

**Рождение и развитие конституционного контроля
Проблемы конституционного контроля в сравнительно-правовой
перспективе и с позиций болгарской правовой системы***

Танчев Е. - Председатель Конституционного суда Республики Болгарии.
etanchev@constcourt.bg
Перевод с английского Е. Бурмицкой.

В статье дается глубокий всесторонний анализ института конституционного контроля. Сделан экскурс в историю его появления и описано дальнейшее его развитие; охарактеризованы модели и структуры конституционного контроля, а также его виды, задачи и функции. Помимо этого, уделено внимание формам и правовым последствиям судебного контроля, осуществляемого конституционными судами. Заключительная часть статьи посвящена отдельным проблемам конституционного правосудия в Болгарии.

Ключевые слова: Конституционный контроль; судебная власть; Конституционный суд Болгарии; верховенство конституции; верховенство закона

1. Предыстория и развитие судебного контроля

С позиций правового позитивизма, равно как и с позиции последователей аналитической школы, судебный контроль в сфере конституционности законов основывается на действующей конституции, и все иные точки зрения относительно данного вопроса не должны признаваться.

Другие исследователи полагают, что за рождение судебного контроля конституционности законодательства является изобретением судей и ученых-правоведов, и трудно не согласиться с тем, что, действительно, судебный контроль конституционности и конституционные суды появились в США благодаря судье Джону Маршаллу, а в Австрии — благодаря выдающемуся правоведу Гансу Кельзену.

До сих пор никто не спорил по поводу даты появления конституционного контроля. Он появился в 1803 году благодаря знаменитому решению Верховного суда по делу Мэрибери против Мэдисона и серьезному и тщательному обоснованию данного решения председателем Суда Дж. Маршаллом. Это решение может считаться историческим актом, имеющим значение, которое могло бы сравниться лишь с принятием в 1783 году Конституции США. И подобно тому, как отцы-основатели этим шагом обеспечивали сохранение независимости объединившихся в Союз североамериканских штатов и успешного развития этого Союза, конституционный судебный контроль обеспечивал верховенство и устойчивость существования федеральной Конституции. И все же мы могли бы обратиться к поиску прототипов такого контроля, которые, видимо, существовали на более ранних этапах развития, поскольку, как показывает история, практически ни одна идея или феномен не родились в одночасье, явившись в сей мир из ниоткуда.

Вне всяких сомнений, важнейшей предпосылкой зарождения конституционного судебного контроля стало обретение конституцией статуса «основного закона страны» или «верховного закона». Если мы распространим концепцию верховного закона на другие источники права, до появления писаной конституции, то обнаружим зачатки конституционного судебного контроля уже в Античности. Классическим примером в этом смысле является Древняя Греция. В Афинском государстве *потои* рассматривались как высшие законы и была разработана сложная и длительная процедура их изменения. На лицо, предложившее внести изменения в закон, возлагалась тяжелая ответственность в случае, если поправка впоследствии не была принята или оказывалась нецелесообразной. В один из периодов греческой истории, в V веке до н.э., такое лицо даже могло быть подвергнуто смертной казни. Специальная комиссия, именовавшаяся *helea*, формировалась в рамках народного собрания для того, чтобы отсеивать новые законы и предлагавшиеся поправки в целях обеспечения верховенства действующих законов и снизить число непригодных законопроектов. Хотя такая проверка определенно не являлась судебной деятельностью и не выполнялась судьями, ее же это можно рассматривать в качестве первого примера или как предпосылку конституционного судебного контроля².

Другой предпосылкой появления конституционного судебного контроля можно считать политические идеи мыслителей об ограничении произвольного использования власти, обсуждавшиеся со времен Античности, средневековья и в особенности с начала эпохи Просвещения. Так, Аристотель, Полибий Цицерон были первыми, кто разработал концепции смешанных форм правления и разделения властей.

* Статья подготовлена на основе доклада, представленного на международной конференции по случаю 20-летия Конституционного Суда Российской Федерации «Конституционный контроль: доктрина и практика» 28-29 октября 2011 года в Санкт-Петербурге.

² См.: *Leoni B. Freedom and the Law.* Princeton, NJ: Van Nostrand, 1961. P.77-78; *Cappelluti M., Cohen W. Comparative Constitutional Law: Cases and Materials.* Charlottesville, VA: Bobbs-Merrill, 1979. P.5-6.

Конечно, едва ли в их трудах можно отыскать схему, которая хотя бы отдаленно напоминала конституционный судебный контроль, даже если бы были найдены их утраченные произведения.

Семена идеи о необходимости ограничения власти произросли из различных течений правовой науки, политической мысли и практики еще до того, как восставшие бароны заставили короля Иоанна Безземельного подписать Великую хартию вольностей (*Magna Carta Libertatum*). С тех пор как св. Фома Аквинский пришел к выводу о том, что несправедливый закон вообще не является законом и никто не обязан ему подчиняться, было предложено множество механизмов ограничения власти. Области такого рода исследований были обширными, а предлагавшиеся в те времена средства включали:

- гражданское неповиновение деспотическому управлению даже в форме введения закона (вне сомнений, корни идеи о гражданском неповиновении восходят к учению Софокла);
- введение системы разделения властей, концепция, которая была предложена Марсилием Падуанским в рамках его исследований, посвященных конфликту между церковью и государством, и получившая особенно интенсивное развитие в период эпохи Просвещения, прежде всего в работах Дж.Лока, Ш.-Л. Монтескье, аббата Мабли и других;
- сопротивление, свержение и даже убийство деспотического монарха, если его приказы противоречат закону Господа, нарушают его заповеди или разрушают церковь³;
- прекращение поддержки народом власти деспота⁴;
- сопротивление угнетению в форме восстания и свержения основанного на произволе тиранического правления⁵.

Различные течения политической мысли предлагали разнообразные обоснования необходимости ограничения деспотического правления и законов:

- сторонники естественно-правовой теории считали, что такие законы и формы правления противоречат естественному праву;
- представителями общественной теории общественного договора такие законы и формы правления были объявлены нарушением этого договора;
- теоретиками радикального демократического толка они рассматривались как узурпация народного суверенитета.

Предполагалось, что все эти меры против несправедливости и угнетения являются спонтанными, хаотичными и крайними. Они не были задуманы как институциональные ограничения, нацеленные на борьбу со злоупотреблением государственной властью, как институциональные сдержки, которые были бы доступны обществу за сравнительно невысокую плату — по цене, которую могли бы заплатить все граждане и каждый из них в отдаленности, тот, кто мог позволить себе понести соответствующие судебные расходы.

Конституционный судебный контроль является одной из таких упорядочивающих сдержек, неотделимых от либерального конституционализма. Он дисциплинирует правительство, предупреждая проявления авторитаризма и основанного на произволе правления; он служит важнейшим инструментом защиты в случаях нарушения конституционных прав человека. Другой очень важной ролью судебного контроля в политической системе является функция «предохранительного клапана», снижающего уровень социального напряжения, предотвращающего радикальные изменения и защищающего меньшинство от давления со стороны большинства. Разрешая глубокие социальные и политические конфликты, представленные в виде конституционных дел, судебный контроль снижает социальную напряженность и предотвращает ее трансформирование в общественные беспорядки, войны и восстания. Политические противоречия формулируются и разрешаются в виде правовых вопросов.

Первые прецеденты, получившие всеобщее признание ученых-конституционалистов и цитируемые в качестве первоисточников современного судебного контроля, появились в британской конституционной практике. В начале XIX века в Великобритании благодаря судье Эдварду Коуку была сформулирована концепция, которая вошла в практику на основе принципа верховенства общего права. Относительно знаменитого дела Бонхэма 1610 года Коук заявил следующее: «Во многих случаях общее право имеет приоритетную силу перед актами Парламента и позволяет признавать их ничтожными: поскольку, когда акт Парламента не соответствует общему праву и здравому смыслу, а сам по себе является противоречивым или неисполнимым, общее право имеет приоритет над ним и позволяет признать такой акт юридически ничтожным»⁶. Как бы то ни было, этот прецедент не привел к развитию полноценной

³ Во времена частичного восстановления прав французских гугенотов после их массового истребления в ночь на св. Варфоломея. См.: *Bru tus S. J. Vindiciae Contra Tyrannos*. 1579.

⁴ См.: *La Buassie E. Chains of the Voluntary Servitude*. 17th century, France.

⁵ См.: *Buchanan G. The Powers of the crown in Scotland / Being a translation with notes and an Introductory essay, of George Buchanan's «De Jure Regni apud Scotos»* by Ch. F. Arrowood.

Austin: University of Texas Press, 1949. P. 89. В США Томас Джефферсон намеревался интегрировать право на революцию в систему управления. Небольшое восстание каждые 20 лет должно было контролировать склонности правителей к установлению тирании.

⁶ *Coxe B. An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*. Philadelphia, PA: Kay and Brother, 1893. P. 24.

системы конституционного контроля в Великобритании; возможно, это было продиктовано двумя факторами. В последующие годы королевская власть достигла пика своего абсолютного господства, а в период революционных беспорядков никто не издал акт, который утвердил бы конституционный судебный контроль⁷.

Почему конституционный контроль появился в европейском конституционализме столь поздно? Первые модели были созданы в Европе более чем на столетие позже того, как было рассмотрено дело Мэрбери против Мэдисона, после Первой мировой войны в большинстве стран даже после 50-х гг XX века. Анализируя дела, в рамках которых было установлено, что контроль конституционности законов является неотъемлемой частью современной конституционной системы необходимо отметить:

- 1) наличие писаной конституции;
- 2) готовность правящих элит, партий, лидеров и общества в целом соблюдать принцип высшей юридической силы конституции и верховенства права (иными словами, наличие демократической политической и правовой культуры);
- 3) сбалансированность правительства основанного на принципе разделения трех ветвей власти, а также отделения источника конституционной власти (народа. — *При. пер.*) от институтов государственной власти учреждаемых на основе конституции, а также (баланс) между союзом и его членами в федеративных системах;
- 4) отсутствие признаков произвольного правления как в системе исполнительной власти в форме единоличного правления, и в системе законодательной власти — в форме верховенства законодательного органа или законодательного деспотизма;
- 5) отказ от неконтролируемого народного суверенитета, реализуемого в самой непосредственной форме или форме всесильного законодательного органа как тирания большинства;
- 6) соблюдение индивидуальных свобод и прав меньшинств.

Принимая во внимание эти аспекты проблемы, можно ответить на вопрос о том, почему в Европе конституционный контроль появился столь поздно, а также почему он был невозможен в древности, в Средние века, в коммунистических и фашистских системах в некоторых странах третьего мира. Некоторые из этих причин объясняют, почему во Франции очень ограниченная система конституционного контроля появилась лишь в 1958 году, почему Президент и премьер-министр были единственными лицами, которым было дано право на обращение, хотя почти за десятилетие до того, как было принято решение по делу Мэрбери против Мэдисона, Аббат Сийес тоже предложил создать систему судебного контроля. В какой-то мере это дает ответ на предположение Б. Константа о том, что глава государства должен быть четвертой ветвью власти, что задумывалось как *pouvoir neutre*, то есть нейтральная власть.

2. Модели и структуры конституционного контроля

Внимание к конституционности законов проявляется в современном мире в различных формах. Общим правилом является то, что контроль конституционности законов должен осуществляться вне рамок законодательной и исполнительной ветвей власти⁸. Истории неизвестны сколь-нибудь серьезные попытки передать функцию конституционного контроля исполнительной власти, хотя даже в Филадельфии законодатели рассматривали возможность создания Комитета по проверке конституционности при высшем органе исполнительной власти штата, а в Болгарии в 80-х годах XX века было выдвинуто предложение создать аналогичный орган при Президенте. К счастью, эти попытки передать конституционный контроль главе государства не возобладали, поскольку в итоге они привели бы, вне всяких сомнений, к единоличному правлению, так как хорошо известен тот факт, что эта компетенция была скрытой прерогативой абсолютистских монархов или диктаторов, хотя и основывалась на очень специфичной предпосылке. Король мог единолично контролировать конституционность, поскольку он был единственным лицом, которое знало, о чем говорит конституция, поскольку это было в те времена, когда принципы государства являлись оправданием государственного интереса и смысла власти (*raison d'Etat*), монарший суверенитет и правление человека, а не закона.

Попытки включить конституционный контроль в число полномочий законодательных органов были равным образом неудачны, поскольку единственным результатом, которого можно добиться таким образом, было бы появление сверхсильного деспотического парламента или конвента, подобного тому, что имел место при режиме якобинцев во Франции в 1793 году. Конституционный контроль, осуществляемый органом законодательной власти, превратился бы в устрашающее орудие законодательного контроля. Верховенство конституции в этом случае потеряло бы всякое значение, поскольку оно растворилось бы в верховенстве закона.

Таким образом, возможных решений для всех моделей оставалось два: передача функции по конституционному контролю законов судам либо создание специального института вне рамок обычной

⁷ С тех пор как «Инструмент правительства», созданная О.Кромвелем республиканская конституция, был отменен, Великобритания даже не пыталась закрепить правительственные отчисления и фундаментальные свободы в писаной конституции.

⁸ См.: *Naratyanyan G., Maveic A. The Constitutional Review and Its Development in the Modern World. Yerevan; Ljubljana: Hayagitak, 1999. P. 12-35.*

системы судебных органов. В связи с этим можно вспомнить об обесценивании такого института, приведенное А. Гамильтоном в «Записках федералиста», а так же книгу ведущего американского специалиста по конституционному праву Александра Бикеля «Наименее опасная ветвь».

Последователи Ж.-Ж. Руссо и Дж. Бентама, придерживающиеся доктрин народного суверенитета и верховенства закона, все еще оспаривают допустимость и рациональность передачи функций по конституционному контролю судам. Как говорил Дж. Бентам: «Передайте судьям полномочия по признанию недействительными актов (законов) — и вы передадите часть верховной власти собрания, в котором народ имел некоторое участие, по крайней мере в форме выбора, иной группы лиц, в выборе которых народ не принимал ни малейшего участия»⁹. К этому доводу небольшое дополнение было сделано теми последователями, которые в особенности были склонны порицать и обвинять судей в посягательстве на законодательную и даже конституционную власть и узурпации, когда они объявляют закон, противоречащий конституции, недействительным. Толкуя конституцию, суды развивают значение конституционных положений и фактически приспособляют конституцию к новым реалиям. «Иногда суды именуют независимыми законодателями, лидерами общественного мнения, арбитрами в спорах между ветвями власти, катализаторами общественных изменений, а также основными институтами, которые ведут Америку к "судейскому правлению"»¹⁰. Критики судебного контроля конституционности заочно именуют Верховный суд ведущим законодателем¹¹, верховным законодательным органом¹², последней инстанцией, которая раскрывает намерения творцов конституции¹³, а также третьей палатой (Конгресса. — *Примеч. пер.*) или постоянно действующим конституционным (учредительным) собранием¹⁴.

В зависимости от структуры его осуществления конституционный контроль может быть децентрализованным или централизованным. В децентрализованной системе судебный контроль осуществляется множественными институтами, обычно судами, а в централизованной системе конституционный контроль осуществляется единым институтом, который является судом или специализированным советом по конституционному контролю.

Предварительный конституционный контроль представляет собой единственную форму конституционного контроля, существующую во французской Пятой республике, в то время как в других странах, таких как Австрия, Венгрия и другие, она сочетается с последующим контролем конституционности. При этом предварительный контроль конституционности может быть только абстрактным, в то время как последующий конституционный контроль может быть как абстрактным, так и конкретным.

Разнообразные системы конституционного контроля, существующие в современном мире, могут быть отнесены к четырем моделям:

а) американская модель судебного контроля применяется в Японии, Норвегии, Дании, Бразилии, Аргентине, Чили, Гондурасе, Гватемале и других странах Латинской Америки в течение тех периодов времени, когда у них действуют демократические конституции. Судебный контроль осуществляется *всеми судами в рамках данных судебных систем*;

б) другая модель: функция судебного контроля может быть отнесена к ведению *верховного суда*. Эта модель существует в рамках конституционной системы Индии, Австралии, Швейцарской Конфедерации, Ирландии, Канады, Южной Африки и других стран. Никакие иные суды не могут выносить решения относительно конституционности, кроме верховного суда государства. Общим обоснованием этого является то, что конституционный контроль законов представляет собой довольно сложную деятельность и должен выполняться только судьями, обладающими наилучшей квалификацией и значительным профессиональным опытом;

в) в третьей модели контроль конституционности осуществляется специальным судом — *конституционным судом*. Эта система преобладает в Европе, и лучшими мерами могут служить Австрия, Германия; Италия, Испания, Португалия, Турция, большинство конституционных демократий в Центральной и Восточной Европе, независимые республики бывшего Советского и другие. Тем не менее интересная особенность имеет место в Германии. Централизованный конституционный контроль, осуществляемый Федеральным конституционным судом, не означает, однако, что децентрализованная система судебного контроля, существовавшая в Германии, полностью прекратила свое действие. В то время как Федеральный конституционный суд обладает исключительными полномочиями по пересмотру

⁹ Bentham J. *A Comment on the Fragment of Government*. London, 1974. P. 488.

¹⁰ The New American Political System / Ed. by A.King. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1980. P. 17; Bickel A.M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill, 1962. P. 229; Abraham H.J. *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1978. P. 6; Neely R. *How Courts Govern America*. New Haven, CT: Yale University Press, 1981. P. 12-19.

¹¹ См.: Berte A. A. *The Three Faces of Power*. New York: Hartcourt, Brace & World, 1967. P. 49.

¹² См.: Miller A.S. *Judicial Activism and American Constitutionalism: Some Notes and Reflections // Constitutionalism* / Ed. by J.R.Pennock, J. W.Chapman. New York: New York University Press, 1979. P. 357.

¹³ См.: Corwin E. *The Constitution and What it Means Today*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1957. P. 252.

¹⁴ См.: Hand L. *The Bill of Rights*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1958. P. 73.

федеральных законов, все германские суды могут осуществлять судебный контроль, пересматривая иные акты, которые могут протеворечить конституции.

Создание конституционных судов предусматривается конституциями всех вновь возникших демократических государств. И конституции республик бывшего Советского Союза предусматривают эту модель взамен старых комитетов по конституционному контролю, созданных в период горбачевской перестройки, но в итоге оказавшихся неудачным экспериментом.

Впервые конституционный суд был создан в 1920 году на основе австрийской Конституции. Первоначально эта идея предполагала введение централизованного и строгого институционализованного судебного контроля, инициированного знаменитым европейским ученым-юристом Г. Кельзенем. Почти одновременно эта концепция появилась в 1920 году в Конституции Чехословакии. Как бы то ни было, в период, предшествовавший окончанию Второй мировой войны, контроль конституционности не оправдал ожиданий разработчиков конституции. В основном конституционные суды рассматривали споры между федеральным правительством и правительствами субъектов федерации. Поскольку в авторитарных и тоталитарных государствах принцип верховенства права не признавался, конституционные суды появились в конституциях большинства европейских государств и стали бурно развиваться лишь после Второй мировой войны.

Модель судебного контроля, предполагающая создание специализированных конституционных судов, имеет определенные особенности, которые отличают эту систему от иных видов контроля конституционности законов. Конституционный суд располагается вне общей судебной системы, хотя он и обладает собственной компетенцией в области отправления правосудия. В Европе конституционные суды традиционно рассматриваются как особый вид политических судов, предназначенных обеспечивать верховенство конституции, соответствие правительства конституционным нормам, а также как высоко поставленный и важнейший институт в области защиты прав человека. Конституционные суды могут оценивать конституционность любых актов парламента, президента, равно как и некоторых актов правительства. Неконституционность и несоответствие законам актов, издаваемых высшими органами исполнительной власти, а также иных актов является предметом рассмотрения специализированных административных судов, существующих в рамках судебной системы.

Конституционные суды уполномочены рассматривать дела по спорам между органами власти, возникающим из горизонтального и вертикального разделения властей.

В отличие от Верховного суда США, конституционные суды разрешают споры в рамках политической жизни страны, например дела, связанные с проверкой результатов всеобщих выборов, проверкой действительности парламентских мандатов, принятием решений о конституционности политических партий, отказом некоторых избранных на определенные должности лиц дать клятву на конституции на тех основаниях, что это противоречит некоторым ее положениям. Конституционные суды могут признать недействующим закон или его часть, признанную не соответствующей конституции, и их решение имеет общеобязательную силу.

Некоторые конституционные суды имеют полномочия по толкованию норм конституции.

Существуют конституционные суды, которые также призваны компенсировать отсутствие второй палаты парламента в процессе президентского импичмента, поскольку часть парламента европейских стран имеет одну палатную структуру.

Отдельные конституционные суды сочетают предварительный контроль конституционности с последующим контролем, который выполняется после того, как акт вступил в силу (Венгрия);

г) наконец, модель, в которой проверка конституционности выполняется *специально созданным политическим институтом, не являющимся судом.*

Этот институт создается вне рамок традиционных ветвей власти. Эта уникальная система контроля конституционности была предусмотрена в Конституции французской Пятой республики и с некоторыми поправками успешно функционирует во Франции с 1958 года. Как бы то ни было, аналогичная модель, когда ее попытались применить в бывшем Советском Союзе, потерпела полный провал.

Конституционный совет Франции был первым и трудным опытом институционализации конституционного контроля во Франции, хотя концепция конституционного контроля была разработана еще в период французской революции аббатом Сийесом. Диктаторские режимы, так же как и сами понятия парламентского верховенства и народного суверенитета, ведущие к плебисцитарной демократии, были против конституционного контроля еще полтора столетия спустя после революции.

Первоначально французский Конституционный совет был задуман как авторитарный инструмент исполнительной власти, поскольку лишь Президент и премьер-министр имели право на обращение с запросом о проверке проектов законов. В течение 70-х годов XX века была принята очень важная конституционная поправка, которая давала право на такой запрос группе, состоящей из определенного числа депутатов обеих палат парламента.

Другой важный шаг был сделан самим Конституционным советом. В одном из своих решений Совет расширил содержание Конституции, дав свое толкование преамбулы Конституции, в которую были

включены две важнейшие декларации о правах человека. С тех пор Конституционный совет принял на себя роль защитника фундаментальных прав и свобод;

д) еще одна модель представлена в институте, каковым является *Совет стражей конституции*, созданный в Иране в 1979 году.

Этот институт был создан в целях охраны принципов ислама и принципов конституции, для того чтобы избежать какого бы то ни было конфликта между исламскими принципами и законами, принимаемыми парламентом (ст. 91). Совет стражей конституции состоит из шести представителей духовенства, «которые справедливы, имеют глубокие познания исламской юриспруденции, а также знают о современных нуждах». Они отбираются руководителем страны. (Стоит упомянуть, что руководитель страны в соответствии со статьей 110 назначается наиболее высокопоставленными представителями судебной власти Исламской Республики). Другие 6 членов являются юристами, специализирующимися в различных областях права, «из числа мусульманских юристов», которые номинируются Верховным судебным советом и утверждаются Собранием.

3. Виды конституционного контроля и его задачи

Нормы конституций и законодательных актов наделяют конституционные суды широкими полномочиями, которые чаще всего отождествляются или рассматриваются как их функции. Однако, хотя функции конституционного суда идентифицируются с его полномочиями, мы можем заметить, что они в значительной степени отличаются друг от друга в различных странах, поскольку в дополнение к проверке конституционности законов их полномочия могут включать в себя и проверку конституционности избирательного процесса, признание итогов выборов недействительными, гарантирование автономии местного самоуправления, вынесение решений относительно конституционности политических партий, а также вынесение решений в рамках уголовных дел против высших должностных лиц государства.

Вынесение решений о соответствии международных договоров нормам конституции государства, предшествующее их ратификации парламентом, решений о соответствии национальных законов ратифицированным, подписанным и вступившим в силу международным договорам, а также принципам обычного международного права составляет еще одну группу вопросов, относящихся к сфере компетенции конституционных судов.

Необходимо подчеркнуть, что, в то время как список полномочий конституционных судов ошибочно воспринимается как их функции, полномочия являются только способами, которые служат тому, чтобы конституционные суды выполняли свои функции по проверке конституционности законов.

Хотя зарождение и эволюция конституционного контроля происходили различными способами в зависимости от конституционного устройства и правовой семьи, к которой относится каждый отдельно взятый институт который призван проверять соответствие законодательства конституции, все эти институты разделяют одни и те же либеральные демократические принципы и ценности. Защита принципа верховенства закона, начиная с верховенства конституции и фундаментальных прав человека, была общей доминантой, в то время как различие касалось путей развития, роста, логики обеспечения исполнения судебных решений, а также круга судебных учреждений, осуществляющих конституционный контроль.

Зачастую появление и развитие институционализированных элементов конституционного контроля оценивалось скорее как чистая интеллектуальная концепция, исходящая от судей и профессоров-юристов, чем как результат ключевых характеристик англо-американской (англосаксонской) романо-германской правовых систем. Не желая ни в коей мере умалить вклад Председателя Верховного суда США Джона Маршалла или Ганса Кельзена в сфере создания системы конституционного контроля, мы представляем себе дело так, что контекст принадлежности к той или иной «правовой семье» оказал большее влияние на данный процесс и являлся ключевым по значимости в формировании принципов, а также агентов/института конституционного контроля. И та, и другая правовая семья», как англо-американская и романо-германская, придавали различное значение той роли, которую выполняют в этом процессе судьи и законодатели. В рамках правовой традиции общего права правовые нормы в основном формулировались судами, которые создавали юридическое правило в каждом судебном решении так, чтобы оно соответствовало требованиям справедливости в каждом конкретном случае. В рамках прецедентной системы это правило приобрело нормативное значение путем его применения к аналогичным случаям и ситуациям.

В то время как в США судьи пользовались большим доверием и авторитетом еще с колониальных времен, в Европе парламентарии и должностные лица исполнительной власти относились к судам с большим подозрением.

В основе появления децентрализованного конкретного судебного контроля конституционности законов лежали две предпосылки — прецедентная система и суды общей юрисдикции. Отсутствие этих предпосылок обрекало на провал все попытки перенести американскую систему на европейскую почву¹⁵. В рамках романо-германской правовой семьи, в особенности после Французской революции, с одной

¹⁵ См.: Favoreu L. Les Cours constitutionnelles. 3^e ed. Paris: Presses universitaires de France, 1996 (*Фаворьо Л.* Конституционные суды, Софий: УИ «Св. Кл. Охридски», 2002. С. 10-15).

стороны, утвердилась система позитивного законодательства и общие принципы признания и эффективности правовых норм (*general validity rule making*), а с другой стороны, были введены различные ограничения на нормотворчество судей¹⁶. Их крайними формами были правило, согласно которому судьи должны применять законы, но не толковать их, правило, ставшее известным как «граммофонное правосудие», означающее, что судья должен включать при рассмотрении дела запись, подготовленную за законодателем, а также «телефонное правосудие», когда представители исполнительной власти оказывают давление на суд с тем, чтобы добиться вынесения судом желаемого решения¹⁷. Для того чтобы удерживать «позитивного» законодателя в рамках конституции, был необходим «негативный» законодатель, но суды общей юрисдикции не могли выполнять эту функцию, поскольку судьи общей юрисдикции и сами были связаны законодательными нормами. Децентрализованный конституционный контроль в континентальной правовой системе не смог бы функционировать из-за отсутствия доктрины и практики *stare decisis*, объединяющих систему посредством правила прецедента. Поэтому возникла необходимость создания специализированного конституционного суда, который мог бы выполнять абстрактный последующий контроль конституционности законов, принимаемых парламентом, с тем чтобы обеспечить их соответствие конституции как высшему нормативному акту государства¹⁸. Сегодня конституционные суды и иные формы конституционного контроля признаются повсеместно как часть европейского конституционного наследия¹⁹. Ученые все еще спорят, было ли появление конституционного контроля результатом провозглашения народного суверенитета и демократических стремлений на низовом уровне или же он был введен по инициативе политических элит²⁰. Последнее было названо «страховой» или «залоговой моделью». Введение судебного контроля представлялось своего рода инвестицией в безопасность, неким обеспечивающим залогом, защищающим бывшую правящую партию, занявшую место оппозиционной²¹.

Несколько типов функций могли бы стать отличительными чертами институтов судебного или конституционного контроля. Функции могли бы быть разделены на универсальные, выполняемые всеми органами, наделенными полномочиями в области контроля со стороны конституции, или специальными — состоящими из тех отдельных институтов, которые были наделены в некоторых национальных государствах ролью защитников высшего закона государства. В соответствии со своей природой конституционные суды выполняют функции конституционные (правовые) и общественно-политические. Они могут быть в строгом смысле национальными, когда национальные суды наделены этими функциями конституцией государства, либо наднациональными, когда они выполняются международными судами. Наконец, они могут рассматриваться как очевидные (неотъемлемые), подразумеваемые или заместительные, когда органы конституционного контроля выступают в роли института, который не был создан учредительной властью, но присутствует в конституциях других стран.

Попытка дать обзор наиболее важных функций конституционных судов предполагала бы перечисление, не претендующее на исчерпывающий список. Кроме того, было бы непродуктивно пытаться определить, какие из них наиболее важны, или предложить иерархическую структуру различных функций конституционных судов. Как бы то ни было, все функции могут быть разделены на две группы. Первая включает в себя **функции, которые являются общими для всех конституционных судов и органов, наделенных компетенцией по проверке конституционности законов.**

1. Разработчики конституций рассматривали конституционные суды как гарантов конституционного верховенства. Конституционные суды выполняют функцию верховного стража конституции. Представляется, что все полномочия конституционных судов сориентированы именно в этом направлении. Как бы то ни было, это характерно лишь для наиболее типичного из полномочий конституционного суда — абстрактного контроля конституционности судов, имеющего общеобязательную силу. Там, где были созданы конституционные суды, абстрактный последующий контроль стал их монополией, при этом конституционность, соответствие правовых актов конституции презюмировалась всеми другими юридическими субъектами, если только конституционные суды не признавали эти акты

¹⁶ Некоторые приписывают появление централизованного конституционного контроля, при котором имеет место юрисдикционная монополия, европейскому юридическому образованию, роли судей-карьеристов в решении политических вопросов, слиянию исполнительной и законодательной власти в должности премьер-министра из-за его положения руководителя партии, выигравшей на всеобщих выборах, а также признанию и защите фундаментальных прав человека. См.: *De Andrade G.F. Comparative Constitutional Law: Judicial Review // Journal of Constitutional Law. Vol. 3. 2001. No. 3. P. 977-989.*

¹⁷ Автором терминов «фонограммное» и «граммофонное» правосудие является Ф.Нейманн. См.: *Neumann F. The Democratic and Authoritarian State. Glencoe, IL; New York: The Free Press, 1957. P. 38.*

¹⁸ По данному вопросу см. подробнее: *Cornelia V.F. Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective. New Haven, CT; London: Yale University Press, 2009. P. 3-29.*

¹⁹ Более 80 % писанных конституций во всем мире содержат специальные нормы относительно конституционного контроля. См.: *Ginzburg T. The Global Spread of the Constitutional Review // Oxford Handbook on Law and Politics / Ed. by K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira. Oxford: Oxford University Press, 2008. P81-98.*

²⁰ См.: *Schor M. Mapping Comparative Judicial Review // Washington University Global Studies Review. Vol 7. 2007. P.257-287 (http://www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7_2/Schor.pdf).*

²¹ См.: *Ginzburg T. Judicial Review in the New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2003. P. 24-25.*

неконституционными.

2. Конституционный контроль был голосом конституции и стражем ее норм, созданных учредительной властью. В соответствии с классической демократической теорией национальная государственная учредительная власть как выражение народного суверенитета создает конституцию и не имеет отношения к законотворчеству, исполнительной власти, а также осуществлению правосудия и разрешению дел судами. Учредительная власть не исчезает, но переходит в латентное состояние или «засыпает». Она возрождается к жизни и становится активной, когда условия конституционного контракта нуждаются в изменении или политические элиты пришли к политическому решению принять новую конституцию²². Когда учредительная власть находится в латентном состоянии, точное значение конституционных норм озвучивает конституционный суд, который может толковать их, оставаясь, однако, в рамках замысла создателей конституции. Даже самый горячий проponent судебного активизма должен признать, что толкование конституции конституционным судом может сделать ее положения более соответствующими современности, но не может изменить или расширить ее содержание, выйдя за рамки воли ее создателей. Процесс роста конституции не тождествен изменению конституции, которое находится в исключительном ведении учредительной власти как эманации народного суверенитета.

В рамках этой функции конституционные суды преимущественно выполняют роль по оглашению конституционных норм и сохранению содержания конституции таким, каким оно было создано учредительной властью посредством народного суверенитета. Хотя широко распространенное мнение о том, что разделение между учредительной властью и учреждаемыми ею властями является монополией континентальной правовой семьи, утвердилось со времен Сийеса, необходимо подчеркнуть, что в американской системе этот принцип был провозглашен как необходимая предпосылка появления судебного конституционного контроля самим судом. Правовая система Великобритании, где соблюдается принцип парламентского суверенитета, должна рассматриваться как исключение, поскольку идея о том, что должна существовать власть, стоящая над парламентом и за пределами доступности для внесения парламентских поправок, подрывает принцип парламентского суверенитета. В знаменитом решении Мэрбери против Мэдисона судебный контроль был закреплен как гарантия безопасности, поскольку «законодатель может изменить конституцию обычным актом»²³.

3. Законодательство о конституционных судах как важнейшая судебная гарантия фундаментальных прав человека. Несомненно, роль судов (в области защиты основных прав и свобод. — Примеч. пер.) является краеугольным камнем легитимизации судебного контроля конституционности за конов. Именно роль судов как защитников фундаментальных конституционных прав и свобод позволила одержать победу над радикальной демократической оппозицией, противившейся конституционному контролю за конов судами. Парламенты являются продуктом непосредственной восходящей процессуальной демократической легитимизации посредством выборов; они наделены демократической волей нации или большинства электората. В сравнении с этим источником легитимизации суды, состоящие из судей, которые никогда непосредственно не избираются народом, обретают свою легитимность, защищая фундаментальные права человека как последняя и высшая национальная инстанция по защите прав человека и важнейшее средство защиты конституционных свобод от нарушений на права человека нормами парламентского законодательства.

4. Конституционные суды выступают в роли хранителей границ, которые следят за тем, чтобы государственные институты оставались в конституционных рамках своих полномочий. Эта функция конституционных судов, как бы то ни было, предстает в различных формах посредством всех реализуемых ими конституционных полномочий.

5. Конституционные суды действуют как юридические арбитры или посредники в конституционном и юридическом арбитраже по разрешению конфликтов. В этом смысле статус конституционных судов может быть сравним с нейтральной властью или *roi-vioir neutre*, описанной Б. Констаном²⁴ и приписываемой руководителю государства, выполняющему роль нейтрального арбитра, который разрешает конфликты, ослабляет их или усиливает, выступает посредником в институциональных конфликтах или договаривается о решении, которое окажется приемлемым для всех участников и нации в целом. В отличие от этой позиции главы государства, выступающего в роли политического арбитра, конституционные суды выполняют конституционный арбитраж, то есть конфликты между властями разрешаются на основе и в рамках конституции.

6. Конституционные суды выполняют роль антимажоритарного сдерживателя, предупреждающего деспотические настроения большинства в правительстве. В контексте либеральной демократии суды выполняют функцию по предотвращению того, чтобы большинство подавляло

²² О разработке конституции как акта высшего политического решения относительно вида и формы политического образования см.: Schmitt C. *Constitutional Theory*. Durham, NC: Duke University Press, 2008. P. 75-94.

²³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

²⁴ См.: Constant B. *Principles of Politics Applicable to All Representative Governments* // Constant: *Political Writings* / Ed. by B. Fontana. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1988. P. 170-307, 183-194.

опозицию, защищая права меньшинств. Воз можно, наиболее симптоматичная часть этой функции заключается в рассмотрении конституционных судов обращений парламентских меньшинств — партий или депутатских групп, требующих признания неконституционности (тех или иных актов. — Примеч. пер.).

Обращаясь в конституционный суд с индивидуальной конституционной жалобой, лица, фундаментальные права которых были нарушены парламентским законодательством, принятым большинством, располагают важным инструментом борьбы с тиранией большинства, нарушающего конституцию.

7. Конституционные суды выступают в роли предохранительного клапана, снижающего уровень социальной напряженности, предотвращающего беспорядки, а также предупреждающего саморазрушение конституционной и правительственной системы или от их насильственного разрушения внеконституционными, внепарламентскими или незаконными действиями. Одно из первых объяснений того, как функционируют процессы, механизмы и институты, выполняющие роль предохранительного клапана, принадлежит Н.Макиавелли задолго до появления конституционного контроля законодательства. «Тем, кто назначены обществом стражами общественной свободы, не может быть дано более полезное или необходимого полномочия, нежели право обвинять перед лицом народа либо какого-либо совета или суда тех граждан, которые каким-либо образом совершили преступление против свободы своей страны. Закон такого рода имеет два следствия, полезных для Государства: во-первых, гражданам из страха быть обвиненными не будут участвовать в действиях, губительных для Государства, или же если будут в них замешаны, то должны быть наказаны сразу же и невзирая на лица; и далее, дабы дать выход всем этим злым настроениям, которые, какова бы ни была причина, скапливаются в горах против отдельных граждан; дабы, до тех пор, пока выход не будет должным образом создан с помощью этих законов, они не хлынули по незаконным каналам и не затопили Государство. Таким образом, нет ничего, что так много способствовало бы стабильности и постоянству Государства, как забота о прекращении брожения этих беспокойных настроений при помощи действия закона, который является собой признанный выход. В отношении этого инцидента я повторяю то, что я только что сказал, как полезно и необходимо для республик обеспечить посредством законов каналы, по которым может быть направлено недовольство многих граждан против одного. Поскольку, если такового канала нет, то прибегнут к незаконным каналам, а они наверняка приведут к гораздо худшим последствиям. Поскольку, если гражданин терпел в связи с действием законов, то, не смотря на то что он пострадал, для Государства это составляет мало беспокойства, или же вовсе никакого: страдание, которое он испытывает, не причиняется ему насильем со стороны частных лиц или иностранной силой, что является последствиями ниспровержения свободных институтов, но общественной властью и в соответствии с общественными установлениями, которые, имея определенные границы, не могут перейти их таким образом, чтобы устрашить всеобщее благо»²⁵.

Другим подходом, предложенным А. де Токвилем, является направление политического или внепарламентского конфликта в правовое русло. «Влияние правовых обычаев распространяется за пределы точных границ, на которые я указал. Едва ли в Соединенных Штатах какой-либо политический вопрос не получает разрешения, рано или поздно, в виде судебного спора»²⁶. Вместо того чтобы вылиться в насилие на улицах, конфликтная проблема передается в руки правосудия, которое разрешает ее в рамках конституции правовыми средствами. Посредством этой процедуры степень социальной неудовлетворенности, достигшая градуса плавления котла, в котором кипят эмоции и враждебность, снижается, а конфликт передается для разрешения в рамках объективной и приемлемой как для людей, так и для институтов власти процедуры, в рамках которой решение вырабатывается на основе разума и рациональных аргументов.

Не претендуя на исчерпывающий список, можно было бы перечислить следующие функции конституционных судов:

1. Конституционные суды выступают в роли гармонизатора национальных конституционных и наднациональных ценностей, принципов и норм, а также национальных и наднациональных правовых порядков и институтов. В контексте многоуровневого конституционализма конституционные суды гармонизируют взаимоотношения между национальными и наднациональными ценностями и разрешают конфликты между разными конституционными порядками.

2. Конституционный судебный контроль парламентского законодательства рассматривался как структурный противовес органам государственной власти, действующим с превышением пределов, установленных для них конституцией, либо в нарушение норм конституции. Несмотря на то что конституционные суды расположены вне системы разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную, они могут выполнять роль важных ограничителей

²⁵ <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf>.

²⁶ De Tocqueville A. *Democracy in America*. New York: Vintage Books, 1945. Vol.1. Ch.XVI: Causes which mitigate the tyranny of the majority in the United States. P290.

властного произвола и деспотического правительства в целом.

3 . Конституционный контроль парламентского законодательства выполняет функцию апелляции и инстанции, позволяющей в рамках процедуры конституционного контроля защитить индивидуальные конституционные права; кроме того, право индивидуальной конституционной жалобы само по себе закреплено в ряде конституций как фундаментальное право человека, в особенности там, где существуют нормы, предусматривающие право на непосредственное обращение с индивидуальной конституционной жалобой, либо возможность непрямого обращения с такой жалобой в конституционные суды²⁷.

4 . Конституционные суды выполняют трансформирующую функцию, делая конституцию более адаптированной к современным реалиям и обеспечивая ее рост, или, как сказал Т. Джефферсон, конституция должна служить живым, а не мертвым²⁸. Толкование конституционных норм в свете меняющихся требований времени может помочь избежать необходимости внесения изменений в текст конституции. Эта функция конституционного контроля может оказаться незаменимой в случаях, когда нужно избежать тупиковых ситуаций, в особенности в странах с жесткими конституциями. Кроме того, это позволяет снизить издержки, связанные с формальной процедурой внесения изменений в текст конституции, требующей проведения выборов и созыва учредительного собрания.

5 . Конституционные суды могут играть замещающую или компенсирующую роль в случае отсутствия второй палаты в парламенте, особенно в рамках процедуры импичмента в тех странах, где конституция упоминает возможность

импичмента, предусматривая при этом однопалатную структуру парламента.

6 . Конституционные суды — высшая инстанция по рассмотрению дел о законности выборов и политических партий, когда они наделены полномочиями по решению таких дел в силу конституции и иных актов.

7 . Конституционные суды выполняют функции в области уголовного правосудия в случае обвинения высших должностных лиц государства, обладая полномочиями по вынесению приговоров и наложению уголовных наказаний в случае признания этих лиц виновными, если конституция соответствующего государства содержит явное указание на такие полномочия.

4. Формы и правовые последствия судебного контроля, осуществляемого конституционными судами

В зависимости от времени осуществления конституционный контроль может быть предварительным, перед тем как закон принимается и вводится в действие, и последующим, когда законопроект был принят и стал действующим законом. (Предварительный конституционный контроль существует в Австрии, Франции, Португалии, Венгрии и Румынии.)

Последующий конституционный контроль может осуществляться в нескольких различных формах. Первая из них — конкретная форма контроля, выполняемая в рамках рассмотрения дела судами общей юрисдикции, которая практикуется в США, Швейцарии, Греции и Португалии. Конкретный контроль соответствия правовых норм конституции имеет место, когда в ходе рассмотрения дела в суде общей юрисдикции суд обращается с запросом, в котором он либо выражает свою уверенность в неконституционности нормы (ст. 100 Основного закона Германии), либо, по крайней мере, выражает обоснованные сомнения в их конституционности (Италия). Конкретный конституционный контроль осуществляется в Германии, Италии, Австрии, Греции, Болгарии и других странах. Абстрактный конституционный контроль иницируется независимо от наличия правового спора уполномоченными на обращение с соответствующим запросом лицами — высшими должностными лицами государства, политическими институтами и т.д. (Швейцария, Австрия, Германия, Испания, Бельгия, Португалия, Болгария, Венгрия, Румыния, Словакия и др.). В соответствии с конституциями этих стран президент, премьер-министр, депутатские группы, состоящие из определенного числа депутатов парламента, высшие судебные органы, а также органы прокуратуры наделяются правом обращения в целях инициирования процедуры абстрактного контроля.

Конституционный контроль, который основан на индивидуальных жалобах, предусматривается конституциями некоторых европейских стран. Общей предпосылкой инициирования этой формы контроля является то, что граждане, которые обращаются с такой жалобой, должны иметь непосредственную заинтересованность в тяжбе и их права должны быть нарушены неконституционным законодательством, подзаконным актом или решением. (В Австрии эта форма контроля предусмотрена абзацами 1 и 4 статьи 140, а также статьей 144 Конституции, в Германии абзацами 1 и 4а статьи 93 Основного закона, в Испании (*recurso de amparo*) пунктом 1(b) статьи 161 Конституции, в Швейцарии (публично-правовая жалоба) — статьей 84 федерального закона о судействе).

²⁷ См.: <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29039rev-rus.pdf>.

²⁸ Основное значение знаменитой цитаты было изложено в своей абсолютистской форме: «Земля принадлежит живущим, а не мертвым» (Письмо Т. Джефферсона Дж. Мэдисону от 6 сентября 1789 года. См.: *Portable Thomas Jefferson / Ed. by M. Peterson. New York: Viking Press, 1975. P. 444-451,450*).

Конституционный контроль может быть связан с проверкой законов, оспариваемых в рамках индивидуальной жалобы, как на про cedурных, так и на материально-правовых основаниях²⁹. Особенно ценный анализ в этой связи был приведен в недавнем подроб ном докладе Венецианской комиссии «Ис следование о прямом доступе к конституции онному правосудию»³⁰.

Правовые последствия конституционного контроля отличаются в соответствии с различными формами конституционного кон троля.

Предшествующий контроль конституци онности — это декларация о конституционно сти закона, предшествующая его вступлению в силу. Вывод о неконституционности закона приводит к пересмотру тех его положений, которые противоречат конституции, и замене их нормами, ей соответствующими. Факти чески эта форма конституционного контроля имеет эффект, сходный с президентским пол номочием по наложению вето. Они могут да же привести к идентичным правовым послед ствиям: законодатель может внести в кон ституцию изменения большинством голосов, состоящим из двух третей, и таким образом устранить несоответствие конституции, со хранив неизменным закон и внеся поправки в конституцию (то же самое происходит при преодолении президентского вето), или зако нодатель может внести изменения в закон в соответствии с судебным постановлением и конституцией (эффект приблизительно тот же, что и в случае успешного президентского вето).

Результат решения конституционного су да о неконституционности закона в рамках абстрактного нормоконтроля заключается в признании этого закона недействительным, которое носит общеобязательный характер. Все европейские авторы разделяют мнение о том, что закон, объявленный неконституци онным, прекращает существовать. Сомнений относительно действия данного закона в бу дущем быть не может. Некоторые исследова тели полагают, что закон, объявленный не конституционным, прекращает действовать с момента, когда он вступил в действие. Это предположение вызывает возражения в свя зи с ретроактивностью и разумные доводы относительно того, как надлежит поступать со всеми последствиями, которые наступили в период с момента введения закона в дейст вие до момента, когда было объявлено реше ние о неконституционности закона.

Согласно конституционному праву США, Верховный суд США выносит решение о том, признается ли неконституционный закон не действительным *ex tunc* (ретроактивно) или *ex nunc (pro futuro)*, только на будущее вре мя. Доктрина ретроактивности была развита в деле Ванхорн против Дорранс (*Vanhorne's Lessee v. Dorrance*) 1795 года, в котором Верховный суд постановил, что, поскольку акт недействителен, он «никогда не суще ствовал в конституционно-правовом смысле и является «мертвой буквой», он бесполезен и не представляет никакой ценности — так, как будто он не был принят». В деле Линклеттер против Уолкер (*Linkletter v. Walker*) 1965 года, эта доктрина была пересмотрена Судом, который постановил, что Конститу ция США не требует применения решения в ретроспективном порядке, но и не запрещает его³¹.

В Австрии решение Конституционного су да имеет, как правило, *ex nunc* действие. Суд признает закон или иной нормативный акт недействительным в целом или в части, и они считаются недействующими с момента, когда Суд оглашает свое решение. С другой сторо ны, Конституционный суд компетент анну лировать законы, которые были отменены парламентом, и это предполагает, что реше ние Конституционного суда может иметь рет роактивное, или *ex tunc*, действие. Как бы то ни было, общим правилом является действие *ex nunc*. Существует два важных момента: решение о неконституционности может воз ложить на законодателя обязанность урегу лировать и разрешить проблемы, связанные с действием этого акта, поскольку он был из дан до вынесения решения Конституционного суда, или Конституционный суд может отло жить момент, с наступлением которого акт будет считаться недействительным. Сложная ситуация, которая может возникнуть в связи с признанием акта недействительным, заклю чается в том, что другие законы, признанные недействительными, могут начать действо вать вновь без каких-либо действий со сто роны политического института³².

В Германии акты, признанные не соответ ствующими конституции, объявляются нич тожными. В случаях, когда имеет место абст рактный или конкретный контроль конститу ционности, акт объявляется недействитель ным *ab initio* или решение Суда имеет рет роактивное *ex tunc* действие. Единственным исключением из принципа ретроактивности являются уголовные дела, которые рассмат риваются судами в соответствии с законом, признанным недействительным. Все другие административные и судебные решения, ос нованные на недействительном законе, будут считаться не подлежащими апелляции, одна ко их исполнение, если оно еще не произо шло, будет запрещено. Для того чтобы избе жать объявления закона неконституцион ным, Федеральный конституционный суд мо жет использовать метод толкования и

²⁹ О формах судебного контроля см.: Von Brun- neck A. Constitutional Review and Legislation in Western Democracies // Constitutional Review and Legislation: An International Comparison / Ed. by Ch Landfried. Baden-Baden: Nomos, 1988. P. 219-263.

³⁰ <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29039rev-rus.pdf>.

³¹ Это в особенности относится к уголовному пра ву, когда решение было вынесено в пользу об виняемого или было исключительно важным для защиты невиновных лиц. См.: Brewer Ca rtas A.R. Judicial Review in Comparative Law. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1989. P. 151-155.

³² См.: Ibid. P. 201-202.

конституции только наличие расхождений между законом и конституцией³³.

В Италии и Испании решения конституционных судов имеют действие *erga omnes* и не имеют ретроактивной силы. (Единственным исключением, когда ретроактивность имеет место, являются уголовные дела, в которых лицо было признано виновным по закону, который был впоследствии признан не соответствующим конституции, или неконституционный закон был отменен).

Конституция Португалии предусматривает ретроактивность решений Конституционного суда. Компетенция Конституционного суда Португалии очень обширна, и Суд может определить правовые последствия неконституционности в более ограничительном смысле, когда этого требует правовая безопасность, справедливость или общественный интерес. В таких случаях Конституционный суд может смягчить некоторые последствия ретроактивного действия.

5. Отдельные проблемы конституционного правосудия в Болгарии

Конституция 1991 года впервые в истории государства ввела специализированный институт, уполномоченный осуществлять проверку конституционности законов.

Конституционный суд представляет собой специализированное судебное учреждение, которое не входит в систему судебной власти. Институт был построен на основе примеров немецкой, австрийской, итальянской и испанской систем конституционного правосудия, при этом его важнейшими функциями были избраны защита и реализация верховенства конституции как верховного закона государства, разрешение институциональных конфликтов в соответствии с конституцией, толкование конституции и др.

Охраняя верховенство Конституции, Конституционный суд выполняет важную функцию по защите прав человека, закрепленных в Конституции 1991 года.

Другая группа полномочий Конституционного суда охватывает проверку конституционности международных договоров, предшествующую их ратификации, проверку соответствия Конституции президентских и парламентских выборов, вынесение решений о конституционности партий и разрешение дел по обвинениям в адрес Президента в рамках процедуры импичмента.

Конституционный суд реализует последующий, централизованный, абстрактный контроль конституционности парламентского законодательства, а также правовых актов, издаваемых Президентом на основе европейской модели конституционного контроля, введенной в 1920 году в Австрии и созданной знаменитым в Европе, а позднее и в США юристом Г. Кельзеном, который был среди первых судей австрийского Конституционного суда³⁴.

Конституционный суд состоит из 12 судей, назначаемых на срок 9 лет без возможности его продления. В целях обеспечения независимости института была разработана специальная процедура назначения судей. Национальное Собрание, Президент Республики и Верховный суд назначают одну треть судей, избираемых среди юристов, обладающих глубокими профессиональными познаниями, высокими моральными качествами, а также имеющих опыт работы не менее 25 лет.

Доступ к Суду в соответствии с Конституцией 1991 года очень ограничен в сравнении с практикой, принятой в других вновь образованных демократиях, а также в рамках европейской модели конституционного контроля. Ограниченное право на обращение в Суд, как считали разработчики Конституции, должно было стать важным шагом, обеспечивающим эффективное функционирование этого института, поскольку общим доводом в этой связи служило предположение о том, что он может оказаться перегруженным жалобами, в особенности по причине падения коммунистической системы, и, следовательно, его работа могла оказаться парализованной. Во время разработки проекта Конституции 1991 года выдвигались иные аргументы в пользу создания Конституционного суда. Например, некоторые видели в этом особый вид политического правосудия, и значительное число членов Большого Национального Собрания считали, что Суд заменит отсутствующую вторую палату в конституционной структуре Республики.

Правом на обращение в Суд обладают только группа, состоящая из одной пятой депутатов Собрания, Президент, Совет Министров, Генеральный прокурор, а также председатели Верховного суда и Высшего арбитражного суда. Обычные граждане не имеют права обращения с жалобой на нарушение их прав законодательными актами, которые, по их мнению, не соответствуют Конституции. В одном из своих последних решений Суд *de facto* открыл очень ограниченный не прямой доступ гражданам на основе модели, предоставляемой статьей 100 Основного закона Германии 1949 года: гражданин может обратиться в Федеральный конституционный суд, используя полномочие Верховного суда обращаться в Федеральный конституционный суд с запросом о конституционности правовых актов. Ниже я хотел бы

³³ См.: Ibid. P.214.

³⁴ См.: Jackson V., Tushnet M. Comparative Constitutional Law. New York: Foundation Press, 1999. P. 455—708; Cappeletti M. The Judicial Process in Comparative Perspective. Oxford; New York: Clarendon Press, 1989; Brewer-Carias A.M. Op. cit.; Constitutional Review and Legislation: An International Comparison / Ed. by Ch. Landfried; Constitutional Review / Ed. by B. van Riermund. 1993; Control in Constitutional Law / Ed. by C.M.Zoethout, G. van der Tang, P.Akkermans. Dordrecht; Boston: M.Nijhoff, 1993. О болгарском Конституционном суде см.: Сталев Ж., Неновски Н. Конституционният съд и правното действие на неговите решения. София: Сибис, 1996; Конституционен съд: Юриспруденция 1991-1996 / Отг. ред. Н. Неновски. София: Отворено общество, 1997.

затронуть некоторые проблемные вопросы, которые возникали в практике Конституционного суда Болгарии в течение первого десятилетия его существования.

Одной из первых проблем, с которой пришлось столкнуться болгарскому Конституционному суду, был круг тех нормативных актов, которые могли быть переданы Суду для проверки их конституционности. Первоначально было объявлено, что Суд не будет выносить решений относительно конституционности актов, введенных в действие до принятия Конституции 1991 года (§3 переходных и заключительных положений Конституции Республики Болгарии). Законы, противоречащие Конституции, утрачивают свое действие с вступлением в силу Конституции. Как бы то ни было, в 1996 году Конституционный суд вынес решение по делу о действительности такого закона, объявив его неконституционным, и благодаря *ex tunc* действию решения Суд отметил, что закон, хотя и был не соответствующим Конституции со дня вступления последней в силу в 1991 году, не подлежал применению лишь с момента опубликования решения, то есть после 1996 года.

В соответствии с замыслом разработчиков Конституции она четко говорит о том, что решения Конституционного суда имеют действие *ex tunc* (см. п. 2 ст. 151). В период подготовки текста Конституции ее разработчики в рамках Большого Национального Собрания (*болг.* Великого народного собрания. — *При меч. пер.*) высказали мнение о том, что ретроактивность может подорвать принцип верховенства закона, считавшийся краеугольным принципом, на котором основывалась новая демократия после падения тоталитарной системы. В целом либеральный конституционализм осудил ретроактивность как инструмент, нарушающий общественный договор, справедливость, определенность законов, а также легитимность правового порядка³⁵. Как бы то ни было, учредительное собрание не следовало идее запретить ретроактивное действие нормативных актов полностью. Некоторые аргументы против полного запрета ретроактивного законодательства заключались в том, что полное исключение ретроактивности может позволить некоторым действиям старого режима остаться безнаказанными. Таким образом, запрет ретроактивности был наложен только в уголовно-правовой сфере и не был распространен на законодательство в иных областях.

В принципе действие решения Конституционного суда о неконституционности определенного законодательного акта полностью или в части противоречит принципам правовой определенности и верховенства права, поскольку устанавливает презумпцию, в соответствии с которой до тех пор, пока закон не объявлен противоречащим Конституции, он конституционен и должен применяться. Тем не менее в некоторых случаях закон, объявленный противоречащим Конституции, оказывал серьезное влияние на основные права человека и иные демократические ценности, закрепленные в Конституции. В таких обстоятельствах презумпция конституционности и невозможность объявления закона неконституционным *ab initio* посредством решения Конституционного суда, имеющего действие *ex tunc*, нарушает принцип верховенства права. Ситуация может быть даже худшей, если парламентский закон, объявленный неконституционным, имеет ретроактивное действие сам по себе.

В научных кругах обсуждалось действие во времени решений Конституционного суда, содержащих толкование Конституции согласно пункту 1.1 статьи 149³⁶ Конституции Республики Болгарии. В соответствии с классической теорией правового толкования, акт толкования не имеет никакой юридической силы в отдельности от акта, который он призван толковать. Представляется, что, как следует из этого алгоритма, акты толкования, издаваемые Конституционным судом, должны иметь действие *ex tunc*³⁷. После ожесточенных научных споров Конституционный суд принял позицию, в соответствии с которой все его решения, включая те, которые касаются толкования Конституции, имеют действие, направленное на будущее.

Другой проблемой, привлекавшей научное внимание, является природа решений Конституционного суда, содержащих толкование конституции. Такие решения Конституционного суда, имеющие обязательный характер, содержали толкование конституции вне рамок правового спора, которое успешно предупреждало появление неконституционного законодательства, разрешая вопросы, вытекающие из

³⁵ Одно из наиболее емких высказываний относительно ретроактивности законов принадлежит Б. Констану: «Ретроактивность — одно из самых злостных нарушений, которое может совершить закон. Она означает расторжение общественного договора, разрушение тех условий, на основе которых общество обладает правом требовать индивидуального повиновения, поскольку она лишает его гарантий, в соответствии с которыми общество заверило его и которые были компенсацией за жертву, принесенную им своим послушанием. Ретроактивность лишает закон его истинного характера. Ретроактивный закон вообще не является законом» (*Constant B. // Le Moniteur Universel. 1828. 1 juin. P. 755*). В рамках естественно-правовых теорий ретроактивность рассматривается как справедливое последствие гражданского неповиновения или убийства тиранов. «Ретроактивные законы, которые представляют собой законодательство *ex post facto*, лишают человека жизни и свободы, нарушают принцип нейтральности закона. Таким образом, они неправомерны, а сопротивление им правомерно» (*Neumann F. Op. cit. P. 158*).

³⁶ См.: *Kelsen H. Judicial Review of the Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution // The Journal of Politics. Vol.4. 1942. No.2. P. 183-200*.

³⁷ Противоположный вывод означал бы, что прежде, чем Суд огласил свое решение, норма Конституции имеет одно значение, а после этого принимает другое. В таком случае это не могло бы иметь никакого иного объяснения, нежели то, что Конституционный суд превысил свою компетенцию и изменил Конституцию, выступая в роли агента учредительной власти.

неясностей, содержащихся в конституции *ex ante*³⁸.

Хотя решения Конституционного суда, со держащие толкование Конституции, имеют некоторые черты, схожие с предшествующим контролем конституционности, а также с консультативными заключениями и предварительными решениями Суда Европейского Союза, они уникальны. Консультативные заключения, которые выносятся Международным судом справедливости или некоторыми судами штатов США по запросу правительства или частных сторон, показывают, как суд решил бы то или иное дело, если бы такой спор возник. В отличие от решений болгарского Конституционного суда, содержащих толкование Конституции, консультативные заключения не имеют обязательного характера. Акты толкования принимаются в виде предварительных решений, когда существуют различные мнения по вопросу содержания правовой нормы, смысл которой неясен. Оба типа судебных актов имеют юридически обязывающее действие: предварительные решения, касающиеся права ЕС, — в отношении национальных судов, а решения болгарского Конституционного суда, содержащие толкование Конституции, — на национальный парламент, Президента и правительство, которые должны согласовывать издаваемые ими акты и свои действия с постановлением Конституционного суда.

В контексте конституционного правления судебные решения, содержащие толкование конституции, демонстрируют, что Конституционный суд играет роль толкователя конституции и посредника между учредительной властью, находящейся в пассивном состоянии (носителем которой является народ или специальные представительные органы и которая переходит в активное состояние, если возникает необходимость внесения конституционных поправок), и действующими институтами власти, то есть органами законодательной, исполнительной и судебной власти.

В ряде случаев судебные решения, содержащие толкование Конституции *ex ante*, выдвигали некоторые принципы в области прав человека, свободы выражения мнения и электронных СМИ, определяя круг актов за конодательства, которые должны были соответствовать этим принципам.

Одна из наиболее противоречивых проблем была связана с последствиями, которые повлекло за собой признание неконституционной поправки, внесшей изменения в закон³⁹. В результате толкования Суд пришел к выводу о том, что в этом случае, после того как решение Конституционного суда вступило в силу, должно было произойти автоматическое возобновление (восстановление) действия тех норм, которые действовали до того, как была внесена поправка, признанная неконституционной.

Это толкование Суда было встречено множеством возражений, важнейшим из которых было то, что в Конституции не имеется четкой нормы, которая предусматривала бы такую возможность, и что автоматическое возобновление действия фактически является частным случаем ретроактивности решения Конституционного суда. Более того, восстановление должно рассматриваться как противоречащее тексту пункта 4 статьи 22 Закона о Конституционном суде, который говорит о том, что все последствия объявления нормативного акта неконституционным должны быть урегулированы институтом, который его издал. Другой аргумент против автоматического восстановления действия правовых положений, которые были изменены посредством норм, признанных неконституционными, заключается в том, что старые положения противоречат логике новых положений, которые считаются конституционными. В итоге оказалось парализованным действие всего закона.

Группа ученых инициировала дискуссию о том, действует ли доктрина *stare decisis* в отношении решений Конституционного суда. Как бы то ни было, представляется, что противоположное мнение возобладали в отношении абстрактного конституционного контроля и по той причине, что Суд передал свое решение на рассмотрение Судебного совета в случае, когда им рассматривался вопрос о конституционности Закона о судействе.

Метод принятия решений является по следним проблемным вопросом, который заслуживает быть отмеченным в этой работе.

Кворум, необходимый для проведения встреч, представляет собой две трети от числа судей Конституционного суда. Решение Суда о неконституционности принимается подавляющим большинством голосов, которое, при наличии 12 судей Конституционного суда, равно 7 голосам. Конституционное правосудие было задумано как антимажоритарный противовес. Принятие решений подавляющим большинством, когда решается вопрос о конституционности закона, делает защиту прав меньшинств более сложной.

До настоящего времени, разрешив более трехсот дел, Конституционный суд Болгарии выступал эффективным защитником верховенства Конституции и активно реагировал на посягательства со стороны парламентского большинства⁴⁰. Конституционное правосудие имело дело с законами, противоречащими

³⁸ См: *Dimitrov H. The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretative Jurisdiction // Columbia Journal of Transnational Law. Vol.37. 1999. No. 2. P. 459-505.*

³⁹ В Австрии, а также в Конституции Португалии имеются четкие нормы о возможности восстановления правовых норм, измененных посредством актов, признанных неконституционными (в прежней редакции). В 1940 году Г.Кельзен объяснил это решение, предлагаемое конституцией, в основном тем, что это позволяет избежать ситуации, когда решение о неконституционности приведет к пробелу в законе или к правовому вакууму. См.: *Kelsen H. Op. cit.*

⁴⁰ С 1991 по 2011 год заседал 419 раз и вынес 300 решений.

более чем половине положений Конституции 1991 года⁴¹. Хотя иногда решения Конституционного суда подвергались жестокой критике и враждебности со стороны правящего большинства, он успешно выполнял свою миссию стража конституции.

⁴¹ См. аналитический обзор, составленный увлеченным обозревателем юриспруденции конституционного суда: *Schwartz H. The Struggle for the Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2000. P. 164-193.