

Реалии и потенциал конституционного контроля над действиями и решениями властей: сравнительное исследование

Богдан Лесив*

Историко-онтологическое предназначение конституции, как известно, в том, чтобы упорядочить пользование властью и минимизировать возможности произвола. Для воплощения в жизнь этого предназначения во многих зарубежных правовых порядках, в том числе едва ли не во всех системах развитой демократии, существуют специализированные механизмы конституционного контроля над любыми проявлениями власти, будь то воля законодателя, действия правительства или судебская активность. Гражданам и участникам политической арены предоставлена возможность оспорить действия по использованию власти в целом (*constitutional remedies*). В других же государствах, в том числе в России и некоторых системах постсоветского устройства, конституционному контролю подвержены только нормативные правовые акты (в основной массе — законы). Действия же и казуальные решения государственных органов можно проверить только на соответствие закону в судах общей компетенции (административный процесс). В данной статье обосновывается существование обособленной совокупности конституционных деликтов — таких возможных проявлений власти, неправомерность которых зачастую невозможно не только пресечь, но и установить в административном судопроизводстве в силу принадлежности их к вопросам истинно конституционного характера. В первом разделе статьи представляется оригинальная классификация таких конституционных деликтов: начиная с нарушений прямого или имплицитного предписания конституции и заканчивая нарушением конституционной присяги или легитимных ожиданий граждан. Второй раздел подкрепляет теоретический материал эмпирической базой практики зарубежного конституционного правосудия: неконституционными в разное время признавались реальные действия высшего руководства США, ФРГ, Австрии, Италии, Австралии, Литвы, ЮАР и других государств. Третий раздел представляет собой рассуждение о том, насколько с учётом целей конституционализма механизм административной юстиции эффективен в обеспечении конституционности поведения государственных органов. Религиозно-ангажированные и нетерпимые лозунги высших должностных лиц, присвоение чрезвычайных «скрытых» полномочий, принятие непредсказуемых властных решений, «скандализация» судебных процессов — вот лишь некоторые примеры рассмотренных конституционных деликтов. Опасность их для демократического правления не вызывает сомнения. Однако сложно поверить в способность и компетентность, к примеру, российских районных судов исследовать такие действия на соответствие Конституции России в административном процессе. Статья показывает, что законность действий не всегда означает их конституционность, а неконституционность действий не говорит однозначно о неконституционности закона. Таким образом, концептуальный результат исследования — мотивированный вывод о том, что обособленный от нормоконтроля механизм деликтного конституционного контроля является имманентной характеристикой ограниченного правления и необходим в любом государстве, позиционирующем себя в качестве конституционной демократии.

DOI: 10.21128/1812-7126-2020-6-141-170

→ Конституционный деликт; неконституционное поведение; поведенческий конституционный контроль; прямое действие конституции; верховенство права

* Лесив Богдан Васильевич — магистр конституционного права, аспирант юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, Москва, Россия (e-mail: forbod@bk.ru). Автор статьи — победитель в Конкурсе среди молодых учёных по сравнительному конституционному праву 2020 года.

1. Введение

В Российской Федерации, как и в подавляющем большинстве государств постсоветского устройства, а также в некоторых европейских правовых системах, орган конституционного контроля не осуществляет юрисдикцию в отношении поведения (действий, бездействия) органов власти и должностных лиц, занимаясь исключительно вопросами нормоконтроля. Таким образом, вырисовывается некий конституционный «архетип», согласно которому проверять поведение властей в конституционном судопроизводстве не нужно, если есть конституционный контроль над законами. Данная статья во взаимосвязи её структурных частей призвана дать ответ на следующие ключевые вопросы:

- Каковы возможные проявления неконституционного поведения представителей власти в их совокупности и разнообразии? Существенно ли различие неконституционного и незаконного поведения?
- Имеет ли пресечение такого поведения самостоятельное значение для целей конституционализма, отдельное как от дисквалификации неконституционных законов, так и от мер отраслевой юридической ответственности?
- Компетентна ли административная юрисдикция отправлять правосудие в отношении неконституционных деяний субъектов государственной власти?

Прежде чем приступить к содержательной части работы, сделаем несколько методологических оговорок. Во-первых, исследование осложнено редуccionным характером сравнительного метода. С одной стороны, это обусловлено широко признанной универсальностью ценностей конституционализма, охране которых уделяется ключевое внимание в статье. Автор исходит из того, что целью западного конституционализма, учитывая его историко-онтологический антагонизм по отношению к абсолютизму и деспотизму, является ограничение власти посредством верховенства закона и прав человека. А поскольку цель эта выступает внутренней чертой любого конституционного правления, то опыт каждого такого правления с применением одинаковой формы ограничения власти представляется репрезентативным вне зависимости от принадлежности к той или иной правовой семье. Ярким примером является принцип уважения разумных ожиданий граждан: имея исконно английские правовые истоки, данный конституционный стандарт легко стал «континентальным» именно потому, что носит фундаментальный характер и не зависит от национальных традиций реализации властеотношений.

С другой стороны, процесс сравнения правовых институтов может не прослеживаться по тексту статьи эксплицитно, поскольку затронутая проблематика находится на начальной стадии научной разработки. Прежде чем сравнить практику бихевиористского контроля, необходимо узнать, что это такое. Концептуально статья, во-первых, направлена на формирование представлений о разных «охраняемых возможностях» двух типов конституционного контроля: над действиями и над нормами. Во-вторых, статья посвящена сравнительной оценке двух подходов: бороться с произвольными проявлениями власти конституционными средствами или оставить их на откуп административной юстиции. Для этого раскрывается проблема конституционных деликтов, исследуется зарубежный опыт конституционного контроля над действиями, совершаются промежуточные сравнительные наблюдения о соотношении некоторых его форм, после чего даётся оценка способности административной юстиции обеспечить выполнение тех же задач.

Во-вторых, необходимо признать наличие в юридической среде витающей озабоченности текущим положением дел в российском Конституционном Суде, который ввиду известных событий последних лет утрачивает былой авторитет. Вместе с тем необходимо

понимать, что как раз отсутствие рассматриваемых в данной статье «точечных» полномочий могло стать одной из причин безысходности и чрезмерной осторожности суда. Одно дело — «приговорить» закон как совместную монолитную позицию Правительства, Государственной Думы, Совета Федерации, Президента и его Администрации; другое дело — вмешаться в несправедливость отдельного случая в отношении конкретного органа или должностного лица, далеко не всегда имеющего значимый политический вес. Таким образом, отсутствие таких полномочий у Конституционного Суда РФ не только не привносит ничего полезного, но и способно обеспечить пагубный накопительный эффект, поскольку эти «частные несправедливости», не находящие никакой правовой реакции, имеют тенденцию к преобразованию из частной проблемы в общую.

2. Разнообразие форм неконституционного поведения

Конституционное поведение наделённых властью лиц — это антоним их произвольного поведения. Появление во властеотношениях конституционного регулятора означает, что там, где раньше было лишь *поведение властей*, появляется детерминант «*конституционное*». Тем самым бесконечное количество вариантов возможного поведения претерпевает гиподинамическое сужение, и с этого момента власть — в том числе практика её применения — приобретает видимые очертания, то есть упорядоченность форм, средств и пределов её осуществления. Обеспечение такого порядка синонимично ограничению власти и становлению верховенства права (правления закона вместо прихоти¹), то есть тождественно самим целям конституционализма. Конституционное право призвано охранять этот порядок собственными методами и средствами. Нарушение же этого режима — неконституционное поведение — сигнализирует о том, что власть осуществляет человек, склонный к произвольным действиям, то есть опасный для демократического общества ввиду угрозы самовозрастания власти. Таким образом, существует особая совокупность вариантов поведения, которая не находит отраслевой юридической реакции, но требует ограничительных мер истинно конституционного характера в отношении осуществляющих власть лиц вплоть до их отстранения.

В данной статье под конституционным деликтом представителей власти понимается *такое поведение (ненормативное решение, действие, бездействие) субъекта государственной власти, которое не соответствует нормам (букве) Конституции и (или) нарушает вытекающие из них конституционные обязательства (дух Конституции)*.

Отечественные правоведы дают собственные классификации конституционных деликтов², в основном *по таким признакам их состава, как объект или субъект* (например, посягательство на конституционный строй, на федеративное устройство и т. п.). Хотя существующие классификации имеют существенное доктринальное значение, всё же они представляются чересчур абстрактными и, как следствие, не совсем практико-ориентированными. Сложно назвать их пригодными и для создания полноценного образа — спектра возможных проявлений неконституционного поведения, отвлечённого от формальных оков, — с целью упрощения их обнаружения в жизни. В качестве по-

¹ Закон как противоположность прихоти выступил одним из ключевых критериев различения принципов правления в теории Ш.Л. Монтескьё. См.: *Монтескьё Ш.Л. О духе законов*. М.: Мысль, 1999. С. 27.

² См. подробнее: *Виноградов В. А.* Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности // Законодательство. 2002. № 10. С. 31—40; *Лучин В. О.* Конституция Российской Федерации: Проблемы реализации. М.: Юнити-Дана, 2015.

пытки дополнить существующие разработки далее представляется оригинальная классификация, основанная, главным образом, на тех характеристиках конституционного деликта, которые позволяют разглядеть в обществе его реалистичное изображение.

Предписания конституционного текста требуют от носителей государственной власти либо соблюдения, либо исполнения. Иные варианты публичным институтам не предоставлены, поскольку любое их право — это одновременно и их должное полномочие, обязанность, в связи с чем их нельзя считать субъектами конституционного правоупотребления (в понимании В. И. Крусс³). Норма, предполагающая исполнение, указывает на необходимость совершения действия и выступает поэтому в качестве прямой *конституционной обязанности*.

Соблюдение же, как отмечает В. О. Лучин, в широком смысле присутствует в любой форме реализации конституционных норм⁴. Однако касательно объекта настоящего исследования заметим, что наиболее характерно соблюдение *нормы-запрета*⁵ либо нормы, осуществляющей общее конституционное нормирование. В последнем же случае, к которому можно отнести *нормы — права человека*, соблюдение представляет собой такую модель поведения (комплекс действий или бездействие), при которой лицо, руководствуясь конституционным ориентиром, обеспечивает реальность и эффективность, стабильность фактического содержания определённой конституционной ценности (нормы).

2.1. Прямое действие *contra legem*

Следуя вышеописанной логике, конституционными деликтами *contra legem* будут признаваться *ненадлежащее исполнение конституционной обязанности, нарушение конституционного запрета, отклонение от конституционно должной модели поведения*.

Так, статья 2 Конституции США содержит знаменитую *Advice and Consent Clause*, согласно которой Президент осуществляет свои полномочия по заключению международных договоров, назначению на должности послов, других министров и консулов, судей Верховного суда и на иные государственные должности федерации по совету и с одобрения Сената. Следовательно, ненадлежащим исполнением соответствующих полномочий будет признаваться совершение любого из перечисленных действий без предварительного получения «совета и одобрения» Сената.

В соответствии с частью 1 статьи 87 Конституции Российской Федерации Президент является Главнокомандующим Вооружёнными Силами. Вместе с тем согласно пункту «г» части 1 статьи 102 Конституции решение вопроса о возможности использования Вооружённых Сил за пределами территории Российской Федерации является предметом ведения Совета Федерации. Таким образом, использование военных ресурсов за пределами государства без получения на это чёткого согласия Совета Федерации означало бы совершение конституционного деликта.

Конституционные запреты содержатся во многих положениях российской Конституции — в статьях 3 (часть 4), 13 (часть 5), 21 (часть 2), 56 (часть 3), 97 (часть 2), 109 (части 3–5). Так, нарушением конституционного запрета был бы роспуск Государствен-

³ См. об этом: Крусс В. И. Теория конституционного правоупотребления. М.: Норма, 2007.

⁴ См.: Лучин В. О. Указ. соч. С. 88.

⁵ Реализация конституционных запретов в принципе возможна только в форме их соблюдения (конституционного бездействия).

ной Думы после выдвижения ею обвинения против Президента Российской Федерации до принятия соответствующего решения Советом Федерации.

Хотя составы нарушений прав человека прямо не предусматриваются Конституцией, они являются прямыми и грубейшими конституционными деликтами — *отклонением от конституционно должной модели поведения*, проблемам контроля над которым посвящена отдельная статья автора⁶.

2.2. Действие, косвенно нарушающее конституцию

Помимо действий, которые прямо вступают в противоречие с конституционным предписанием, возможно совершение таких действий, которые нарушают конституционную норму не *de rigore juris*, а *ex ratio legis*. Это обусловливается «сжатым» характером общего нормирования многих конституционных предписаний. Наличие же усмотрения (диспозитивности) в вопросах пользования государственной властью — средством легализованного физического принуждения — и исполнения соответствующих обязанностей требует ещё более тщательного конституционного контроля над ними⁷. Рассуждая об «административной неправде» и избыточности её проявлений, И. Т. Тарасов писал, что она неизбежна, «в особенности там, где предоставлена широкая дискреционная власть»⁸.

Самым очевидным проявлением таких нарушений являются действия представителей текущей власти, которые несовместимы с основами конституционного строя, то есть с общими пределами осуществления власти в том или ином направлении. *Нарушением принципов демократического и светского государства* является несоблюдение государственными служащими и высшими представителями власти требований политической и религиозной нейтральности. О таких требованиях высказывался в своих постановлениях Европейский Суд по правам человека (*далее* — ЕСПЧ)⁹. В совпадающем мнении по делу *Rekvényi v. Hungary* судья Ди Майер отметил, что граждане имеют право рассчитывать на объективность, беспристрастность и политическую нейтральность гражданских служащих, а потому обеспечение лояльности лиц, осуществляющих публичные функции, в демократическом обществе не только легитимно, но и необходимо¹⁰. Примеры конституционного контроля за соблюдением этих требований будут приведены далее в практике зарубежных юрисдикций.

В качестве «имплицитного» нарушения конституционной нормы следует рассматривать и действия, нарушающие принцип разделения властей — главный гарант ограничения власти. Именно разделение властей в зарубежной юридической литературе и практике называется «*самой сутью конституционализма*» и «*универсальным критерием конституционного правления*»¹¹. Ярким примером является дело трёх

⁶ См.: Лесив Б. В. Непосредственная защита прав человека в конституционном судопроизводстве: вопросы теории и опыт европейских государств // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 10. С. 70–76.

⁷ На родине доктрины верховенства права ограничение дискреции является одним из главных её элементов. См., например: *Bingham T. “The Rule of Law” Text Transcript*. URL: <https://www.cpl.law.cam.ac.uk/sir-david-williams-lectures2006-rule-law/rule-law-text-transcript> (дата обращения: 10.12.2020).

⁸ Тарасов И. Т. Организация административной юстиции // Юридический вестник. 1887. № 9. С. 32–67, 34.

⁹ См., например: European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). *Rekvényi v. Hungary*. Application no. 25390/94. Judgment of 20 May 1999.

¹⁰ См.: ECtHR. *Ahmed and Others v. the United Kingdom*. Application no. 22954/93. Judgment of 2 September 1998.

¹¹ *Vile M. J. C. Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford : Oxford University Press, 1967. P. 97; *Carolan E. The New Separation of Powers: A Theory of the Modern State*. Oxford : Oxford University Press, 2009. P. 18.

федеральных министров в Австралии, которые публично высказались о чрезмерной мягкости приговора Верховного суда штата Виктория, вынесенного по делу о терроризме. Суд нашёл в их действиях нарушение принципов разделения властей и *sub judice*¹².

В качестве особого критерия имплицитной оценки государственной активности можно рассматривать получающие в последнее время широкое распространение «конституционные устремления» (глубинные убеждения создателей конституции и её самые существенные черты), которые намеренно фигурируют в общих, абстрактных формулировках, допускающих различное содержательное наполнение¹³.

2.3. Неконституционное бездействие

Бездействие как форма неконституционного деяния представляет собой волевое пассивное поведение, которое, как правило, заключается в полном невыполнении конституционной обязанности (в отличие от ненадлежащего выполнения).

Рассуждая о формах неисполнения конституции, В. О. Лучин в упомянутом труде уделяет основное внимание неисполнению обязанностей *гражданами*, что представляется не совсем рациональным с точки зрения конституционной аксиологии. Важно помнить, что для претворения в жизнь гражданских обязанностей создан крупнейший государственный аппарат принуждения. При этом гораздо более незащищённой конституция видится именно в части исполнения обязанностей теми, кто наделён государственной властью, — теми, над кем зачастую можно представить лишь один субъект, способный принудить их к исполнению, — конституционный суд.

Прямые конституционные обязанности органов власти и должностных лиц установлены в том числе статьями 15 (часть 2), 24 (часть 2), 106, 107 (части 2 и 3), 124 российской Конституции. Неконституционным бездействием будет признаваться неисполнение любой из перечисленных обязанностей, к примеру, бездействие Президента при поступлении к нему федерального закона, принятого с преодолением отлагательного вето. Похожий пример можно найти в тексте французской Конституции. Так, часть 3 статьи 61 предусматривает, что Конституционный совет обязан вынести решение в отношении поименованных в ней законов в случае их поступления в течение одного месяца, а в период чрезвычайного положения — в течение восьми дней. Следовательно, бездействие Совета, превышающее указанные сроки, будет образовывать состав конституционного деликта¹⁴.

Несмотря на то что ранее уже рассматривалось явление неконституционного *исполнения*, понятием исполнения охватывается не только выполнение конкретных действий в заданной форме, но и реализация таких конституционных обязанностей органов государственной власти, для которых конституция устанавливает лишь общий ориентир. Хороший пример — часть 1 статьи 114 Конституции России, которая в стиле общего нормирования устанавливает компетенцию Правительства. Однако общая формулировка вовсе не предполагает возможности её произвольного применения: в ней закреплены не права Правительства, а его полномочия, ответственность и обязательства перед народом — сувереном, который, собственно, принял Конституцию и наделил Правитель-

¹² См.: Supreme Court of Victoria, Australia. Statement of the Court of Appeal in *DPP v. MHK and DPP v. Besi*. 2017. P. 2.

¹³ См.: Троицкая А. А., Храмова Т. М. Основы основ: экспрессивный и функциональный потенциал конституционных устремлений // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1 (122). С. 54–79, 57, 75.

¹⁴ См.: Конституция Франции от 4 октября 1958 года. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/constitution-of-4-october-1958> (дата обращения: 10.12.2020).

ство этой властью. Об этом говорит и сама императивная интенция предписания: Правительство разрабатывает, обеспечивает, осуществляет. Конечно, из этого не следует содержание конкретных исполнительных действий, что остаётся в поле усмотрения самого органа, но априорное неисполнение какого-либо из этих «генеральных» конституционных обязательств (полное бездействие) с очевидностью образует состав деликта.

2.4. Неконституционное бездействие по формуле *sine qua non*

К такого рода конституционным проступкам, исходя из предложенного названия, следует относить бездействие, неконституционность которого подразумевается нормами конституции. Дословно это можно выразить формулой «то, без чего нет...», где вместо пропуска нужно поставить определённый конституционно-правовой институт. Если имеет место антиконституционное бездействие такого порядка, то в сущности государства, поскольку вся полнота её тождественна конституции государства, образуется «пустота», она теряет частицу своей конституционной материи.

Примером такого деликта может служить длительное намеренное неназначение членов органа конституционного контроля при наличии вакантных мест. Эта ситуация особым образом соотносится с тезисом о создании «пустоты» в сущности государства. Так, если по прямому указанию Конституции необходимым условием существования государства признаётся наличие Конституционного Суда, который в составе девятнадцати судей наделяется полномочиями по конституционному контролю, то ненормальной представляется ситуация, при которой он функционирует *de facto* на постоянной основе в составе пятнадцати судей: претензии к контрмэжоритарному парадоксу усиливают свой доктринально-прикладной вес. Народ как суверен установил, что для решения конституционных вопросов высшего порядка требуется именно девятнадцать судей — девятнадцать независимых мнений, профессиональных позиций, опытных взглядов, юридических умов. И кто знает, возможно, именно тот самый, «недостающий» судья смог бы усмотреть ключевой аспект конституционной материи, убедить коллег принять кардинально иное решение? Получается, в обратной ситуации конституция защищена недостаточно. Если причиной тому является намеренное бездействие лиц, ответственных за соответствующую конституционную процедуру, с признаками *mala fides*, то здесь вполне обоснованно можно вести речь о конституционном деликте, несмотря на то что это не является нарушением прямо сформулированной конституционной обязанности.

Похожий на ранее упомянутый пример, последовательно вытекающий из положений статей 99, 102, 103, 105, 114 российской Конституции, — это полное отсутствие какой-либо активности со стороны Правительства или Федерального Собрания. Удивительно, но, установив в качестве деликтообразующего признака непроведение в течение трёх месяцев подряд ни одного заседания законодательным органом субъекта РФ или представительным органом муниципального образования¹⁵, федеральный законодатель не задумался о собственной ответственности за подобное бездействие. Вместе с тем такое поведение правительства и парламента означало бы, что вопросы непосредственной государственной важности, перечисленные в вышеуказанных статьях Конституции,

¹⁵ См.: Часть 2.1 статьи 9 Федерального закона от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Российская газета. 1999. 19 октября; часть 2.2 статьи 73 Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Российская газета. 2003. 8 октября.

остаются неразрешёнными, что является недопустимым. К такого же рода проступкам следует отнести и систематическое без уважительных причин непосещение депутатами и сенаторами заседаний палат (чему, к слову, давал свою оценку Конституционный Суд России¹⁶), что должно влечь не политическую ответственность по усмотрению палаты, а юридическую — конституционно-правовую.

2.5. Превышение пределов «подразумеваемых» полномочий

Как в американском, так и в российском правопорядке всё более отчётливо проявляется одна из центральных характерных черт президентской республики — доктрина «подразумеваемых полномочий». Профессор А. А. Мишин констатировал наличие таких полномочий Президента США, которые считаются подразумеваемыми или присущими ему как высшему должностному лицу государства¹⁷. Как в России, так и в США наличие таких полномочий обусловлено необходимостью оперативного и эффективного решения государственных задач, для которых зачастую требуются принципиальные властные меры. Дж. Локк называл это «прерогативой» правителя: «...власть действовать соответственно собственному разумению ради общественного блага, не опираясь на предписания закона, а иногда даже вопреки ему»¹⁸. Однако в самой же английской правовой доктрине (У. Блэкстоун, А. В. Дайси) и практике конституционного контроля содержится генеральное правило: *прерогатива — это не железный кнут необузданной власти* (англ.: *is not the iron tie of unbridled power*), она держит властное лицо в «шёлковых цепях» умеренного подчинения ради всеобщего и непрерывного благополучия общества и, как правило, даёт суверену свободу противостояния¹⁹. Следовательно, одновременно с предоставлением широкой дискреции, устанавливается критерий для конституционного контроля. Здесь напрашивается сравнение (*mutatis mutandis*) со знаменитой *оговоркой Мартенса*: даже в случаях, не предусмотренных принятыми постановлениями (конституцией), люди остаются под охраной и действием общих начал конституционного права.

Исходя из этого, *свобода* главы государства и всего правительства *в рамках конституции* не должна превращаться в *свободу от конституции*. Созвучно этому выводу американская *Supremacy Clause* провозглашает, что власти федерации или штатов вне зависимости от своих желаний и намерений обязаны оставаться в пределах Конституции²⁰. Об американском изобретении — доктрине *implied powers* — Георг Еллинек в своё время писал: «В буквах конституции таятся непознанные доселе силы»²¹. Интересной является его мысль, согласно которой *высшее искусство — это не вывести «скрытые полномочия» из текста конституции, а ввести их в него посредством судебного контроля*. В противном случае «непознанные силы», которые подобно жидкости заполняют пустоты писаной конституции, рано или поздно вый-

¹⁶ См.: Пункт 13 Постановления Конституционного Суда РФ от 20 июля 1999 года № 12-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1999. № 5.

¹⁷ См.: Мишин А. А. Государственное право США. М.: Наука, 1976. С. 180–220.

¹⁸ Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Сочинения: в 3 т. Т. 3. М.: Мысль, 1988. С. 135–405, 357.

¹⁹ См.: Supreme Court of Victoria, Australia. *The State of Victoria v. The Master Builders' Association of Victoria*. 1995.

²⁰ См.: Sager L. G. Preemption Controversies // Fundamentals of American Law / ed. by A. B. Morrison. New York: Oxford University Press, 1998. P. 27–56, 31.

²¹ Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. СПб.: Изд-во Юридического книжного склада «Право», 1907. С. 25.

дут из берегов. Задача же конституционного контроля в данной ситуации — не только удержать эту «жидкость» в берегах конституции (контроль соответствия основам конституционного строя), но и проверить её на наличие злокачественных «инфекций» (контроль системного единства со всеми конституционными правилами).

Сообразно обозначенной теории конституционного инфицирования интересно привести в пример позицию профессора М. Камма, указывающего на *четыре возможных типа патологий политической активности*, которые периодически могут *инфицировать демократическое устройство* и от которых даже опытные демократии ещё не выработали стойкий иммунитет²². Поскольку в своей работе Камм рассматривал проблемы необоснованного вмешательства властей в права и свободы граждан, обозначенные им «патологии» затрагивают только соответствующий пласт конституционных отношений, оставляя открытым вопрос отклонений в отношениях представителей власти между собой. Тем не менее способность рассматриваемого нами явления «скрытых» полномочий влиять не только на субъект-субъектные властеотношения, но и на отношения власти с гражданами, бесспорна — ведь «скрытым» в этой формуле является не только содержание будущих полномочий, но и предмет их направленности. Следовательно, классификация М. Камма вполне эпистемологически применима к проблеме «скрытых» компетенций.

Экстраполируя идеи М. Камма на сущностные черты «скрытых полномочий», обозначим следующие типы возможных политических «патологий», которые вытекают из обширной дискреции и подлежат конституционному контролю²³:

а) порок бездумья, который позволяет субъекту власти обосновывать свои инвазивные полномочия традициями, обычаями или предпочтениями²⁴, которые не соответствуют критерию «легитимности» цели вмешательства в права и свободы (в понимании ЕСПЧ), что открывает все пути не только для оправдания сложившейся несправедливости, но и для порождения новой;

б) вмешательство, хотя и основанные на причинах, относящихся к затронутым отношениям, но выходящие за пределы предмета публичной дискуссии и не отвечающие основаниям применения силы государственного механизма (например, запреты и преследования, основанные на нормах христианства/ислама и т. д.)²⁵;

в) правительственная истерия («гиперболизация») и идеологическая война, которые, хотя и имеют в некоторой степени непосредственную связь с «легитимными» целями, страдают отсутствием твёрдой, достаточно конкретной и ясной обществу основы, не настроены на отношения «цели — средства», следовательно, служат усилению дискреционной власти под видом, к примеру, борьбы за безопасность;

г) использование дискреционной власти с диспенсивной тенденциозностью для удовлетворения интересов частных групп, пренебрегая не только необходимостью руководствоваться общим («легитимным») интересом, но и закономерно следующей за этим диспропорцией в преимуществах (благах), распределённых между частными группами и остальными членами общества.

²² См.: *Kumm M. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights Based Proportionality Review // Law & Ethics of Human Rights. Vol. 4. 2010. No. 2. P. 158–163.*

²³ Из сути типологии М. Камма прослеживается её применимость также к формированию «имплицитных» стандартов конституционного поведения в рамках классификации данной статьи.

²⁴ Сюда же можно отнести слова К. Лёвенштайна об оппортунизме «под прикрытием» *raison d'état*.

²⁵ Первые два типа патологий суммированы профессором Каммом как банальная попытка доминирующего большинства сделать юридически обязательными (навязать) свои привычки и свой образ жизни для всех остальных, что, очевидно, является признаком тирании, а не демократии.

Подводя промежуточный итог, отметим: из теоретического анализа прерогативных полномочий следует, что их содержание не представляется возможным предугадать, а следовательно, и предварительно оценить на соответствие букве и духу конституции. Поэтому проявление любого такого полномочия со ссылкой на «привилегию» какой-либо из ветвей власти должно в случае сомнения подвергаться конституционному контролю, иначе верховенство права и конституции, которое должно полностью охватывать сферу деятельности государства, подменялось бы верховенством политической дискреции (что Дж. Сартори называет подменой правового государства «прерогативным»²⁶, а К. Лёвенштайн «подменой верховенства закона легализованным оппортунизмом»²⁷).

2.6. Неконституционная практика применения (исполнения) конституционных законов

В качестве доктринального «эпиграфа» к этому виду деликта приведём слова профессора С. А. Авакьяна: «...нельзя в другом акте *путём интерпретаций, словесных манипуляций предусмотреть такие варианты действий*, которые не вытекают из самой конституции, да по её духу и не могут из неё следовать. Это, кстати говоря, одна из самых сложных проблем в конституционном праве»²⁸ (здесь и далее курсив мой. — Б. Л.).

Применительно к этой форме деликтов релевантными будут рассуждения И. Т. Тарасова: «...всегда возможны такие действия, которые[,] не будучи ни преступлениями, ни гражданской неправдой, ни погрешностями по службе, не подлежат компетенции [общего] суда или власти начальства[,] и, тем не менее, ими могут быть существенно нарушены законные права и интересы граждан, и ими же может быть систематически искажаем закон до такой степени, что от него не останется и подобия»²⁹. Такая административная (конституционная) «неправда», отмечает он, всегда *облекается в форму законного осуществления администрацией своих полномочий*. Поскольку государственные полномочия зачастую обладают полем дискреции, неконституционной судебной (исполнительной) практикой, следуя логике профессора, является «*формально правильное требование*», не соответствующее конституционному критерию его *меры* (степени вмешательства в пространство свободы личности, общества и т. п.), что он называет «придирчивыми и разорительными» требованиями³⁰. И. Т. Тарасов особо отмечает, что количество именно таких дел в Российской империи было огромным и разнообразным.

Впрочем, и в настоящее время в России, поскольку суды охвачены «туманом» формализма³¹, крайне трудно представить ситуацию, когда суд общей юрисдикции признал

²⁶ Sartori G. Constitutionalism: A Preliminary Discussion // American Political Science Review. Vol. 56. 1962. No. 4. P. 853–864, 861.

²⁷ Loewenstein K. Militant Democracy and Fundamental Rights, I // American Political Science Review. Vol. 31. 1937. No. 3. P. 417–432, 418.

²⁸ Авакьян С. А. Конституция России: природа, эволюция, современность. 2-е изд. М.: РЮИД; Сашко, 2000. URL: <https://constitution.garant.ru/science-work/modern/1776651/chapter/89300e9fb84a59912210b23abe10a68f/> (дата обращения: 10.12.2020).

²⁹ Тарасов И. Т. Указ. соч. С. 33.

³⁰ Там же. С. 35.

³¹ На это указывают юристы. См., к примеру: Речкин П. Российский суд: бессмысленный и формальный — 4. Пробитие дна // Zakon.ru. 2018. 16 апреля. URL: https://zakon.ru/blog/2018/04/16/rossijskij_sud_bessmyslennyj_i_formalnyj-4_probite_dna (дата обращения: 10.12.2020). На это также указывает ЕСПЧ, см., к примеру: ECtHR. *Kuznetsov and Others v. Russia*. Application no. 24970/08. Judgment of 13 March 2018.

бы поведение государственного органа незаконным, если оно соответствует букве закона, то есть является *формально правильным* (достаточно вспомнить недавнее интервью председателя Московского городского суда О. Егоровой³²). Но более того, заметно усиление фикции, в соответствии с которой действия правоприменителей (судей и служащих исполнительной власти), поскольку они подчинены федеральному закону, в случае их противоречия Конституции свидетельствуют, в первую очередь, не о неконституционности действий, а о неконституционности «применённого» закона. Сам Конституционный Суд РФ зачастую использует формулировку «по смыслу, придаваемому [закону] правоприменительной практикой»³³, когда он вынужден признать закон неконституционным, поскольку это — единственный способ защитить конституционные права граждан, пусть и не от «поползновений» законодателя, а от неграмотности судей.

Правовые фикции, конечно, не столь очевидны, как аксиомы, но в данной ситуации очевидно одно: если судьи недостаточно компетентны и неправильно, в нарушение конституции толкуют закон, то это не проблема законодателя и его правотворчества. До какой степени может быть несовершенным государственный механизм, чтобы судьи, вместо того чтобы, как им положено, «правильно» толковать «правильные» и даже «неправильные» законы, делают всё наоборот — неправильно толкуют «правильные» законы. Дефект, таким образом, не связан с вопросом конституционности какого-либо закона и, следовательно, не требует его дисквалификации, в то время как вопросы возникают к конституционности самого правоприменения.

Следует учитывать, что, даже если в законе и содержатся определённые предписания, это не освобождает правоприменителей от обязанности руководствоваться в своей деятельности конституцией и правами человека. Особенно это касается таких законодательных норм, которые не содержат абсолютно-определённых правил, а предоставляют хотя бы малую долю дискреции. Норма конституции, пусть она будет конкретизирована в десятках текущих законов, остаётся более объёмной по своему нормативному содержанию и при этом непосредственно действующей. Поэтому, разрешая дело, правоприменителю всякий раз надлежит определять относимые к нему нормы конституции и выявлять их непосредственный смысл. Распространяя, толкуя и применяя положения текущего законодательства, правоприменитель обязан делать это с учётом предписаний конституции, а если он этого не делает, то это — его конституционный деликт.

В этом плане интересна позиция председателя Конституционного суда Армении (в отставке) Г.Г. Арутюняна, согласно которой существует реальная опасность деградации несистемного института конституционного обжалования. Ущербность механизма индивидуальной жалобы в Армении (который, *mutatis mutandis*, подобен российскому), по мнению судьи, обусловлена тем, что человек может возбудить перед Конституционным судом производство только относительно применённого закона; при этом неясно, как поступить, когда конституционное право гражданина нарушено не дефектностью нормы закона, а её неправильным толкованием и применением в судебной практике³⁴. В этой связи А. Шайо на примере Испании, Италии и ФРГ отмечает, что в подобных

³² См.: Егоров И. Между законом и справедливостью // Российская газета. 2020. 22 марта. URL: <https://rg.ru/2020/03/22/reg-cfo/egorova-moskovskie-sudy-testiruiut-sistemu-raspoznavaniia-rechi-i-lic.html> (дата обращения: 10.12.2020).

³³ См., к примеру: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 ноября 2018 года № 41-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 48. Ст. 7490.

³⁴ См.: Арутюнян Г.Г. Конституционное правосудие и развивающееся общество // Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. 2009. № 1. С. 10–24, 23.

ситуациях конституционное судопроизводство является *sui generis* кассационным производством в сфере конституционного права, и оно в существенной части касается не законодательства, а обычного судопроизводства³⁵. Это связано с тем, что судьи указанных стран обязаны конституционно применять закон либо же обращаться в конституционный суд с запросом о дисквалификации нормы — другого не дано. Вряд ли такая формула не должна быть применима ко всем государствам, конституции которых являются непосредственно действующими и имеют высшую юридическую силу.

2.7. Несоответствие разумным (легитимным) ожиданиям

Зарубежная конституционная доктрина уже не один год развивает концепцию разумных ожиданий (англ.: *legitimate expectations*) граждан в качестве критерия проверки конституционности действий, главным образом представителей исполнительной власти. Зародившись во второй половине XX века в Великобритании, эта доктрина получила стремительную поддержку в практике всего европейского сообщества через призму решений европейских судов³⁶ в качестве «неоспоримой составляющей права Сообщества».

Английские суды, следуя общему правилу поведения властей в отношениях с гражданами по принципу «естественной справедливости», выработали два подхода к оценке соответствующих действий: материальный и процессуальный. Первый связан с более глубоким исследованием самого существа вопроса: оценивается не только качество самого решения, но и его последствия для человека³⁷. Во втором случае оценке подлежит «просчитываемость» (англ.: *foreseeability*) процесса принятия административного решения.

Важно отметить, что судебная власть при применении этого подхода вовсе не взяла на себя «чрезвычайные», непредсказуемые полномочия. Руководствуясь потребностями общества и человека, были выработаны чёткие критерии того, является ли ожидание легитимным³⁸. Одним из наиболее частых критериев «теста на предсказуемость», особенно в вопросах экономической деятельности, является возможность предвидения изменений во взглядах (англ.: *changes of view*) властей³⁹, то есть защита от резкого, непредвиденного изменения государственной политики (к примеру, внезапное введение эмбарго). В рассматриваемом аспекте будут интересны слова К. Лёвенштайна о том, что «конституционное правление означает принцип верховенства права, гарантирующий разумность и просчитываемость администрации и охраняющий определённую сферу частного права», в отличие от режима легализованного оппортунизма⁴⁰.

Одной из причин таких нарушений может стать выступление в средствах массовой информации представителя какого-либо ведомства без достаточных на то оснований или компетенции. Представляется разумным, что после заявлений своего секретаря в прессе президент, конечно, может провести кардинально противоположные меры государственной политики, однако, если в результате такого «хитрого хода» или простой несо-

³⁵ См.: *Шайо А.* Самоограничение власти: краткий курс конституционализма. М.: Юрист, 2001. С. 243.

³⁶ См., к примеру: Court of Justice of the European Union. *Finsider v. Commission*. 1985. Rep. 2857. P. 2865; ECtHR. *Ladislav and Aurel Brezny v. the Slovak Republic*. Application no. 23131/93. Judgment of 4 March 1996. P. 65.

³⁷ См., к примеру: Court of Appeal of England and Wales. *R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan*. [1999] Lloyd's Rep Med 306.

³⁸ См.: *Woolf H., Jowell J. L., Le Sueur A. P., Donnelly C. M.* De Smith's Judicial Review. 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. § 4–51.

³⁹ См.: *Sharpston E.* European Community Law and the Doctrine of Legitimate Expectations: How Legitimate, and for Whom // Northwestern Journal of International Law & Business. Vol. 11. 1990. No. 1. P. 87–103, 101.

⁴⁰ *Loewenstein K.* Op. cit. P. 418.

гласованности будут задеты законные интересы граждан, не представляется возможным впоследствии оправдать это тем, что слова пресс-секретаря — лишь его личное мнение.

2.8. Иные деликты

Не претендуя на указание исчерпывающего перечня, помимо уже упомянутой особой разновидности прямых конституционных правонарушений — нарушений прав человека, к самостоятельным видам в силу особой правовой сущности их объекта следовало бы также отнести нарушение конституционной присяги и неисполнение судебных постановлений.

В целом необходимо дополнительно отметить, что поведенческие *конституционные деликты могут совершаться в следующих формах*: конкретное действие, конкретное бездействие, комплекс действий, решение (ненормативный акт). Одним из наблюдений за последними тенденциями конституционно-значимого поведения в аспекте исследования можно заметить неопределённость конституционно-правового статуса поручений поручений главы государства. Имея фактически и юридически обязательную силу (к примеру, в России в силу статей 113 и 115 Конституции), данные поручения не облачаются в форму нормативного или ненормативного акта, а следовательно, искусственно выводятся из-под конституционного контроля⁴¹. Аналогичная ситуация наблюдается и в отношении решений, оформляемых различными протоколами президентских совещательных органов.

3. Зарубежная практика бихевиористского конституционного контроля

Практика элиминирования неконституционного поведения — сдерживания власти — стала неотъемлемым элементом режима конституционной законности многих зарубежных правопорядков. Важно, что действие конституций в этих системах является действительно гарантированным — оно не «растворяется» в текущем законодательстве до такой степени, чтобы даже профессиональные юристы не могли оперативно и чётко разграничить, какие стандарты поведения обеспечиваются законами, а какие — конституцией. Как следствие, в такой системе остаётся крайне мало места для возможности выхолащивания первичного и действительного содержания конституционных норм законодательно-конформным, но не в полной мере конституционным поведением носителей государственной власти.

Предпосылки американского конституционного контроля над действиями исполнительной власти описываются так: «Отцы-основатели видели в установлении верховенства права упразднение возможности произвольного принятия решений (англ.: *decision-making*), от которого так пострадали американские колонисты во время деятельности британского короля»⁴². Формулу же британского конституционализма, как видится, лучшим образом описывает позиция лорда-судьи Дж. Лоуса: «Свобода поведения граждан не зависит от чёткого и отдельного предписания, для которого им требуется обращаться к учебникам по юриспруденции... Но для должностных лиц и органов власти действует совершенно обратное правило, в соответствии с которым любое и каж-

⁴¹ К слову, поручениями Президента теперь могут даже определяться полномочия Правительства РФ (часть 11 статьи 13 Федерального конституционного закона от 6 ноября 2020 года № 4-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» // Российская газета. 2020. 9 ноября).

⁴² United States Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). P.589.

дое совершённое ими действие должно быть подкреплено положениями [закона и конституции]»⁴³. Это значит, что каждое действие органов власти должно иметь правовую основу и не может быть оправдано лишь дискреционным полномочием, а изолированная ссылка на него не способна пройти конституционную проверку.

В системах общего права (Великобритания, США, Австралия, Канада, Новая Зеландия, Индия, Сингапур, Гонконг, частично ЮАР и другие) конституционный контроль над действиями правительства нашёл выражение в очень увесистом наборе средств правовой защиты, истоки которых заложены в прерогативных судебных приказах (англ.: *prerogative writs*) английских судов. К ним традиционно относятся:

- аннуляция (англ.: *quashing order*);
- мандамус (лат.: *mandamus*; приказ понуждения);
- запрет (англ.: *prohibition*);
- предписание (англ.: *injunction*);
- верификация полномочий (лат.: *quo warranto*)⁴⁴.

Будучи конституционными приказами в силу *common law constitution* в Великобритании, в иных странах англо-американской традиции эти приказы приобрели конституционный характер (и тем самым отличаются от средств административной юстиции) в результате их закрепления на конституционном уровне — непосредственно в конституции (к примеру, Австралия⁴⁵) либо в законодательных актах, которые нашли отражение в конституционной практике судов (к примеру, США⁴⁶). В Австралии конституционные приказы в отношении федеральной исполнительной власти могут издаваться только Верховным судом — это его изначальная юрисдикция в качестве суда первой инстанции. Верховный суд Австралии указал на то, что эти приказы являются именно мерами конституционного (англ.: *constitutional writs*), а не административного контроля⁴⁷. В США в силу децентрализованной системы конституционного контроля такой приказ может выдать любой федеральный суд, о чём Верховный суд высказался в деле *Marbury v. Madison*.

Мандамус — это приказ, понуждающий орган власти или должностное лицо, неправомерно уклоняющиеся от обязанности совершить действие или принять решение, исполнить её. *Запрет* — это приказ, используемый судом, чтобы пресечь превышение полномочий. *Предписание* — это приказ запретительного (ограничительного) характера, используемый чтобы приказать органу, который действовал с нарушением конституции или закона, совершить конкретное действие или комплекс действий (обязывающее предписание) либо прекратить определённое неправомерное и, как правило, длящееся поведение (негативное предписание). Кроме того, судом может быть использован декларативный приказ (англ.: *declaratory writ*), чтобы *ipso facto* констатировать неконституционность деяния⁴⁸.

В правопорядке ФРГ возможность конституционного контроля над действиями правительства выводится из нескольких положений. Во-первых, из пункта 1 абзаца 1

⁴³ Court of Appeal. *Regina v. Somerset County Council, ex parte Fewings and others* // The All England Law Reports. 1995. No. 1. P. 524.

⁴⁴ *Injunction* и *quo warranto* являются опциональными мерами конституционного реагирования и относятся либо к таковым, либо к административным мерам в зависимости от подхода конкретного государства.

⁴⁵ См.: Commonwealth of Australia Constitution Act. 9 July 1900. § 75 (5).

⁴⁶ См.: Judiciary Act of 1789. Ch. 20, 1 Stat. 73; The All Writs Act of 1911. Ch. 139, § 90, 63 Stat. 102.

⁴⁷ См.: High Court of Australia. *Bodruddaza v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. 2007 // 228 CLR 651, 665.

⁴⁸ См. подробнее: Judicial Review // Legal Services Commission of South Australia. URL: <https://lawhandbook.sa.gov.au/ch09s01s05.php> (дата обращения: 10.12.2020).

статьи 93 Основного закона: Федеральный конституционный суд Германии уполномочен давать толкование Основному закону в случае возникновения споров или сомнений относительно наличия у одного из высших федеральных органов права или обязанности на совершение определённых действий (аналогия с английским приказом *quo warranto*). Во-вторых, пункт 4а абзаца 1 указанной статьи Основного закона и подпункты 5 и 8 параграфа 3 Закона о Федеральном конституционном суде устанавливают, что любое лицо, утверждающее, что одно из его основных прав или прав, гарантированных абзацем 4 статьи 20, статьями 33, 38, 101, 103 и 104 Основного закона, было нарушено государственным органом, может подать конституционную жалобу в Федеральный конституционный суд. Жалоба должна быть принята судом, если она затрагивает конституционный вопрос, представляющий общий интерес, либо если это необходимо для защиты перечисленных прав.

Посредством института полной конституционной жалобы проверять поведение властей имеют полномочия органы конституционного контроля большинства стран развитой демократии. Среди них — помимо Германии — Португалия (статьи 70, 71 Закона о Конституционном суде⁴⁹), Испания, Аргентина и Мексика (процедура *ампаро*), Швейцария (пункты «а» и «б» статьи 189 Конституции⁵⁰), Италия, Мальта, Лихтенштейн, Македония, частично Австрия (только в отношении исполнительной власти — статья 144 Конституции⁵¹). Показательно, что данное средство правовой защиты знакомо и *правопорядкам Восточной Европы*: Словакии (статья 127 Конституции⁵²), Хорватии, Чехии и Словении.

Для лучшей наглядности предлагается рассмотреть примеры из практики зарубежного конституционного контроля согласно классификации конституционных деликтов, данной во второй части статьи.

3.1. Прямое действие *contra legem*

Внутреннюю историю, пестрящую яркими и принципиальными решениями, рассматриваемый нами институт имеет на родине судебного конституционного контроля — в США. Обоснованная в знаменитом решении по делу *Marbury v. Madison* 1803 года необходимость такого контроля над актами Конгресса, уже в 1804 году она была адаптирована Верховным судом под деликтные обстоятельства, в результате чего действия Президента впервые были признаны неконституционными⁵³. Таким образом, была пресечена неконституционная активность главы исполнительной власти, не связанная с изданием нормативного акта. Примечательно, что это решение буквально последовало за решением *Marbury v. Madison*, чем косвенно доказывается потребность государства как в нормативном, так и в бихевиористском конституционном контроле.

В 1945 году были признаны не соответствующими Конституции действия (приказы) Президента Ф. Рузвельта, которыми он после бомбардировки Пёрл-Харбора насильно

⁴⁹ Portugal Law of the Constitutional Court no.28/82 of 15 November 1982. URL: https://constitutionnet.org/sites/default/files/constitutional_court_law_of_portugal.pdf (дата обращения: 10.12.2020).

⁵⁰ Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201801010000/101.pdf> (дата обращения: 10.12.2020).

⁵¹ Constitution of Austria of 1920. URL: https://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_Austria (дата обращения: 10.12.2020).

⁵² Текст Конституции Словацкой Республики от 1 сентября 1992 года (английский, со всеми изменениями) доступен на сайте Конституционного суда. URL: <https://www.ustavnsud.sk/en/ustava-slovenskej-republiky> (дата обращения: 10.12.2020).

⁵³ См.: United States Supreme Court. *Little v. Barreme*, 6 U.S. (2 Cranch) 170 (1804).

переселил американцев японского происхождения во временные лагеря. Верховный суд постановил, что Президент «не имеет никакой власти подвергать граждан, которые лояльны государству, принудительному переселению»⁵⁴.

Практика конституционно-бихевиористского контроля продолжает развиваться в американском правосудии и по сей день. К примеру, в 2014 году Верховный суд США признал неконституционными действия Президента Обамы по назначению членов Национальной трудовой комиссии в обход *Advice and Consent* Сената⁵⁵. Конституция США требует утверждения Сенатом должностных лиц Соединённых Штатов с тем, чтобы обеспечить назначение на должности тех, кто будет «приверженцем верховенства права, а не действующего Президента»⁵⁶. Президент самовольно истолковал Конституцию так, будто бы перерыв в три дня между заседаниями Сената тоже подходит под понятие «парламентских каникул», в течение которых он не обязан запрашивать предварительное одобрение Сената. Тем самым он произвольно нарушил конституционный порядок демократизации назначаемых должностей (англ.: *Recess Appointment Clause of the U.S. Constitution*).

3.2. Действие, косвенно нарушающее конституцию

Ранее было раскрыто, что конституционные деликты данной категории характеризуются нарушением правила, которое имплицитно выводится из конституционных положений общего нормирования. Одним из таких положений является принцип светского государства, свобода религии и вероисповедания.

Данный принцип нашёл закрепление в том числе в статье 4 Основного закона ФРГ. Федеральному конституционному суду Германии в 2002 году пришлось проверить на соответствие указанному конституционному положению информационную деятельность федерального правительства в религиозно-мировоззренческой сфере. Часть действий федерального правительства была признана не соответствующей Основному закону. Также суд указал на конституционно-правовые условия подобной информационной деятельности государства, в частности федерального правительства. Так, в решении от 26 июня 2002 года⁵⁷ Первый сенат изложил следующие позиции:

- Невозможно на законодательном уровне осмысленно урегулировать условия подобной информационной деятельности (следовательно, невозможно подвергнуть её административному контролю);
- В полемике с гражданами государство должно соблюдать требование религиозно-мировоззренческого нейтралитета, и в силу этого дискуссия должна вестись без вмешательства в вопросы религии. На эти отношения распространяется принцип соразмерности;
- Сенат установил, что, согласно данным критериям, обозначение заявителя в поданной жалобе как «секты», «молодёжной религии», «молодёжной секты» не вызывают сомнений в конституционности с позиции закона. Напротив, обозначение

⁵⁴ United States Supreme Court. *Ex Parte Endo*, 323 US 283 (1944).

⁵⁵ См.: United States Supreme Court. *National Labor Relations Board, Petitioner v. Noel Canning, et al.* 573 U.S. (2014).

⁵⁶ *Hamilton A.* Federalist no. 69: The Real Character of the Executive. URL: <https://csac.history.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/281/2017/07/69.pdf> (дата обращения: 10.12.2020).

⁵⁷ См.: Bundesverfassungsgericht (далее — BVerfG). 1 BvR670/91. Judgment of 26 June 2002. URL: <https://www.juris.de/jportal/prev/KVRE314550301> (дата обращения: 10.12.2020).

ние в качестве «деструктивной» и «псевдорелигиозной», а также обвинение в манипулировании не соответствуют конституционно-правовым требованиям.

Нарушение принципа равенства и свободных выборов Федеральный конституционный суд нашёл в действиях правительства по делу о выборах в Бундестаг 1976 года, о чём было вынесено решение от 2 марта 1977 года⁵⁸. Дело было связано с косвенной финансовой поддержкой правящей политической партии со стороны правительственных органов. Второй Сенат указал следующее:

- Если действующее правительство участвует в предвыборной гонке и рекламирует себя для переизбрания, то это противоречит конституционному принципу ограничения деятельности Бундестага и федерального правительства во времени;
- Финансовые средства и налоги, на которые содержится государство, поступают от всех граждан государства, независимо от их политических взглядов и принадлежности к политическим организациям. Эти средства доверяются государству для использования в целях всеобщего блага;
- Основной закон мирится в процессе формирования политического мнения и воли народа с внеправовым неравенством избирателей и их политических групп. Однако он запрещает государству, выбирая одну из сторон, участвовать в избирательной борьбе, оказывая тем самым влияние на конкурентные взаимоотношения политических сил. Государственные органы должны служить всем и сохранять нейтральность в предвыборной борьбе.

В 2014 году Федеральный конституционный суд подверг конституционному контролю высказывание Федерального президента относительно протестов, спровоцированных выборами в Бундестаг и организованных одной из политических партий. Президент заявил на встрече со студентами: «Нам нужны граждане, которые выходят на улицы и показывают границы полоумным людям. Я призываю всех вас к этому». Второй сенат указал в своём решении⁵⁹: «Отдельные высказывания Федерального президента могут быть предметом конституционного судебного процесса, если на основании очевидного пренебрежения своими интеграционными обязанностями он умышленно нарушает права политической партии». В данном случае подобный состав отсутствовал.

3.3. Превышение пределов «подразумеваемых» полномочий

В США, родине «подразумеваемых» полномочий Президента, воспринят подход их опровержимо презюмируемой конституционности: руководитель исполнительной власти может осуществлять любые полномочия по собственному разумению до тех пор, пока относительно их конституционности не возникнет спор, который будет передан на рассмотрение федерального суда. Суд при этом *ex post facto* оценит, насколько действия и решения соответствовали Конституции.

В 1975 году Верховный суд США рассмотрел дело *Train v. City of New York*⁶⁰, в котором проверил на соответствие Конституции полномочие Президента объявлять импундмент (на его существовании настаивала администрация Р.Никсона). Так, чтобы «про-

⁵⁸ См.: BVerfG. 2 BvE1/76. Judgment of 2 March 1977. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv044125.html> (дата обращения: 10.12.2020).

⁵⁹ См.: BVerfG. 2 BvE4/13. Judgment of the Second Senate of 3 June 2014. URL: https://www.bundesverfassungsgesicht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/06/es20140610_2bve000413.html (дата обращения: 10.12.2020).

⁶⁰ См.: United States Supreme Court. *Train v. City of New York*, 420 U.S. 35 (1975).

учить» Конгресс за преодоление президентского вето на программу по окружающей среде, Р. Никсон объявил импаундмент и изъял из соответствующих фондов этой программы денежные средства, чтобы перераспределить их на иные нужды. Верховный суд постановил, что Президент превысил пределы собственных полномочий, поскольку исполнительная власть обязана добросовестно толковать волю парламента и соответственно распоряжаться специальным бюджетом.

В другом деле — *Myers v. United States*⁶¹ — Верховный суд США утвердил одно из принципиальных «скрытых» полномочий Президента в рамках упомянутой *Advice and Consent Clause*. В 1920 году Президент Вильсон уволил одно из должностных лиц почтовой службы. Это решение было оспорено по мотивам того, что согласно двуединой формуле «назначение — увольнение» Президент обязан был посоветоваться с Сенатом перед увольнением. Верховный суд постановил, что в случае с увольнением это необязательно. В дальнейшем в своём решении по делу *Humphrey's Executor v. United States*⁶² Верховный суд уточнил, что без согласия Сената или специального законодательного делегирования Президент может увольнять только лиц, наделённых чисто исполнительной властью. В 2006 и 2008 годах были признаны неконституционными действия Президента Дж. Буша-младшего по вопросам злоупотребления полномочиями верховного главнокомандующего, а именно созыва военных комиссий для рассмотрения отдельных квазивоенных дел, то есть фактически создание чрезвычайных квазисудебных органов⁶³.

В 2001 году на фоне событий 11 сентября в Австралии Федеральному суду пришлось рассмотреть так называемое дело Тампа (англ.: *Tampa case*). Норвежское судно, действовавшее по запросу австралийского правительства, спасло 433 беженца с Ближнего Востока. Правозащитники утверждали, что правительство вышло за пределы собственных полномочий, когда с использованием войск взяло судно под контроль, чтобы не допустить высадки беженцев на австралийской земле (иначе пришлось бы предоставить убежище и соответствующие гарантии). Первая инстанция Федерального суда нашла в действиях правительства нарушение и выдала конституционный приказ *habeas corpus*. Однако это решение было отменено апелляционной коллегией Федерального суда (англ.: *Full Federal Court*), которая постановила, что имеет место прерогативное полномочие исполнительной власти изгнать чужеземцев (англ.: *to exclude aliens*), и оно не требует законодательного подтверждения⁶⁴.

Интересно, что в последующем правительство пыталось взыскать с истцов значительную сумму судебных издержек, мотивируя это тем, что правозащитники вторглись в компетенцию исполнительной власти, которая была заведомо неподсудна по аналогии с доктриной *act of state*⁶⁵. Федеральный суд постановил: «Не является вмешательством в исполнительную власть попытка определить, *существует ли она в принципе* в отношении предмета, на который воздействует, и если да, то не превышают ли эти действия соответствующий *объём исполнительной власти*. Даже в Соединённом Королев-

⁶¹ См.: United States Supreme Court. *Myers v. United States*, 272 US 52 (1926).

⁶² См.: United States Supreme Court. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

⁶³ См.: United States Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 126 S. Ct. 2749, 165 L. Ed. 2d 723 (2006) U.S. LEXIS 5185; *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 128 S. Ct. 2229, 171 L. Ed. 2d 41 (2008) U.S. LEXIS 4887.

⁶⁴ См.: Federal Court of Australia. *Ruddock v Vadarlis*, FCA 1329; 110 FCR 491; 183 ALR 1; 66 ALD 25 (2001).

⁶⁵ См. об этой доктрине: *Zander M. The Act of State Doctrine // American Journal of International Law. Vol. 53. 1959. No. 4. P. 826–852.*

стве, не обременённом наличием писаной конституции, вопрос, подпадает ли действие под прерогативные полномочия, подлежит судебному исследованию»⁶⁶.

3.4. Нарушение конституционной присяги

Конституционная присяга является одним из наиболее фундаментальных обязательств, которые ежедневно и непосредственно охватывают всю деятельность лиц, замещающих государственные должности. Конституционная присяга — это наиболее общая гарантия того, что лица, наделённые высшей государственной властью, будут осуществлять её добросовестно, в чётком соответствии с конституцией, в интересах людей. Вместе с тем присяга была бы не больше, чем то, что Дж. Сартори называл *dead letter*, если её обеспечения нельзя было бы обеспечить принудительной силой.

Согласно статье 82 Конституции Литовской Республики избранный Президент приступает к исполнению своих обязанностей после того, как в Вильнюсе в присутствии представителей Народа — членов Сейма он приносит присягу Народу хранить верность Литовской Республике и Конституции, добросовестно исполнять свои обязанности и быть ко всем одинаково справедливым⁶⁷. Конституционный суд Литвы в 2004 году заключил, что Президент Р. Паксас совершил грубое нарушение Конституции и его конституционной присяги по следующим основаниям: незаконное предоставление гражданства в благодарность за финансовую и иные формы поддержки, осознанное уведомление частного лица о ведущемся в отношении него уголовном расследовании и применяемых следственных действиях, использование официального статуса для влияния на крупную коммерческую компанию⁶⁸. Конституционный суд Литвы *inter alia* указал, что конституционная ответственность высших должностных лиц, которые грубо нарушают конституционный текст или присягу⁶⁹, является «одним из способов защиты государства ради общественного блага, как того требует Конституция».

Крайне важно сделать акцент на особенности вменения конституционного деликта в указанном деле, которая наилучшим образом отражает суть *действия под присягой*: лицо не только берёт на себя определённое обязательство, но также заведомо осознаёт и принимает всю силу последствий его нарушения. Такой опыт представляется особенно положительным в свете рассмотренных ранее «скрытых полномочий», которых не знает текст конституции, но на которые в любом случае распространяется действие присяги.

В 2016 году Конституционный суд ЮАР объявил бездействие Президента Дж. Зумы неконституционным и нарушающим его конституционную присягу. Президент не принял, в том числе в отношении своих министров, соответствующих обеспечительных или исправительных мер, необходимость которых следовала из доклада Защитника Общества (*mutatis mutandis* — Уполномоченного по правам человека). Тем самым Президент «не выполнил обязанность по исполнению, защите и уважению Конституции как высшего закона страны; это нарушение было обнаружено в явном пренебрежении к

⁶⁶ Цит. по: *French R. Constitutional Review of Executive Decisions — Australia's US Legacy // University of Western Australia Law Review. Vol. 35. 2010. No. 1. P. 35–48, 44.*

⁶⁷ Аналогичное требование предъявлено и к членам Сейма, чтобы стать представителями Народа (статья 59 Конституции Литовской Республики 1992 года).

⁶⁸ См.: ECtHR. *Paksas v. Lithuania*. Application no. 34932/04. Judgment of 6 January 2011; UN Human Rights Committee. Communication no. 2155/2012. 29 April 2014. CCPR/C/110/D/2155/2012.

⁶⁹ О нарушении присяги депутатом см., например: Заключение Конституционного суда Литовской Республики от 19 декабря 2017 года № КТ20-11/2017 по делу № 7/2017.

мерам реагирования, предпринятым против него Защитником Общества в пределах его конституционных полномочий»⁷⁰.

В свою очередь Верховный суд провинции Керала (Индия) в решении 2017 года по делу *Alappey Asharaf v. Chief Minister* постановил, что, поскольку нарушение конституционной присяги влечёт досрочное прекращение полномочий должностного лица исполнительной власти, рассмотрение этого вопроса не является предметом ведения судебной власти. Суд сослался на прецедент Верховного суда Индии по делу *K.C. Chandy v. R. Balakrishnan Pillai*, в котором Фемида взяла на себя ответственность за выдачу соответствующего приказа (*quo warranto*⁷¹), «если перед вступлением в должность конституционная присяга не была принята в принципе, так как в этом случае нет никакого юридического основания к занятию должности». В противном случае ответственность за неисполнение присяги — предмет усмотрения Премьер-министра.

Резюмируя практику контроля над соблюдением конституционной присяги, вряд ли возможно согласиться с выводами индийского правосудия, поскольку они мало согласуются с принципом неотвратимости ответственности, о котором в том числе говорил Конституционный суд Литвы в упомянутом деле. Надо признать, что конституционная присяга отличается авантажной лаконичностью, которая в данном случае заключается не в том, чтобы ограничить сферу действия закона, а в том, чтобы её максимально расширить: ведь нет ничего по содержанию более конституционно концентрированного, чем присяга, охватывающая практически все возможные конституционные деликты, которые можно было бы рассматривать как отдельные нарушения конституции. Но цель конституционного суда по делу о нарушении присяги — не столько преддрешить вопрос о мерах ответственности, сколько дать «зелёный свет» наступлению именно конституционной, а не какой-либо иной ответственности. Конституционный суд при этом подтверждает не состав преступления или другого проступка, а именно нарушение конституции, то есть такое проявление власти, которое несовместимо с самой государственной должностью. Конституционная присяга — это, во-первых, перманентно действующее обязательство, которое лицо берёт не перед другими органами власти, а перед сувереном — источником конституции, и, во-вторых, действенный механизм в руках органа охраны конституции, позволяющий оценивать соответствие характера правления ценностям конституционализма.

3.5. Неконституционная практика применения законов

В зарубежных государствах такая погрешность не является преобладающим видом конституционного деликта, так как решения правоприменителей могут быть обжалованы напрямую в конституционную юрисдикцию. В деле *Sharp v. Wakefield* 1891 года Палата лордов постановила: «Если закон предусматривает хоть малейшую возможность дискреции применителя (исполнителя), то она должна осуществляться в соответствии с правилами цели и обоснованности, а не в соответствии с личным мнением... в соответствии с законом, а не с чувством юмора. Не произвольно, размыто и из прихоти, а правомерно и определённо». В этом видится *формула конституционности*

⁷⁰ См.: Constitutional Court of South Africa. *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others*. Cases CCT 143/15 and CCT 171/15. Judgment of 31 March 2016.

⁷¹ Приказ, отстраняющий ненадлежащее лицо от осуществления или попытки осуществления государственных (публичных) функций.

правоприменительной практики, которая не может быть эффективно обеспечена административным судопроизводством. Такие критерии, как справедливость, правовая целесообразность, определённая, соответствие конституционным принципам, — ведение конституционной юрисдикции, располагающей для этого особенной процессуальной формой и компетенцией. Ведение же административной юрисдикции — чёткое соответствие законодательному тексту.

В 2014 году Конституционный суд Австрии, не дисквалифицируя закон, отменил решение Федеральной службы массовых коммуникаций, запрещающее австрийской телерадиовещательной корпорации предоставлять некоторые услуги посредством сети Facebook, как основанное на толковании, нарушающем свободу выражения и СМИ⁷². Примечательно, что до этого Высший административный суд Австрии отклонил иск корпорации, поскольку действия службы «подкреплялись» законом. Ещё один пример — в 2013 году Федеральный конституционный суд ФРГ признал не соответствующим Основному закону (дискриминирующим) толкование законов о налоговых льготах в отношении браков и гражданских партнёрств, которое было дано судами общей юрисдикции⁷³.

3.6. Нарушение разумных ожиданий граждан

Ф.Хайек в своих рассуждениях о верховенстве права и конституции указал: «Без погружения в детали оно означает, что правительство во всех своих действиях связано правилами, которые чётко закреплены и заранее известны, — *правилами, благодаря которым возможно с честной уверенностью предвидеть, как власть будет использовать свою принудительную силу* в конкретных обстоятельствах, и планировать свою жизнь, руководствуясь этим знанием»⁷⁴. Конституционализация проверки действий государства на соответствие разумным ожиданиям граждан обусловлена тем, что этот принцип прямо вытекает из принципов правовой определённости и равноправия.

В деле *Branco* 2005 года Европейский суд справедливости разработал тест «разумности» ожиданий граждан. Еврокомиссия отказалась оплачивать выполненную господином Бранко работу после выявления нарушения им деловых обязательств и потребовала вернуть ранее уплаченные суммы, несмотря на то что на руках у Бранко был зарплатный сертификат, предусмотренный регламентами. Хотя Суд и не нашёл нарушения в деле гражданина Бранко, он указал: «*Три условия должны быть соблюдены, чтобы иметь право на защиту разумных ожиданий*. Во-первых, заинтересованным лицом со стороны властей должны быть получены точные, безусловные и последовательные гарантии (уверения), исходящие из компетентных и надёжных источников. Во-вторых, такие уверения должны порождать законные (разумные) ожидания лица, которому они адресованы. Наконец, уверения должны находиться в рамках закона, применимого к соответствующим отношениям»⁷⁵. Доктрина разумных ожиданий широко воспринята в англо-американских правовых порядках и в рамках права Европейского Союза.

⁷² См.: Constitutional Court of Austria. *Austrian Broadcasting Corporation allowed to use “forums” on Facebook*. Case no. AUT-2014-1-001. Judgment of 6 March 2014.

⁷³ См.: BVerfG. 2 BvR909/06. Judgment of the Second Senate of 7 May 2013. URL: https://www.bundesverfassungsgesicht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/05/rs20130507_2bvr090906.html (дата обращения: 10.12.2020).

⁷⁴ *Hayek F.* The Road to Serfdom. Chicago, IL : University of Chicago Press, 1944. P.80—92.

⁷⁵ General Court of the European Union. *Branco v. Commission*. Case T-347/03. (2005) ECR II-255. § 102.

4. Спор о двух юрисдикциях: достаточно ли административного контроля?

4.1. Конституционность и законность — уместен ли знак равенства?

Продемонстрировав реальность существования и разнообразие форм неконституционного поведения, а также его потенциальный вред для конституционного правления, необходимо теперь установить, в какой форме должно осуществляться сопротивление таким негативным проявлениям власти. Основным препятствием к пониманию глобальной важности такого безоговорочного партикуляризма в вопросе выделения именно *конституционного контроля над действиями* властей, как правило, выступает аргумент о существовании административной юстиции — любые действия (бездействие) и решения должностных лиц могут быть оспорены в суде, а *бремя доказывания законности* возложено на самих представителей власти. При этом подпитывается весьма скудная с точки зрения самого предназначения юриспруденции позиция, согласно которой конституция — это лишь набор деклараций, которые характеризуются настолько сжатыми и несамодостаточными формулировками, что не могут служить правилами конкретного поведения субъектов права, а следовательно, и критериями их оценки.

В юридической науке, не говоря уже о государственно-правовой практике, которая в этом прямо заинтересована, до сих пор слышатся утверждения о том, что нормы конституции требуют законодательной конкретизации, что законы — это продолжение самой конституции, а следовательно, проверка законности равна проверке конституционности. Такая позиция прочно укоренилась в умах некоторых юристов ещё со времён советского «конституционализма»⁷⁶ (к слову, именно советские конституции К. Лёвенштайн называл «маскарадным платьем»). Хотя целый ряд примеров поведения, приведённых в предыдущем разделе, демонстрирует обратное и говорит сам за себя (большинство из них в принципе не имели связи с конкретным законом), всё же добавим к очевидности ноту теоретической аргументации.

В целом заметим, что указанная точка зрения имела право на существование в советской *государственно-правовой* доктрине, но не может больше быть признана адекватной потребностям и естественным чертам *конституционализма*, как они были восприняты Конституцией Российской Федерации 1993 года. Судья Конституционного Суда РФ В. О. Лучин особо отмечает: «Вряд ли можно согласиться с тем, что конституция как бы “демонтируется” по отраслям юридической науки... подобный подход... явно ограничивает назначение и объём конституционного регулирования»⁷⁷. А профессор С. А. Авакьян указывает: «...при желании всегда можно сказать, что [конституционное регулирование] недостаточно, поскольку является кратким, а широкое (но текущее) законодательное регулирование более полезно. Однако методологически это не совсем верный подход»⁷⁸. К сожалению, в реалиях современного общественного правосознания мы до сих пор вынуждены акцентировать внимание на том, что, согласно части 1 статьи 15 Конституции РФ, она имеет *прямое действие*. До какой степени дальновидны были создатели российской Конституции, что, несмотря на отсутствие подобных примеров в конституциях опытных правовых демократий (где, как показывает практика

⁷⁶ См., к примеру: *Малеин Н. С.* Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М.: Юридическая литература, 1985. С. 33.; *Самощенко И. С.* Совершенствование законодательства — закономерность развития социалистического общества // Советское государство и право. 1981. № 3. С. 26–36, 32.

⁷⁷ *Лучин В. О.* Указ. соч. С. 60.

⁷⁸ *Авакьян С. А.* Указ соч. URL: <https://constitution.garant.ru/science-work/modern/1776651/chapter/bab98b384321e6e745a56f88cbb0486/> (дата обращения: 10.12.2020).

конституционного правосознания, это и не требуется), они отдельно и недвусмысленно заявили о *непосредственном действии* конституционных норм, которые имеют высшую юридическую силу. Более того, им и это небезосновательно показалось недостаточным: часть 2 статьи 15, будто бы настаивая на своём и следуя знаменитой поговорке *repetitio est mater studiorum*, гласит, что органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица *обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации*.

Основная дилемма, вокруг которой строят свои теории панегиристы ординарной законности, в непонимании — как же должностные лица, и без того «обременённые» многочисленными регламентами и инструкциями, должны в «сжатом» тексте конституции разглядеть конкретные правила своего поведения? Как видно, приверженцы такого понимания не ищут сложных путей, ведь зачем предпринимать логико-аналитические усилия, если за них «всё уже написали» в законе и инструкциях.

Так происходит обращение к «удобной» доктрине абстрактно-правового понимания прямого действия конституции⁷⁹, которую честнее было бы назвать доктриной подмены понятий (конституционной и ординарной законности). Очевидный её дефект в том, что она постулирует: правила поведения в законах, которые соответствуют конституции, и являются её конкретизацией. Конституционная маргинальность этой доктрины — признание самой возможности *неконституционного, но законного* и, следовательно, безнаказанного поведения, что само по себе противоречит сущности конституционализма. Во-первых, таким подходом провозглашается неограниченность полномочий политических ветвей власти, которые могут принимать противоречащие конституции законы для оправдания своих неконституционных действий: при этом даже в случае признания таких законов неконституционными *post factum*, неконституционные действия «под действием закона» останутся без внимания, несмотря на весьма недвусмысленное предписание части 2 статьи 15 Конституции РФ. Во-вторых, признание искусственной «прожилки» в виде закона между конституцией и реальным поведением людей автоматически влечёт признание *непрямого, а опосредованного* действия конституционных норм. Само отрицание возможности конституционного контроля над действиями и примат конституционного *нормоконтроля* означают, что конституция не находит выражения в реальном поведении людей — только в законах.

В зарубежной литературе относительно такого понимания вспоминают слова знаменитого главного судьи США Дж. Маршалла и высказывают следующее: «Если “суды должны закрывать глаза на конституцию и видеть только закон”, они рискуют действовать вопреки конституции — нарушая конституцию. Если судьи “используются в качестве средства, причём сознательного средства, для нарушения того, что они присягнули защищать”, то *в конечном счёте судьбы не просто “закрывают глаза”* — они встают в один ряд с экстремистами и предателями»⁸⁰.

Наконец, все эти ответвления конституционного правопонимания заранее ничтожны, поскольку заранее противоречат самой природе конституционного правления — разделению властей, которое является квинтэссенцией ограничения власти⁸¹. Конституция в силу своего верховенства равным образом призвана ограничить власть как за-

⁷⁹ См.: Антоенко В. М. Прямое действие Конституции Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2014. С. 14.

⁸⁰ Gudridge P. O. The Office of the Oath // Constitutional Commentary. Vol. 20. 2003. P. 387–404, 392.

⁸¹ См., к примеру: Kavanagh A. The Constitutional Separation of Powers // Philosophical Foundations of Constitutional Law / ed. by D. Dyzenhaus, M. Thorburn. Oxford : Oxford University Press, 2015. P. 221–239, 221–222.

конодательную, так и исполнительную и судебную. Академик Т. Я. Хабриева пишет, что конституционный контроль — это и есть проведение в демократическом правовом государстве принципа разделения властей и деятельность по ограничению власти⁸². Конституционный контроль лишь за деятельностью законодателя, равно как и фикция достаточности административного контроля над действиями иных органов и должностных лиц, не соответствует ни принципу разделения властей, ни самой роли законодательной власти в современном демократическом правопорядке.

Законодательная власть уже давно не рассматривается как монополярный и надёжный выразитель суверенной воли народа. И даже в Великобритании без всякого лукавства, провозгласив доктрину парламентского суверенитета, по сей день имеют в виду именно суверенитет *Парламента* (если быть точным — *Короля в Парламенте*), но не народа, волю которого он якобы выражает. При этом английская традиция не страдает особой наивностью насчёт действительной способности Парламента выразить волю народа: достаточно вспомнить красноречивую *доктрину Солсбери*⁸³. А если добавить к ней глубокие и продолжительные размышления Дж. Мэдисона и А. де Токвиля насчёт возможной тирании парламента (так называемая *тирания большинства*)⁸⁴, а также оценки Ж.-Ж. Руссо (глава 15 второй книги «Об общественном договоре»), то и вовсе отпадут все иллюзии насчёт актов законодателя как «продолжения» конституции.

Законы — это действительно правила поведения, но лишь малая их часть призвана действительно продолжить конституцию — та, для которой в самом конституционном тексте есть на то прямая отсылка. В иных случаях законы — это мнение законодателя, дело которого заключается в осуществлении эффективного *текущего* регулирования общественных отношений. Таким образом, административная юстиция способна ответить на вопрос, соответствует ли поведение должностных лиц воле законодателя. Но закон не исчерпывает содержания конституционной нормы, и даже если предположить, что он соответствует ей, то не факт, что поведение должностного лица не нарушает более широкую по содержанию правовую материю, конкретизировать которую применительно к конкретным обстоятельствам призван орган конституционного контроля.

4.2. Чего не в силах дать административная юстиция?

Ранее уже упоминались суждения дореволюционных авторов о том, насколько распространены такие действия, которые законны лишь по форме, но не по духу. Министр юстиции Российской империи И. Г. Щегловитов продолжил тему: «Законность действий не должна быть смешиваема с внутренней их справедливостью. Весьма часто законные должностные действия имеют под собой только формальную справедливость, далее этого дело не заходит»⁸⁵.

Парадоксально, но спустя столько лет конкретные формы решения этой проблемы мы находим не в российском государстве, а на родине «верховенства права», где Лорд

⁸² См.: *Насырова Т. Я.* Конституционный контроль. Казань : Изд-во Казанского университета, 1992. С. 7.

⁸³ См.: *Hansard T. C.* Hansard's Parliamentary Debates. Third Series: Commencing with the Reign of William IV. Vol. 221: 35 and 36 Victoriae 1872. London : Forgotten Books, 2017.

⁸⁴ См.: *Madison J.* Federalist no. 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. URL: <https://csac.history.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/281/2017/07/51.pdf> (дата обращения: 10.12.2020).

⁸⁵ *Щегловитов И. Г.* К вопросу о пределах повиновения незаконным распоряжениям и действиям должностных лиц // Юридический вестник. 1887. № 5. С. 100–110, 109.

Диплок ещё в 1985 году обобщил следующие *критерии судебного конституционного контроля над действиями и решениями властей*⁸⁶:

- 1) законность (включая не только соответствие закону, но и надлежащую оценку фактов, концепцию *ultra vires* и пределы дискреции);
- 2) процедурная справедливость (включая открытость, объективность и принципы естественной справедливости);
- 3) разумность и рациональность (включая логичность, последовательность и соразмерность);
- 4) соответствие легитимным ожиданиям.

Таким образом, в отличие, к примеру, от российских судов, для которых достаточно незамысловатого соответствия действий должностного лица букве закона, английские судьи требуют законного и конституционного обращения с гражданами. Как видно из представленного в статье *спектра возможных переплетений «конституционности» и «законности» в одном и том же действии*, вопрос его соответствия конституции является весьма неоднозначным, и законность действия не говорит с уверенностью о его конституционности. Более того, такой вопрос, как правило, прямо и отчётливо не ставится в административном судопроизводстве, хотя если бы и ставился, то это должно было бы стать отдельным предметом судебного исследования и найти соответствующее отражение в судебном решении, чего, к примеру, в России не происходит в подавляющем большинстве случаев.

Как видится, проблему «внутренней» справедливости в силу её истинно конституционного характера способна разрешить только конституционная, но никак не административная юрисдикция, которая сконцентрирована на законе. Это обусловлено ещё и тем, что, как отмечал И. Т. Тарасов, административная (конституционная) «неправда» зачастую отличается потенциальной длительностью, а устранения её в конкретном случае недостаточно для пресечения такой практики в принципе. Именно поэтому эффективным решением проблемы таких действий видится *необходимость их «кассировать вообще»* на высшем, общеобязательном уровне, *«уничтожая потенциальную длительность»*⁸⁷.

Главный судья Австралии в период с 2008 по 2017 год, почётный доктор права Р. Френч, не отрицая возможности обжалования действий правительства в административном суде, отмечает, что *первичную защиту от посягательств властей гражданам должны получать именно в конституционной юрисдикции, для которой вопросы разделения и распределения власти — предмет непосредственной компетенции*. Он пишет, что административная юрисдикция призвана предоставить «упрощённую форму судебного контроля, которая не сталкивается с особенностями вынесения решений [конституционного характера]». И продолжает: «Проще говоря, такие дела будут затрагивать осуществление власти, вытекающей из закона, а проверке в них подлежит лишь то, был ли неправомерный отказ исполнить закон или было ли превышение полномочий»⁸⁸. Зарубежные исследователи соответствующей тематики прямо предлагают выделять два вида полномочий в рамках исполнительной власти: установленные законом (англ.: *statutory*) и вне-законодательные (англ.: *non-statutory*)⁸⁹, к ко-

⁸⁶ См.: United Kingdom House of Lords. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9. Decision of 22 November 1984.

⁸⁷ Тарасов И. Т. Указ. соч. С. 52.

⁸⁸ French R. Op. cit. P. 35–48, 42.

⁸⁹ См.: Sapienza A. Judicial Review of Non-Statutory Executive Actions: Australia and The United Kingdom Reunited? // University of Western Australia Law Review. Vol. 43. 2018. No. 2. P. 67–102, 82.

торым по характеру можно отнести и те, что ранее были названы «прерогативными», или «подразумевающимися». Таким образом, существует обособленный объём власти, который не имеет чётких законодательных оснований, но подчиняется непосредственно конституции. Поэтому, как пишет А. Сапиенца, «для судебного контроля над такой властью требуется толкование положений писаной федеральной конституции, которые касаются вопросов распределения власти и предметов ведения и могут быть использованы для определения пределов соответствующих полномочий» и «неприкосновенных ограничений»⁹⁰, а следовательно, необходимо вмешательство конституционной юрисдикции.

«Финальный аккорд» по этому вопросу отчётливо «звучит» в российском административном судопроизводстве — это полное отсутствие юрисдикции в отношении конституционных проступков, прямо не затрагивающих права определённых лиц (статья 218 Кодекса административного судопроизводства РФ⁹¹). Не могут стать предметом административного судопроизводства требования органов власти друг к другу по поводу исполнения конституционных обязанностей, соблюдения конституционных запретов и т. п. То есть ни конституционное, ни административное правосудие в России не обеспечивает эти конституционные нормы, чем, как видится, заведомо устранена возможность мирной политико-правовой конкуренции.

5. Вместо заключения

Если перефразировать Э. Гуссерля, то данное исследование продемонстрировало назревающую в последнее время необходимость вернуться «Назад, к конституции!». Как было показано в первых частях статьи, конституционные правонарушения имеют собственную объективную реальность точно так же, как уголовные преступления или административные правонарушения. Иными словами, существует объём потенциального поведения, прежде всего представителей власти, которым нарушаются основы, охраняемые самой конституцией, и который требует наличия механизмов конституционно-правовой защиты. Во-первых, это могут быть очевидные нарушения, не имеющие пересечений с отраслевыми деликтами (например, игнорирование *Advice and Consent Clause* Конституции США). Во-вторых, это могут быть не предусмотренные конституцией проявления власти, требующие контроля для исключения произвола (например, *скрытые* или *прерогативные* полномочия). Наконец, это могут быть поступки, охватываемые текущим законодательным регулированием (например, нарушение прав человека). В отсутствие механизмов конституционного контроля над действиями властей конституция остаётся *изначально беззащитной* перед первыми двумя категориями. Административная юстиция в свою очередь способна дать отпор последней категории деликтов, но лишь отчасти — только там, где наряду с конституцией нарушен какой-либо ординарный закон. Если же действие формально соответствует закону, но лишено, как было показано, «внутренней справедливости», то в административном судопроизводстве оно *остаётся без внимания, хотя и является одной из форм властного произвола*. Таким образом, если целью конституции является недопущение произвольного осуществления власти, то полностью достигнуть её без средств поведенческого конституционного контроля не представляется возможным. Именно поэтому во многих

⁹⁰ Sapienza A. Op. cit. P. 82, 85.

⁹¹ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 года № 21-ФЗ // Российская газета. 2015. 11 марта.

зарубежных правовых порядках бихевиористский конституционный контроль стал естественным гарантом прямого действия конституции, предоставляя средства защиты, недоступные административному процессу.

Возвращаясь с полученным знанием в отечественную действительность, отметим следующее. Во-первых, рассматриваемый механизм конституционного контроля над действиями властей является для российской правовой системы не новым, а «хорошо забытым старым». Вопросы непосредственной охраны российской Конституции регулировались в 1989–1994 годах сначала положениями Закона «О конституционном надзоре в СССР», а затем Закона «О Конституционном Суде РСФСР». И Комитет конституционного надзора, и первый состав Конституционного Суда активно пользовались этими полномочиями. В разное время проверке подвергались как правоприменительная практика, так и распоряжения, действия и решения должностных лиц. Во-вторых, в практике Конституционного Суда РФ после изменений 1994 года можно проследить принципиальные позиции в поддержку состоявшихся выводов. Он неоднократно указывал, что правовая природа Конституционного Суда делает его высшим судебным органом, призванным охранять Конституцию⁹². «Все споры, которые по своей юридической природе, характеру и последствиям являются конституционными, разрешаются в порядке конституционного судопроизводства, — в противном случае нарушались бы закреплённые Конституцией принципы, лежащие в основе разграничения видов судебной юрисдикции»⁹³. Упоминались в статье и многочисленные реакции Конституционного Суда на практику ординарных судов без возможности прямого коррекционного вмешательства в их деятельность. Не вызывает сомнения, что гораздо более эффективным в таких случаях был бы действующий во множестве стран институт прямой конституционной жалобы (*конституционной кассации*). Таким образом, концепция конституционного контроля над любыми властными проявлениями не чужда российской правовой традиции, а при условии достаточной разработанности темы она могла бы стать эффективным помощником органа конституционного контроля.

Библиографическое описание:

Лесив Б. Реалии и потенциал конституционного контроля над действиями и решениями властей: сравнительное исследование // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6 (139). С. 141–170.

Reality and potential of behavioral constitutional review: a comparative research

Bogdan Lesiv

MRes (Constitutional Law), Ph.D. Student, Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia (e-mail: forbod@bk.ru).

Abstract

Constitution does not just contain simple general phrases, but directly regulates the governmental relations and establishes specific procedure for usage of power. Therefore, this usage cannot be “this or that” — it can only be such as is prescribed or allowed by the Constitution. This formula is designed to minimize the abuse of power, arbitrariness, and inadequate invasion of individual freedom. Howev-

⁹² См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 17 июля 2014 года № 1567-О.

⁹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 2007 года № 3-П.

er, the established procedure would be no more than what Sartori called “a dead letter” if constitutional provisions were not supported by enforcement safeguards. Many legal orders, including almost all developed democracies, have such specialized mechanisms of constitutional review, which cover all types of governmental activity, whether it is the will of the legislature, executive acts, or judgments of courts. Citizens, as well as subjects of political arena, are provided with effective constitutional remedies. In other States, including Russia and some post-Soviet systems, only statutes (mostly laws) are subject to constitutional review. Actions and casual decisions of authorities can only be reviewed for compliance with the statutes in courts of general jurisdiction (administrative procedure). This article is an attempt to prove the existence of a separate body of constitutional misconduct, i. e. such possible manifestations of power, illegality of which is often difficult even to reveal in administrative proceedings due to the issues of a truly constitutional nature, let alone the possibility of curbing such acts by ordinary measures. The first paragraph presents an original classification of constitutional misbehavior — from a violation of a direct or implicit constitutional provision to a breach of the constitutional oath or citizens’ legitimate expectations. The second paragraph supports the theoretical dogma with the empirical basis, considering foreign practice of constitutional review. Real actions of the senior government officials of the United States, Germany, Austria, Italy, Australia, Lithuania, South Africa, etc. were held at various times as unconstitutional. The third paragraph is a discussion on the problem of administrative process’ capacity to ensure that the behavior of government is constitutional and to implement the goals of constitutionalism. Take, for instance, just some examples of constitutional misbehavior: religious-biased and intolerant speeches on the part of officials, the excess of “implied” powers, the unpredictable enforcement acts and executive decisions etc. There is no doubt that such misconduct is dangerous for constitutional democracy. But the real doubt is the ability and competence of administrative courts to judge such conduct on the merits of constitutionality. Research material shows that the legality of acts does not always mean their constitutionality, while the unconstitutionality of acts does not always mean the unconstitutionality of their statute ground. Thus, the author makes a valid conclusion that the power of behavioral constitutional review is an immanent characteristic of limited government and should be separated from statutory constitutional review.

Keywords

constitutional misconduct; unconstitutional actions; behavioral constitutional review; direct effect; rule of law.

Citation

Lesiv B. (2020) Realii i potentsial konstitutsionnogo kontrolya nad deystviyami i resheniyami vlastey: sravnitel'noe issledovanie [Reality and potential of behavioral constitutional review: a comparative research]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, vol. 29, no. 6, pp. 141–170. (In Russian).

References

- Antonenko V.M. (2014) *Pryamoe deystvie Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii: Avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk* [Direct action of the Constitution of the Russian Federation: Abstract of a dissertation ... candidate of legal science], Ekaterinburg. (In Russian).
- Arutyunyan G. G. (2009) Konstitutsionnoe pravosudie i razvivayushcheesya obshchestvo [Constitutional justice and developing society]. *Konstitutsionnoe pravosudie: Vestnik Konferentsii organov konstitutsionnogo kontrolya stran molodoy demokratii*, no. 1, pp. 10–24. (In Russian).
- Avak'yan S. A. (2000) *Konstitutsiya Rossii: priroda, evolyutsiya, sovremennost'* [Russian Constitution: nature, evolution, present], Moscow: Sashko. (In Russian).
- Bingham T. (2006) “The Rule of Law” Text Transcript. Available at: <https://www.cpl.law.cam.ac.uk/sir-david-williams-lectures2006-rule-law/rule-law-text-transcript> (accessed: 10.12.2020).
- Carolan E. (2009) *The New Separation of Powers: A Theory of the Modern State*, Oxford: Oxford University Press.
- Egorov I. (2020) Mezhdz zakonom i spravedlivost'yu [Between law and justice]. *Rossiyskaya gazeta*, 22 March. Available at: <https://rg.ru/2020/03/22/reg-cfo/egorova-moskovskie-sudy-testiruiut-sistemu-raspoznavaniia-rechi-i-lic.html> (accessed: 10.12.2020). (In Russian).

- Ellinek G. (1907) *Konstitutsii, ikh izmeneniya i preobrazovaniya* [Constitutional amendment and constitutional transformation], Saint Petersburg: Izdanie yuridicheskogo knizhnogo sklada “Pravo”. (In Russian).
- French R. (2010) Constitutional Review of Executive Decisions — Australia’s US Legacy. *University of Western Australia Law Review*, vol. 35, no. 1, pp. 35–48.
- Gudridge P.O. (2003) The Office of the Oath. *Constitutional Commentary*, vol. 20, pp. 387–404.
- Hamilton A. (1788) The Real Character of the Executive. In: *The Real Character of the Executive: The Federalist Papers*. Available at: <https://csac.history.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/281/2017/07/69.pdf> (accessed: 10.12.2020).
- Hayek F. (1944) *The Road to Serfdom*, Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Hansard T.C. (2017) *Hansard’s Parliamentary Debates. Third Series: Commencing with the Reign of William IV. Vol. 211: 35 and 36 Victoriae 1872*, London: Forgotten Books.
- Kavanagh A. (2015) The Constitutional Separation of Powers. In: Dyzanhaus D., Thorburn M. (eds.) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 221–239.
- Kruss V.I. (2007) *Teoriya konstitutsionnogo pravopol’zovaniya* [The theory of constitutional law], Moscow: Norma. (In Russian).
- Kumm M. (2010) The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, no. 2, pp. 141–175.
- Lesiv B.V. (2018) Neposredstvennaya zashchita prav cheloveka v konstitutsionnom sudoproizvodstve: voprosy teorii i opyt evropeyskikh gosudarstv [Direct protection of human rights in constitutional proceedings: theoretical issues and experience of European states]. *Konstitutsionnoe i munitsipal’noe pravo*, no. 10, pp. 70–76. (In Russian).
- Loewenstein K. (1937) Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *American Political Science Review*, vol. 31, no. 3, pp. 417–432.
- Locke J. (1988) Dva traktata o pravlenii [Two treatises of government]. In: *Sochineniya. Vol. 3* [Essays. Vol.3], in 3 vols., Moscow: Mysl’, pp. 135–405. (In Russian).
- Woolf H., Jowell J. L., Le Sueur A. P., Donnelly C. M. (2007) *De Smith’s Judicial Review*, 6th ed., London: Sweet & Maxwell.
- Luchin V.O. (2015) *Konstitutsiya Rossiyskoy Federatsii: Problemy realizatsii* [Constitution of Russian Federation: problems of implementation], Moscow: Yuniti-Dana. (In Russian).
- Madison J. (1788) The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. Available at: <https://csac.history.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/281/2017/07/51.pdf> (accessed: 10.12.2020).
- Malein N. S. (1985) *Pravonarushenie: ponyatie, prichiny, otvetstvennost’* [Offense: concept, reasons, responsibility], Moscow: Yuridicheskaya literatura. (In Russian).
- Mishin A.A. (1976) *Gosudarstvennoe pravo SShA* [Constitutional law of the USA], Moscow: Nauka. (In Russian).
- Montesquieu Ch.-L. (1999) *O dukhe zakonov*, Moscow: Mysl’. (In Russian).
- Nasyrova T. Ya. (1992) *Konstitutsionnyy kontrol’* [Constitutional review], Kazan’: Izdatel'stvo Kazanskogo universiteta. (In Russian).
- Rechkin R. (2015) Rossiyskiy sud: bessmyslenny i formal'nyy [Russian court: senseless and formal]. *Zakon.ru*. 3 June. Available at: https://zakon.ru/blog/2015/06/03/rossijskij_sud_bessmyslennyj_i_formalnyj%E2%80%A6 (accessed: 10.12.2020). (In Russian).
- Sager L. G. (1998) Preemption Controversies. In: Morrison A. B. (eds.) *Fundamentals of American Law*, New York: Oxford University Press.
- Samoshchenko I. S. (1981) Sovershenstvovanie zakonodatel'stva – zakonomernost' razvitogo sotsialisticheskogo obshchestva [Improvement of legislation as a consistent pattern of developed socialistic society]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 3, pp. 26–36. (In Russian).
- Sapienza A. (2018) Judicial Review of Non-Statutory Executive Actions: Australia and The United Kingdom Reunited? *University of Western Australia Law Review*, vol. 43, no. 2, pp. 67–102.
- Sartori G. (1962) Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *American Political Science Review*, vol. 56, no. 4, pp. 853–864.

- Sharpston E. (1990) European Community Law and the Doctrine of Legitimate Expectations: How Legitimate, and for Whom. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 11, no. 1, pp. 87–103.
- Sajó A. (2001) *Samoogranichenie vlasti* [Self-limitation of government], Moscow: Yurist. (In Russian).
- Shcheglovitov I. G. (1887) К вопросу о пределах повиновения незаконным распоряжениям и действиям должностных лиц [On the problem of limits of obedience to unlawful orders and actions of government officials]. *Yuridicheskiy vestnik*, vol. 25, no. 5, pp. 100–110. (In Russian).
- Tarasov I. T. (1887) Organizatsiya administrativnoy yustitsii [Formation of administrative justice]. *Yuridicheskiy vestnik*, vol. 26, no. 9, pp. 32–67. (In Russian).
- Troitskaya A., Khramova T. (2018) Osnovy osnov: ekspressivnyy i funktsional'nyy potentsial konstitutsionnykh ustremлений [Constitutional cornerstones: expressive and functional potential of constitutional aspirations]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, vol. 27, no. 1, pp. 54–79. (In Russian).
- Vile M. J. C. (1967) *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press.
- Vinogradov V. A. (2002) Aktual'nye problemy konstitutsionno-pravovoy otvetstvennosti [Actual problems of constitutional and legal responsibility]. *Zakonodatel'stvo*, no. 10, pp. 31–40. (In Russian).
- Zander M. (1959) The Act of State Doctrine. *American Journal of International Law*, vol. 53, no. 4, pp. 826–852.