⁰, и принцип законности – если рассматривать его как не относящегося к категории процессуальных прав¹¹¹.

Как мы видим, составители некоторых новых конституций, появившихся на закате коммунистической эпохи в государствах Восточной Европы, используют два способа гарантирования основных прав: жесткого ядра и регулирования ограничений, причем одно не исключает другого и даже, возможно, усиливает его. Действительно, поскольку Конституция определяет, каким образом могут быть затронуты некоторые права, она подразумевает, конечно имплицитно, невозможность посягательства на другие права, осуществление и ограничение которых не регулируются на конституционном уровне. Кроме того, обнаруживается сходство между конституциями, составители которых использовали технику регулирования ограничений, и конституциями, запрещающими любое посягательство на определенные права: на самом деле, права, не допускающие отступлений, отличаются от прав, которые могут быть объектом конституционно установленных ограничений. Это объясняет, почему в некоторых конституциях обе техники используются одновременно¹¹².

2. Несостоятельность техники обеспечения нормативного равенства между основными правами и исключительными полномочиями

В 1990 г. французские докладчики на VIII конференции европейских конституционных судов подчеркнули, что «гарантированность какого-либо права Конституцией вовсе не означает, и тем более только по этой причине, его абсолютного и незыблемого характера»¹¹³. Нельзя яснее выразить эту мысль: должны быть предусмотрены конкретные гарантийные механизмы. В этом отношении исключительные полномочия, по-видимому, имеют двойной статус: они могут одновременно посягать на основные права и гарантировать их устойчивость, если исключительная ситуация, нарушающая нормальный и законный порядок вещей, а также препятствующая осуществлению прав, может быть прекращена посредством использования исключительных полномочий. Похоже, что именно вторая идея взяла верх, как и в 1977 г., когда Конституционный совет Франции пришел к следующему выводу: могут быть установлены конкретные ограничения гражданских свобод в случае «введения правового режима чрезвычайного положения»¹¹⁴. Таким образом, большинство изученных конституций регулирует феномен исключительной ситуации за рамками главы об основных правах, а последующая возможность введения определенных ограничений прав предусмотрена либо в форме общих принципов, либо в форме положений об ограничениях, которые не могут быть применены, или о правах, на которые нельзя посягать. В некоторых конституциях

¹⁰⁹ Конституции Эстонии и Венгрии, в которых указано, что речь идет о равенстве между мужчинами и женщинами.

¹¹⁰ Конституция Российской Федерации.

¹¹¹ Конституции Венгрии, Хорватии, Македонии и Словении, причем в последней указано, что речь действительно идет о принципе законности в уголовном праве.

¹¹² Например, ст. 233 Конституции Польши.

¹¹³ Доклад, представленный Р. Бадентером и Б. Женевау, в то время, соответственно, президентом и генеральным секретарем Конституционного совета Франции [Badinter, Genevois 1990, p. 323].

¹¹⁴ Решение № 76-75 DC от 12 января 1977 г., известное как «Обыск транспортного средства».

в главу об основных правах даже включен специальный раздел, посвященный «временному приостановлению и ограничению прав»¹¹⁵. В других конституциях таких разделов нет, но положения о чрезвычайной ситуации содержатся в главе о правах¹¹⁶, наряду с положениями о свободе личности или свободе выражения мнений.

Действительно ли эта «роскошь» предосторожности приводит к минимальной защите основных прав в условиях чрезвычайного положения? Все конституционные нормы, касаются ли они исключительных полномочий, прав и свобод, или того и другого одновременно, имеют равную ценность, поскольку конституционные нормы не образуют иерархии... Это хорошо известно, по крайней мере, относительно позитивной иерархии¹¹⁷. Однако несомненно, что применение этих правил может привести к противоречию. Преемственность между основными правами и исключительными полномочиями, между нормальным и исключительным периодами представляется иллюзорной, как только обязанность сделать «выбор» между свободами и исключительными полномочиями оказывается непреодолимой, даже если необходимо пройти через механизм согласования, который представляет собой по преимуществу юридическую фикцию¹¹⁸. «Нормативное равенство» подразумевает, что одна или несколько конституционных норм не могут без согласования получить преимущество перед другими, тоже конституционными, нормами. В этом отношении требование «соразмерности» посягательств на права и свободы, установленное в некоторых конституциях, является иллюстрацией относительно эквивалентной ценности исключительных полномочий, прав и свобод. Поэтому анализ должен быть сосредоточен именно на нормативном статусе исключительных полномочий. Если мы хотим установить преемственность между обычными и исключительными периодами по вектору основных прав, то выход один: *не следует* конституционализировать исключительные полномочия.

Этот вывод, касающийся как невозможности согласования при сохранении гарантий прав и объема исключительных полномочий, так и последующего обязательства не «конституционализировать совместно» основные права и исключительные полномочия, побуждает сформулировать два типа замечаний: 1) можно попытаться устранить противоречие, утверждая, что если целью осуществления исключительных полномочий является сохранение прав и свобод, возможно, проходя по вектору государственного института, то противоречия не существует – те, кто управляет, должны найти способы осуществления исключительных полномочий без одновременного посягательства на права и свободы¹¹⁹. Эта операция касается как философа, так и юриста, поскольку она, очевидно, предполагает реальную работу по определению и выявлению содержания прав; 2) однако если не разрешить данное противоречие и попытаться навязать чрезвычайным властям уважение к правам и свободам, с которыми они вступают в конфликт, то необходимо придать последним более высокий нормативный статус: либо признав существование надконституционности, либо понизив нормативный статус исключительных полномочий, которые, следовательно, должны оставаться только законодательными. Преимущество второго варианта может заключаться в том, что он не

¹¹⁵ Конституция Словении.

¹¹⁶ Конституция Российской Федерации.

¹¹⁷ Несмотря на то что в практике конституционных судов мы можем усматривать примат (возможно, посредством надконституционности) одних прав над другими... Фактически, это пока не имеет никаких последствий для исключительных полномочий.

¹¹⁸ Иллюстрацию этого метода в исключительных случаях см. в решении Конституционного совета Франции от 1985 г. о чрезвычайном положении в Новой Каледонии: «Законодатель должен обеспечить необходимое примирение между уважением свобод и защитой общественного порядка, без которого невозможно обеспечить осуществление свобод».

¹¹⁹ Это размышление, которое, скорее всего, в гораздо большей степени, чем кажется на первый взгляд, приведет к другому размышлению о «техниках» власти. Однако сегодня такое размышление представляется в значительной степени недостаточным: с другой стороны, существует масса литературы о постоянстве чрезвычайного положения.

исключает возможности контроля за осуществлением исключительных полномочий, подчиняя их Конституции.

С другой стороны, конституционализация исключительных полномочий имела то преимущество, что их нельзя было заподозрить в «супер»- или надконституционности, поскольку они подпадают под действие института крайней необходимости, присущего любой правовой системе. Статус конституционно-правового института крайней необходимости почти наверняка подразумевал неподчинение основным правам и свободам по той причине, что он вытекал из правовой системы, в некотором роде «объективированной», а не из смысла существования этой системы, особенно на конституционном уровне, заключающегося именно в свободе. Таким образом, законодательная модель, в отсутствие надконституционного характера основных прав, представляется наиболее подходящей и необходимой для организации осуществления исключительных полномочий в отношении гарантированности прав. Это иногда подчеркивают авторы, анализирующие две другие модели, предложенные для исключительных полномочий: модель чрезвычайной конституции и модель экстралегальности. Отметим, например, что требования ст. 15 Европейской конвенции о защите прав человека будут легче применяться, в частности Европейским судом, если исключительные полномочия вытекают из законодательных, а не из конституционных актов¹²⁰. Требование законодательного уровня должно быть сформулировано как таковое.

Один из ключей к решению проблемы, по-видимому, кроется в том факте, что исключительные полномочия и основные права устанавливают два права разного характера: исключительное право – это право государства, основные права – это индивидуальное право¹²¹. Здесь речь идет о старой теории, которую депутат-республиканец Френо изложил еще в 1848 году: «Если мы представили... эти права государства и эти права личности, сделали ли мы что-то замечательное, что-то очень полезное для народа? Мы просто поставили проблему, вечную проблему примирения прав личности с правами общества, примирения порядка со свободой»¹²² – проблему разрешения двойственности, потому что нам кажется, что должно быть единство: если мы предположим, что существует только одно право, то мы должны решительно рассмотреть этот вопрос о нормативном статусе исключительных полномочий, что неизбежно приводит к выводу, что исключение не должно быть конституционно закреплено. С тех пор эта доктрина не смогла разрешить проблему двойственности, потому что, как нам кажется, должно быть единство: если предположить, что существует только одно право [Beaud 1996, p. 118], то следует смело приступить к рассмотрению вопроса о нормативном статусе исключительных полномочий, которое неизбежно приведет к выводу о том, что это исключение не должно быть закреплено в конституции.

В. Неоднозначный статус техник конституционализации чрезвычайного положения в конституционных догматике и теории

На сегодняшний день изменения в содержании конституций, похоже, не оказали непосредственного влияния на конституционную доктрину. И несмотря на второе конституционное движение в этом направлении, выявленное в Восточной Европе конца XX в., реакция подавляющего большинства правоведов была весьма слабой, в частности во Франции. Кажется, что, как это ни парадоксально, юристы и, тем более, конституционалисты активнее реагируют на фактические изменения, чем на эволюцию права.

¹²⁰ См., например: Dyzenhaus D. State of exception. Introduction (текст представлен на юридическом факультете Университета Торонто 13 ноября 2006 г.).

¹²¹ Даже если несколько исказить смысл статьи А. Троянелло (поскольку мы далеки от большинства его разработок и выводов), ее название – «Основные права, могильщики конституционализма» [Troianello 2003] – может привести к интересным размышлениям: способна ли «Конституция» действительно интегрировать модель, установленную ст. 16 Декларации прав человека и гражданина: разделить ветви власти и одновременно, в силу обстоятельств, гарантировать права?

¹²² Комментарий Ф. Люшера в книге [Luchaire 1998, p. 55].

Так, интерес доктрины привлекли к себе не новые конституции, а происходящие события. Терроризм является одним из них, причем самым важным, в различных формах его проявления, что, учитывая реакцию государств, вызвало глубокие размышления об исключительных полномочиях, например, в Италии, в течение последних двадцати лет, и в Соединенных Штатах, хотя и совсем недавно, но в очень значительной степени.

1. Слабое место вопроса об исключительных полномочиях в конституционных догматике и теории

Можно предложить несколько подходов к пониманию конституционной доктрины. Прежде всего, существует направление, специализирующееся на исключительных полномочиях и чрезвычайных ситуациях. Исторически сложилось так, что данное направление представлено относительно небольшим количеством авторов, но некоторые из них, по-видимому, действительно внесли существенный вклад в обсуждение рассматриваемого вопроса. Например, Карл Шмитт, который, как иногда считают, поставил своеобразную точку в этом вопросе. Представляя исключительные полномочия незаконными, но суверенными, полностью независимыми от правила, и в частности от конституционного правила, поскольку они всегда, несмотря ни на что, подчиняются воле исполнительной власти, К. Шмитт полагает, что исключительные полномочия неконтролируемы и, более того, не могут быть контролируемы. Зачем вообще в таких условиях размышлять об этом, если в данном вопросе доминирует своего рода физический закон? Пройдет несколько десятилетий, прежде чем снова в конституционных догматике и теории возникнет мысль об исключительных полномочиях. Однако в течение примерно двадцати лет, и особенно последних десяти лет, это направление мысли все более и более развивается: от Дж. Финна до Дж. Агамбена через Б. Акермана и К. Росситера – нет никаких сомнений в том, что интерес конституционалиста все больше привлекают исключительные полномочия. Глубоко исследовав вопрос выбора лучших правовых механизмов для исключительной ситуации, эти немногие авторы тем не менее не оказали, по-видимому, никакого влияния на составителей конституций, за исключением, возможно, вывода о принципиальной необходимости организовать осуществление исключительных полномочий. Однако после Второй мировой войны, как иногда подчеркивается, у доктрины и составителей конституций появилось явное желание ограничить исключительные полномочия посредством правовых актов, особенно конституционных¹²³.

Этот вывод вселяет некоторый оптимизм, хотя и, несомненно, преувеличенный. Действительно, одновременно с этим конституционалистским движением, касающимся исключительных полномочий, наблюдается почти систематическое отсутствие ссылок на исключительные полномочия в доктрине с описательным и объяснительным назначением. Наглядным примером служит принятие новых конституций государств Восточной Европы. Когда описываются новые восточноевропейские конституционные режимы – иногда теми же людьми, которые были экспертами по этим конституциям, – не делается никаких упоминаний об исключительных полномочиях, даже когда речь идет о техниках, связанных с установлением правового государства! Ж. Ведель в своем докладе Венецианской комиссии ни разу не упоминает об исключительных полномочиях [Les pouvoirs d'exception 1995]. Однако вопрос о них имел важное значение во время проведения учредительных работ в Восточной Европе, и отдельные его аспекты обсуждались на всем протяжении этих работ¹²⁴... и молчание ученых кажется почти

¹²³ Э. Озбудун, по случаю первой рабочей сессии Венецианской комиссии в 1996 г., отметил, что «наличие или отсутствие ограничений, фактически налагаемых на осуществление исключительных полномочий, по-прежнему актуально и продолжает беспокоить специалистов публичного права» [Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques ... 1997] (см. также работу Б. Ганева [Ganev 1997, p. 585] и, что более критично, Ф. Сен-Бонне [Saint-Bonnet 2001, p. 15, not. 27]).

¹²⁴ По этому вопросу см. работу В. Ганева, который очень хорошо описывает некоторые дискуссии по этому поводу [Ganev 1997, с. 603 и след.]. Автор также отмечает, что вопрос об исключитель-

загадочным. По мнению Ж. Бурдо, «в традиционной политической теории демократии всецело господствует идея наложения определенных ограничений на власть тех, кто правит. Речь идет о том, чтобы наряду с наделением правителей прерогативами, необходимыми для осуществления их функций, помешать им использовать данные прерогативы для посягательства на индивидуальные права и свободы» [Burdeau 1961, p. 55]. Эта амбициозность теории привела к размышлениям о наилучшем конституционном устройстве, гарантирующем свободы, за исключением именно... исключения, хотя некоторые авторы сегодня утверждают, что исключительные полномочия, вероятно, являются важным компонентом либерального конституционализма, т. е. системы организации власти, защищающей права и свободы [Ferejohn, Pasquino 2004, p. 211].

В связи с этим поражает отсутствие каких-либо разработок по данному вопросу в подавляющем большинстве классических научных работ и учебников по конституционному праву¹²⁵, как будто это не конституционный вопрос. С этой точки зрения знаменитая связь, установленная Карлом Шмиттом между исключением и суверенитетом, по-видимому, оказала лишь слабое влияние на традиционную доктрину, которая, в целом, кажется к ней безразличной. Регулирование исключений, похоже, остается на периферии конституционной системы, поскольку оно не участвует в общей конфигурации режима. Если полагаться только на это наблюдение, то придется согласиться с тем, что изложение моделей исключительных полномочий не принесет никакой пользы для понимания режима в целом. Однако что же делает французская доктрина, когда она объясняет режим, установленный в 1958 году? Она довольно часто ссылается на существование ст. 16 в поддержку тезиса о президентском режиме. В этом смысле она хорошо осознаёт важность таких полномочий при данном режиме... но не делает из этого никаких выводов для общего и теоретического изложения конституционного права. Перспектива остается неизменной.

Таким образом, существуют теоретический конституционализм и практический конституционализм. Если принять во внимание, что конституционализм «рассматривает Конституцию как технику власти, призванную гарантировать индивидуальную свободу», что, в более широком смысле, делает ее «техникой установления и поддержания эффективных сдержек политических действий», то конституционализм подразумевает необходимость определения того, что должно, а что не должно подпадать под действие Конституции. В своей практической версии современный конституционализм считает актуальным вопрос об исключительных полномочиях. В теоретической, или доктринальной, версии этот вопрос вообще отсутствует. Такое несоответствие, несомненно, отражает две идеи: первая, уже подчеркнутая, вытекает из нежелания рассматривать данный вопрос со времени его исследования Карлом Шмиттом; вторая идея связана с первой в той мере, в какой конституционная теория и догматика могут иметь нормативное значение (устанавливаются принципы и под них в руссоистской манере подгоняются факты) – она имплицитно указывает на выбор в пользу неконституционной доктрины исключительных полномочий.

2. Разнообразие современных конституционно-правовых концепций исключительных полномочий

Современные размышления об исключительных полномочиях можно охарактеризовать как особенно прагматические: теоретическая рефлексия в этом смысле оказывается неразрывно связанной с технической рефлексией, с размышлениями о том, какие техники лучше всего использовать для обеспечения контролируемого осуществления исключительных полномочий.

ных полномочиях стал важной частью конституционного анализа (с. 585), и указывает на незаинтересованность наблюдателей новых восточноевропейских конституций в этом вопросе (с. 586).

¹²⁵ См. аналогичное исследование [Tropet 2007], а также [Gross 2003, p. 1014]. Учебники, посвященные правам и свободам, содержат разработки по кризисным полномочиям, но не развивают общую теорию (описание различных режимов позитивного права).

Некоторые авторы, таким образом, углубились в вопрос выбора лучших правовых механизмов исключения, но следует отметить, что, в конечном итоге, их до недавнего времени было очень мало [Friedrich 1950, p. 399–400, 413; Finn 1991; Rossiter 2007] и что их размышления не оказали значительного влияния на составителей конституций. Другие авторы, напротив, разработали теории, основанные на анализе фактов, которые должны были позволить им актуализировать ныне хорошо известное понятие перманентного чрезвычайного положения¹²⁶.

Следует отметить интерес к этому вопросу некоторых институтов, таких как Европейская комиссия за демократию через право, известная как Венецианская комиссия, орган Совета Европы. Под его эгидой были проведены два важных исследования, посвященные исключительным полномочиям, в частности в 1995 г. [Les pouvoirs d'exemption 1995; Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques ... 1997]. Комиссия рекомендовала, чтобы «конституционный порядок определял соответствующие принципы и правовые положения, позволяющие решать проблемы, возникающие в результате чрезвычайного положения», особенно в сфере прав человека. За этим последовало определенное количество рекомендаций в форме общих принципов, которые были бы обязательными для всех составителей конституций¹²⁷. Эти общие принципы (четкое определение и разграничение чрезвычайной ситуации, регулирование порядка ее объявления, четкое и соразмерное определение возможных ограничений основных прав, безусловное соблюдение принципа верховенства права) подчеркивают технические недостатки, обнаруженные нами при внимательном изучении конституций государств Восточной Европы, – но они не разрешают апорий, связанных с исследуемым вопросом, и не позволяют выявить неадекватность логики, которой придерживались учредители конституций при разработке конституционных положений об исключительных полномочиях¹²⁸. Еще менее эти принципы позволяют нам увидеть, что эквивалентный нормативный статус основных прав и исключительных полномочий оказывается непреодолимым препятствием для преобладания первых. Естественно, подразумевается даже обратное: исключительные полномочия должны быть закреплены в конституции, чтобы надежнее обеспечить соблюдение их пределов. Когда известно, что именно конституционные нормы считаются имеющими наименее действенную юридическую силу, следует просто констатировать неэффективность данной технологии, с единственным нюансом, касающимся процесса легитимации при конституционализации исключительных полномочий. Но в целом оказывается, что вопрос о нормативном статусе исключительных полномочий рассматривается очень редко, а их конституционный или просто законодательный характер не привлекает к себе внимания и остается неопределенным¹²⁹. Однако в отношении основных прав ситуация выглядит иначе.

¹²⁶ См. его виднейшего представителя в Италии Дж. Агамбена [Agamben 2003].

¹²⁷ «а) Чрезвычайные ситуации, способные послужить основанием для объявления той или иной формы чрезвычайного положения, должны быть четко определены и разграничены Конституцией. Другими словами, необходимо четко указать на существование реальной и непосредственной опасности; б) целесообразно избежать фактического чрезвычайного положения и официально провозгласить чрезвычайное положение; в) конституция должна четко указывать, какие права могут быть приостановлены, от каких прав нельзя отступать и какие следует уважать при любых обстоятельствах; г) исключительные меры и отступления от основных прав и свобод должны быть пропорциональны опасности. Другими словами, изъятия, ограничения и приостановления действия допустимы только в случае войны или исключительных ситуаций, угрожающих жизни нации; более того, такие меры должны быть пропорциональны срочности; д) даже во время чрезвычайного положения должен преобладать основополагающий принцип верховенства закона. Другими словами, никто не должен иметь возможность предстать перед юрисдикцией, отличной от той, которая ранее была определена законом» [Les pouvoirs d'exemption 1995, с. 25 и след.].

¹²⁸ См. также предложения 61-й Конференции Ассоциации международного права, детализирующие минимальные требования или стандарты содержания конституций в отношении чрезвычайных ситуаций [Lillich 1985, p. 1072].

¹²⁹ См., например: [Agamben 2003, p. 23]. См. также: [Saint-Bonnet 2001].

Дальнейшему размышлению над этим вопросом, по-видимому, препятствует то обстоятельство, что мы не знаем окончательно, какую сторону выбрать: сторону прав и свобод или сторону исключения, поскольку мы не можем считать, что между ними обязательно должно быть достигнуто единство. Проблема часто сводится к выбору между лагерем исключения в интересах обеспечения прав и свобод («теория исторического канала», версия Монтескье) и лагерем исключения против прав и свобод («неотеории», версия Агамбена). Кризисные власти до сих пор определенно страдали от недостатка размышлений, особенно в отношении основных прав. Мы должны заглянуть сегодня по ту сторону Атлантики, потому что там в течение последних нескольких лет, и особенно с сентября 2001 г., проводились очень важные исследования по вопросу об исключительных полномочиях. На первый взгляд более техническое, чем теоретическое, данное исследование на самом деле основано на важных теоретико-философских постулатах: статус прав человека важен, как и статус государства. Что отличает американский подход к этим вопросам, так это присущий ему прагматизм. Сегодня существуют две основные доктринальные «школы»: «экстралегальных мер» и «чрезвычайной конституции». Первое направление в некотором роде превозносит достоинства института крайней необходимости, предварительная организация которого исключается. Второе направление, напротив, превозносит достоинства конституционализации исключительных полномочий таким образом, чтобы она могла стать источником легитимности как в обычных, так и в исключительных ситуациях. В этом втором лагере особо следует выделить Б. Акермана, который провел всестороннее исследование данного вопроса, одновременно теоретическое (он выступает за конституционализацию исключительных полномочий и принципиальную роль разделения властей) и прагматическое (он подробно излагает технику, позволяющую достичь желаемого результата) ([Ackerman 2004]; см. также на французском языке: [Ackerman 2006]). В своем исследовании автор, естественно, задается вопросом: полезно ли иметь конституционные механизмы для чрезвычайных случаев («Действительно ли нам нужна чрезвычайная конституция?») [Ackerman 2004, p. 1041]). По мнению Акермана, конституционные механизмы всегда должны быть адаптированы к новым вызовам и эпоха терроризма, с которой сталкиваются Соединенные Штаты, является одним из них.

Современные обстоятельства подрывают доверие к системе общего права, которая не генерирует правил достаточно быстро, чтобы обеспечить эффективное управление кризисами [Ackerman 2004, p. 1042]. Американский автор также считает, что включение в Конституцию положений о чрезвычайных полномочиях является прискорбной необходимостью, которая не гармонирует с триумфализмом, возникшим в результате распада в 1989 г. советского блока в Восточной Европе. Конституционализация кризисных полномочий, таким образом, является, прежде всего, вопросом эффективности, короче говоря – прагматизма¹³⁰, но не теории, особенно нормативного уровня, не философии, за исключением, возможно, философии прав человека. Подобно этому подходу, система, предложенная нам Брюсом Акерманом, также пропитана прагматизмом: в ней довольно четко и подробно излагаются положения, которые, вероятно, могут позволить ввести «легитимное» и, следовательно, временное и контролируемое чрезвычайное положение. Цель Брюса Акермана заключается в том, чтобы, если чрезвычайное положение окажется необходимым, оно само должно подчиняться фундаментальным принципам конституционного права (разделение властей, уважение основных прав, система информирования и судебный контроль), но иначе, чем в обычное время¹³¹. Поэтому

¹³⁰ Однако в вышеупомянутой статье, опубликованной в 2006 г. в журнале *Esprit*, Б. Акерман медлит с ответом на вопрос об актуальности конституционализации кризисных полномочий как лучшего способа гарантии.

¹³¹ Брюс Акерман [Ackerman 2004] подробно объясняет предлагаемые меры: что касается разделения властей, нам нужна система, в которой исполнительная власть является властью действия и должна получить достаточное согласие парламента, необходимое большинство голосов, чтобы соглашение расширилось, поскольку чрезвычайное положение продолжается и принятые меры зна-

необходимо «реорганизовать» полномочия в исключительный период таким образом, чтобы права были гарантированы в долгосрочной перспективе¹³². Брюс Акерман, однако, утверждает, что его амбиции весьма умеренны, поскольку он предлагает не универсальную систему, а систему, адаптированную прежде всего для западных демократий, которые сегодня страдают от волн терроризма. Так, он называет искусной систему римской диктатуры, которая позволяла прибегать к институту диктатора, как правило аполитичного, временного и контролируемого Сенатом, но в то же время дисквалифицировала его в случае решения текущих задач.

Несомненно, что такое научное направление, представленное Брюсом Акерманом и другими американскими конституционалистами, имеет важное значение для продвижения исследований вопроса о том, как лучше всего связать право, уважение к праву и правам, а также полномочия. Однако, как и в блестящем исследовании Акермана, некоторые теоретические основания недостаточно ясны, что позволяет только частично решить поставленную проблему. Так, Брюс Акерман утверждает, что традиционные конституционные решения о разграничении полномочий органов власти в исключительных ситуациях бесполезны, поскольку нет никакой гарантии, что эти ограничения будут соблюдаться. Следовательно, такие решения должны быть заменены чрезвычайной конституцией, т. е. системой организации власти, отличной от обычной системы, но отвечающей тем же принципам и адаптированной к ситуации [Ackerman 2004, p. 1056]. Но разве в этом случае не возникает той же трудности, что и в случае с традиционными решениями: ведь если применение правил регулируется интерпретацией и авторитетом, то нет необходимости проводить различие между несколькими типами содержания правил? Почему правила, касающиеся организации полномочий в обычное время, должны быть более «интерпретированы», чем правила, касающиеся организации исключительных полномочий? Толкование, вероятно, в равной степени относится к обеим категориям правил, и поэтому между ними нет различий по существу. Можно согласиться с тем, что хотя система, предложенная американским конституционалистом, не гарантирует прав самым откровенным образом, она является частью обширной попытки убеждения, которая в конечном итоге может привести к тому, что конституционализм достигнет некоторых из своих целей.

Список источников

- Ackerman B. Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme. Subordonner l'état d'urgence à l'état de droit // *Esprit*. 2006. No. 327. P. 150–164.
- Ackerman B. The Emergency Constitution // *Yale Law Journal*. 2004. Vol. 113. P. 1029–1092.
- Agamben G. L'état d'exception. *Homo sacer*, II. Paris : Seuil, 2003. 152 p.

чительны. Таким образом, Акерман надеется спровоцировать ощущение нелегитимности чрезвычайного положения по мере его продолжения и появления значительных полномочий, поскольку в наших фрагментированных плюралистических обществах практически невозможно найти большинство в 60 %, а затем в 80 % (система «супермажоритарный эскалатор»). Наряду с этой системой, в которой большинство имеет приоритет, Акерман предлагает сложную информационную систему меньшинства, на которую обязательно должна опираться власть, управляющая чрезвычайным положением. Роль, отведенная судье, двояка: у него есть «макро»-роль («макроменеджмент») и «микро»-роль («микрорешение»). На макроуровне роль судьи имеет значение для поддержания системы разделения и ограничения властей; на микроуровне речь идет об индивидуальной гарантии прав. Более того, Акерман обязывает предусмотреть систему финансовой компенсации за все нарушения прав, которые были бы необоснованно допущены в результате реализации кризисных полномочий. Наконец, Акерман предлагает четко разграничивать несколько исключительных ситуаций, чтобы действующие механизмы были адаптированы к ним (он берет пример Канады, которая различает четыре ситуации: состояние войны, международное чрезвычайное положение, нарушение общественного порядка, стихийное бедствие).

¹³² «Моя цель – разработать конституционную основу для временного чрезвычайного положения, которая позволит правительству выполнять функцию успокоения, не нанося долгосрочного ущерба правам личности» [Ackerman 2004, p. 1037]. Далее автор добавляет: «Существующие конституционные ограничения могут не иметь смысла в новых рамках» [Ibid., p. 1040].

- Badinter R., Genevois B. Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux : Rapport présenté par la délégation française à la conférence des Cours constitutionnelles européennes // RFDA. 1990. P. 317–335.
- Barilari A. L'État de droit : réflexion sur les limites du juridisme. Paris : LGDJ (Systèmes droit public), 2000. 119 p.
- Barthélémy J., Duez P. Traité de droit constitutionnel. Paris : Dalloz, 1933. 955 p.
- Beaud O. Constitution et constitutionnalisme // Dictionnaire de philosophie politique / P. Raynaud, S. Rials (dir.). Paris : PUF, 1996. P. 118.
- Boulouis J. Les limites du droit constitutionnel // Revue internationale de droit compare. 1986. No. 2. P. 601–610.
- Burdeau G. Libertés publiques. 2e éd. Paris : LGDJ, 1961. 388 p.
- Camus G. L'état de nécessité en démocratie. Paris : LGDJ, 1965. 428 p.
- Chasles P. La crise constitutionnelle de mars 1911 et les oukazes extraordinaires en Russie // RDP. 1912. Vol. 19, no. 29. P. 5–25.
- Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10th ed. London : MacMillan, 1959. 584 p.
- Dorandeu R. Les pèlerins constitutionnels. Éléments pour une sociologie des influences juridiques // Les politiques de mimétisme institutionnel: la greffe et le rejet / Y. Mény (dir.). Paris : L'Harmattan, 1993. P. 83–112.
- Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence (Travaux de la Commission de Venise, 3-5 octobre 1996). Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1997.
- Duhamel O. Le pèlerin constitutionnel // Revue Belvédère. 1991. No. 2. P. 17.
- Feldman J.-P. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et le constitutionnalisme. Un point de vue critique : Rapport présenté à l'atelier 4, au VIIe congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007. URL: <http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/feldman.pdf>.
- Ferejohn J., Pasquino P. The law of exception: a typology of emergency powers // International Journal of Constitutional Law. 2004. No. 2. P. 210–239.
- Finn J. Constitutions in Crisis : Political Violence and the Rule of Law. New York ; Oxford : Oxford University Press, 1991. 274 p.
- Friedrich C. J. Constitutional Government and Democracy. Boston ; New York ; Chicago : Ginn, 1950. xvi, 688 p.
- Ganev V. Emergency Powers and the New East European Constitutions // The American Journal of Comparative Law. 1997. Vol. 45, no. 3. P. 585–612.
- Gicquel J. Les états de nécessité // Droit constitutionnel et droits de l'homme : rapports français au 2e Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Paris – Aix-en-Provence 31 août-5 sept. 1987. Paris : Économica ; Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987. P. 174.
- Gross O. Chaos and Rules : should responses to violent crises always be constitutional? // Yale Law Journal. 2003. Vol. 112, no. 5. P. 1011–1134.
- Kelsen H. Théorie pure du droit / trad. C. Eisenmann. Paris : Dalloz, 1962. 496 p.
- Keude P. Optimisme institutionnel des élites postcommunistes // Les politiques de mimétisme institutionnel: la greffe et le rejet / Y. Mény (dir.). Paris : L'Harmattan, 1993. P. 237.
- Le Roy P. L'organisation constitutionnelle et les crises : thèse. Paris : LGDJ, 1965.
- Les pouvoirs d'exception / European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1995. 26 p. (Science et technique de la démocratie, n° 12).
- Lillich R. B. The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency // American Journal of International Law. 1985. Vol. 79. P. 1072–1081.
- Lime B. Le système constitutionnel roumain // RDP. 1994. No. 2. P. 355–377.
- Luchaire F. Naissance d'une constitution : 1848 ? Paris : Fayard, 1998. 274 p.
- Milacic S. Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommuniste // Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac / J.-C. Colliard, Y. Jegouzo (dir.). Paris : Économica, 2001. P. 339–356.

- Petot J. Les dictatures de crise et l'évolution des démocraties contemporaines // Annales de la Faculté de droit de Clermont. 1964. Vol. 1. P. 131–202.
- Rawls J. Théorie de la justice. Paris : Seuil, 1997. 665 p.
- Robert J. Les situations d'urgence en droit constitutionnel // Revue internationale de droit compare. 1990. No. 2. P. 751–764.
- Rossiter C. L. Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies. Rossiter Press, 2007. 336 p.
- Rousseau D. Question de constitution // Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac / J.-C. Colliard, Y. Jegouzo (dir.). Paris : Économica, 2001. P. 3–22.
- Rousseau D. Une résurrection : la notion de Constitution // RDP. 1990. P. 5–22.
- Rouzeau M. Crise extérieure et sécurité intérieure // Pouvoirs. 1991. No. 58. P. 53–61.
- Saint-Bonnet F. L'état d'exception. Paris : PUF, 2001. 400 p.
- Troianello A. Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? // Le Débat. 2003. No. 124. P. 58-72. DOI 10.3917/deba.124.0058.
- Troper M. L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel // L'exception dans tous ses états / S. Theodorou (dir.). Marseille : Parenthèses, 2007. P. 163–176.
- Tusseau G. L'urgence en droit constitutionnel // Le temps et le droit constitutionnel / Sous la direction de F. Robbe. Presses Universitaires Aix-Marseille Université, 2010. P. 105–146.
- Wojtowicz K. Les pouvoirs d'exception dans les constitutions d'Europe centrale et orientale // Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence (Travaux de la Commission de Venise, 3-5 octobre 1996). Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1997. P. 15.

Информация об авторе

Лорелин Фонтэн, профессор публичного права Университета Кан-Нижняя Нормандия, директор Исследовательского центра основных прав и эволюции права (Франция).

Information about the author

Lauréline Fontaine, Professor of Public Law at the University of Caen-Lower Normandy (Université de Caen Basse-Normandie), Director of the Research Centre on Fundamental Rights and the Evolution of Law (France).

*Статья поступила в редакцию | the article was submitted 12.10.2023;
одобрена после рецензирования | approved after reviewing 26.12.2023;
принята к публикации | accepted for publication 16.01.2024.*