

ОБЛАДАТЕЛЬ СУВЕРЕНИТЕТА*

М. ТРОПЕР**

В статье анализируется ключевое для конституционного права и теории государства понятие «обладатель суверенитета». Особое внимание автор обращает на особенности методологии исследования связанной с этим понятием проблематики теоретического и практического характера. Так, он различает сущность и осуществление суверенитета, а также дескриптивную и прескриптивную точки зрения на его содержание. Автор подчеркивает, что позитивистская эпистемология навязывает выбор дескриптивной точки зрения. Тем не менее, по его мнению, выбор дескриптивной точки зрения не является монополией позитивистской эпистемологии. В своих рассуждениях он исходит из классической классификации определений суверенитета, предложенной в свое время ведущим французским юристом Раймоном Карре де Мальбергом. Согласно его концепции, первое значение суверенитета указывает на высший уровень, занимаемый государственной властью. Его второе значение синонимично самой государственной власти. Наконец, его третье значение связано с позицией, которую занимает в государстве высший носитель тактической власти, т. е. конкретный орган. Автор соглашается с Карре де Мальбергом в том, что различия между значениями суверенитета позволяют обнаружить его «подлинную природу». Однако он отмечает, что они имеют более очевидное преимущество, поскольку позволяют понять, почему обычно суждения, относящиеся к суверенитету и представляющиеся несовместимыми, допускаются в одном юридическом дискурсе. Чтобы решить данную проблему, автор рассматривает вопрос о неделимости суверенитета и дополняет классификацию его значений еще двумя. На основании новой классификации он устанавливает отношение между организацией власти и использованием теории суверенитета в дискурсе правителей применительно к суверенитету вообще и к той или иной частной теории суверенитета. В заключение сделан вывод о том, что в современном дискурсе о конституционном правосудии отсылка к суверенитету народа или нации рискует исчезнуть, и любое рассуждение об обладателе суверенитета становится бесполезным. Таким образом, оказывается проблематичным совмещение конституционного правосудия и демократии, понимаемой как форма правления суверенного народа.

* *Troper M. Le titulaire de la souveraineté / Troper M. La Théorie du Droit, le Droit, l'État. Paris: Presses Universitaires de France, coll. "Léviathan", 2001. P. 283–298. — Перевод с французского языка В. А. Токарева (basiletok@gmail.com).*

** Мишель Тропер — доктор права, почетный профессор Университета Париж X-Нантер (Франция), член Университетского института Франции.

Michel Troper — professor at the University of Paris X Nanterre (France), member of the Institut Universitaire de France.

E-mail: michel.troper@gmail.com

© Troper M., 2016

© Токарев В. А., перевод на русский язык, 2016

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: обладатель суверенитета, государство, власть, Парламент, народ, представитель, конституция, норма, позитивизм, теория, конституционный контроль, демократия.

TROPER M. THE POSSESSOR OF SOVEREIGNTY

The article is devoted to the key concept for both constitutional law and the theory of state — “the holder of sovereignty”. Special attention is paid to the peculiarities of the research methodology associated with this notion of theoretical perspective and practical nature. So, the author distinguishes between the essence and the exercise of sovereignty, as well as between the descriptive and the prescriptive points of view on its content. He emphasizes that the positivist epistemology imposes the choice of descriptive terms. However, in his opinion, the choice of the descriptive point of view is not a monopoly of the positivist epistemology. In his reasoning he proceeds from the classical classification of definitions of sovereignty proposed at the time by the leading French jurist Raymond Carré de Malberg. According to his concept, the first value of sovereignty indicates the highest level occupied by a public authority. Its second meaning is synonymous with the public authority itself. Finally, the third value is associated with the position held by the highest tactical power holder, i.e. by a specific body. The author agrees with Carré de Malberg that the differences between the values of sovereignty will allow us to discover its “true nature”. However, he notes that they have a more obvious advantage, as they allow to understand why judgments usually related to sovereignty and seemingly incompatible, are allowed within the same legal discourse. To solve this problem, the author considers the issue of indivisibility of sovereignty and complements the classification of its values with two more values. Under the new classification he establishes the relationship between the organization of power and the use of the theory of sovereignty in the discourse of the rulers with respect to sovereignty in general and to a particular theory of sovereignty. In conclusion, the author states that in the contemporary discourse about constitutional justice the reference to the sovereignty of the people or the nation is likely to disappear, and any argument of the holder of sovereignty becomes useless. Thus, it appears problematic to combine constitutional justice and democracy viewed as a form of government of the sovereign people.

KEYWORDS: holder of sovereignty, state, authority, Parliament, people, representative, constitution, rule, positivism, theory, constitutional control, democracy.

Вопрос: «Кто является сувереном?» допускает множество очень разных ответов. Например, во Франции в эпоху Четвертой Республики могла быть произнесена одна из следующих фраз: «народ является сувереном», или «Парламент является сувереном», или «государство-суверен», и каждая из них была приемлемой. Очевидно, здесь нет ничего загадочного, и это лишь указывает на тот факт, что слово «суверен» используется здесь в различных значениях.

Карре де Мальберг различает три его значения, но представляется полезным продолжить данный анализ и рассматривать пять значений терминов «суверенитет» и «суверен». Согласно Карре де Мальбергу, «в своем первоначальном значении слово “суверенитет” указывает на высший уровень, занимаемый государственной властью. Его второе значение связано с совокупностью властей, образующих власть государства, и, следовательно, синонимично этой власти. Наконец, оно используется для харак-

теристики той позиции, которую занимает в государстве высший носитель тактической власти, и суверенитет идентифицируется здесь с властью конкретного органа»¹.

Подчеркивая мимоходом, что в немецком языке есть три термина, соответствующих этим трем понятиям: *Souveränität* для первого, *Staatsgewalt* для второго и *Herrschaft* для третьего, Карре де Мальберг полагает, что различия между ними позволят обнаружить «подлинную природу» суверенитета². Однако они имеют более очевидное преимущество, позволяя понять, почему некоторые суждения, относящиеся к суверенитету и представляющиеся несовместимыми, тем не менее обычно допускаются в одном юридическом дискурсе.

Прежде всего, речь идет о суждениях, касающихся неделимого характера суверенитета. Если под «неделимостью» понимать не качество, в силу которого было бы запрещено или просто не рекомендовано разрушать суверенитет, но качество, определяющее любое разделение как на самом деле невозможное, тогда суверенитет не всегда был бы неделимым. Относительно того, что касается, например, «совокупности властей, образующих власть государства», можно в известных случаях утверждать, что предпочтительно не разделять ее, но нельзя утверждать, что это было бы невозможно. Разделение властей буквально заключается в распределении государственной власти между множеством различных властей. Суверенитет, понимаемый таким образом, вовсе не является неделимым. Если речь идет о третьем определении, сформулированном Карре де Мальбергом, то вещи становятся менее понятными и необходимо ввести дополнительное различие. На самом деле статус высшего органа власти может пониматься двумя очень разными способами: речь может идти либо о факте отсутствия над ним вышестоящего органа власти, либо о его превосходстве над всеми другими органами власти. В первом случае суверенитет отлично разделяется, поскольку многие могут обладать им одновременно и поэтому на равных основаниях. Напротив, во втором случае суверенитет является неделимым, поскольку если попытаться признать за многими превосходство над всеми другими, то никто не будет обладать суверенитетом.

Таким же образом различия Карре де Мальберга позволяют понять, что разнообразные суждения, относящиеся к обладателю суверенитета, имеют разные объекты и прекрасно согласуются друг с другом. Итак, можно одновременно утверждать, что сувереном является государство и что сувереном является Парламент. Потому что когда речь идет о государстве, имеется в виду или занимаемая им в международных отношениях позиция, или возможное правовое отношение с негосударственными властями, что выражается в утверждении о невозможности существования

¹ *Carré de Malberg R.* Contribution à la théorie générale de l'État. Paris, 1920, réimpr., CNRS, 1962. T. I. P. 79.

² *Ibid.* P. 86.

государства в государстве, тогда как суверенитет парламента означает верховенство органа власти.

Однако есть одно суждение, которое анализ Карре де Мальберга не позволяет понять. Оно касается суверенитета народа. В действительности, народ не является ни независимым государством, ни высшим органом власти, ни субъектом, осуществляющим властные полномочия, образующие государственную власть. Кроме того, чтобы можно было одновременно утверждать, что парламент является сувереном и что народ тоже им является, достаточно ввести в оборот новый концепт суверенитета: статус субъекта, обладателя власти, обосновывающий ее наличие у органа, не имеющего вышестоящего. Тот самый статус, который определялся в политическом и юридическом словаре XVIII столетия как «сущность» или «принцип» суверенитета, например, в Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: «Принцип всякого суверенитета заключается, по существу, в нации»³. Таким образом, сущность суверенитета противопоставляется его «осуществлению», выраженному главным образом в законодательной власти и могущему быть переданным представителям или органам власти.

Значит, различия, проводимые Карре де Мальбергом, необходимо дополнить так, чтобы были приняты во внимание некоторые суждения о неделимости суверенитета или о народном суверенитете. Тогда мы имеем пять концептов суверенитета:

1) статус государства, независимого от любой другой внешней или внутренней власти;

2) государственная власть, т. е. совокупность всех полномочий государства;

3) статус органа власти, не имеющего вышестоящего органа, так как он осуществляет наивысшую власть, т. е. законодательную власть, или участвует в таком осуществлении;

4) статус органа власти, находящегося над всеми другими органами;

5) статус субъекта, от имени которого суверенный орган власти (в смысле 3-го или 4-го утверждений) осуществляет свою власть.

Мы рассмотрим вопрос, непосредственно касающийся определения обладателя суверенитета в его пятом значении. Но предварительно следует четко определить точку зрения, с которой этот вопрос будет поставлен. Как и все вопросы, связанные с общей теорией государства, вопрос о суверенитете может быть рассмотрен с прескриптивной или дескриптивной точки зрения. Позитивистская эпистемология навязывает выбор дескриптивной точки зрения. Но выбор дескриптивной точки зрения тем не менее не является монополией позитивистской эпистемологии.

Часто отмечалось, что если в естественноправовых доктринах иногда утверждается о необходимости существования в государстве суверена, то чаще всего это выражается в следующей форме: «в каждом государстве есть суверен», позволяющей переходить к описанию особенностей и атрибутов этого суверенитета. Однако статус, обозначаемый как «суверенитет»

³ Статья 3.

в том или ином значении данного слова, не является эмпирическим качеством, и со времен Бентама понятно, что дескриптивные теории суверенитета типа «в каждом государстве есть суверен» не поддаются анализу и не могут получить подтверждения⁴. Нельзя понимать их как аналитические суждения с тех пор, как государство определяется через суверенитет, потому что в таком случае есть опасность попасть в порочный круг, определяя суверенитет как власть, существующую в любом государстве⁵.

В то же время классический юридический позитивизм тоже не предлагает точки зрения, полезной для общей теории государства, если он заключается в описании позитивного права, поскольку он приводит к высказыванию суждений такого типа, как «согласно позитивному праву страны Р, последним обладателем суверенитета является народ». Такое описание, взятое в отдельности, ничего не сообщает о значении терминов, используемых в данном утверждении. Если конституция провозглашает, что «суверенитет принадлежит народу», то это еще не обязательно означает демократию и всеобщее избирательное право. И если та же конституция устанавливает всеобщее избирательное право или императивный мандат, нельзя, несмотря ни на что, утверждать, что существует логическая связь между этими институтами и провозглашением народного суверенитета. В более общем смысле, невозможно предположить, как делает классическая теория, что такие высказывания выражают юридические нормы и могут быть описаны как нормы. Авторы-позитивисты думают иногда, что учредительная власть начинается с установления самых общих принципов суверенитета, репрезентации, разделения властей, чтобы затем выводить из них нормы, касающиеся статуса и компетенций различных властей. В этом они похожи на юснатуралистов, которые также полагают, что конституционно-правовые нормы выводятся из принципов. Единственное отличие заключается в определении природы данных принципов: одни понимают их как дескрипции, а другие — как общие нормы.

В действительности достаточно прочитать стенограммы дебатов в любой конституционной ассамблее, чтобы убедиться в наивности подобных положений. Учредительная власть не действует *more geometrico*⁶ и не начинает с утверждения принципов, чтобы впоследствии выводить из них правила. По правде говоря, принципы порою провозглашаются после правил, и даже если их провозгласили изначально, то в ходе дебатов они постоянно переинтерпретируются. Их роль состоит не в том, чтобы быть посылками, а в том, чтобы быть аргументами, дающими аксиологию-

⁴ *Crick B.* Sovereignty // *International Encyclopaedia of the Social Sciences*. Т. 15. 1968. Р. 76 и след.; *Bentham J.* Fragment sur le gouvernement; *Manuel des sophismes politiques*, trad. et préface de J.-P. Cléro. Paris, 1996.

⁵ Как это очевидно происходит с Оливье Бо (Olivier Beaud), когда он пишет: «Кто осмысливает государство, должен осмысливать суверенитет, и *vice versa*» (наоборот (лат.)). — *Прим. пер.*

⁶ Метод геометрического доказательства, логически стройный метод (лат.). — *Прим. пер.*

ческое основание практическому решению, принятому по соображениям его уместности.

В этих условиях принципы, выводимые из общей теории государства, могут рассматриваться с дескриптивной точки зрения только в том аргументативном контексте, в котором они были сформулированы. Теория суверенитета могла бы, таким образом, стать дескриптивной в каком-то другом смысле. Иногда утверждается, что теории государства, наиболее важные среди которых, разумеется, теории суверенитета, являются для государства конститутивными. Общая теория государства, действительно позитивистская, не может быть не чем иным, как метатеорией, объект которой — описание и объяснение принципов и теорий, относящихся к государству, поскольку на них основывается или конституируется позитивное право⁷.

Предпосылкой идеи о конститутивном значении теорий суверенитета для государства выступает утверждение о том, что современное государство появилось вместе с Боденом. Это утверждение, разумеется, не означает ни того, что Боден сам создал государство, ни того, что он посоветовал, каким именно образом должно быть создано государство, и его рекомендациям последовали. Оно означает, что государство отличается от всех других политических форм теориями, обосновывающими его и необходимыми для осуществления власти.

Под «необходимыми» понимается не только то, что они удобны, потому что побуждают субъектов к подчинению, как можно было бы считать удобной, например, такую идею, согласно которой политика, проводимая правителями, — хорошая политика или эти правители мудры и добродетельны. Теорию можно назвать необходимой, когда есть возможность установления отношения между организацией власти и использованием данной теории в дискурсе правителей, потому что за ее неимением осуществление власти оказалось бы, в сущности, невозможным. Только в этом смысле, а не как аналитическую пропозицию, можно понимать идею о том, что концепт суверенитета входит в концепт государства.

Можно установить отношение рассмотренного типа применительно к суверенитету вообще, но также и применительно к той или иной частной теории суверенитета.

Перейдем к первому случаю.

Организация власти и общая теория суверенитета. Специфика государства по отношению ко всем другим типам политической власти заключается в его отношении к юридической форме. Оно прекрасно выражается через знаменитый тезис Ганса Кельзена об идентичности государства и права. Если принять данный тезис всерьез, тогда понятно, что государство — это имя, которым называют политическую власть, осуществляемую в юридической форме, характеризующейся специфическим способом обоснования⁸. А юридическую форму характеризует то, что каждое

⁷ *Troper M. Pour une théorie juridique de l'État.* Paris, 1994 (предисловие).

⁸ *Ibid.*

решение законно, т. е. обоснованно, если оно может быть представлено как принятое властью, управомоченной на это высшей властью, в исполнение решения более общего характера, принятого вышестоящей властью. Процесс обоснования связан, таким образом, с самой структурой правовой системы, т. е., вопреки позиции самого Кельзена, занятой им в его поздних работах, с существованием статической и динамической иерархии⁹.

Определять правовую систему как нормативную систему, структурированную одновременно статически и динамически, значит тем самым обрекать себя на отказ от применения термина «право» к нормативным системам, содержащим в себе только статическую или только динамическую иерархию норм. Зато представляется возможным устранить одно из принципиальных затруднений, вызванных кельзеновской теорией идентичности государства и права. Причиной затруднения был обыденный язык, использующий термин «право» для описания нормативных систем, лишенных такой двойной иерархии, например, характерных для обществ, не знающих письменности, и в то же время старающийся закрепить термин «государство» за современными политическими системами. Тезис Кельзена очевидно противоречил подобному использованию терминов, и даже могла показаться абсурдной идентификация права и государства, приводящая к утверждению, что право бесписьменных обществ было государством.

В то же время, если закрепить термин «право» за статическими и динамическими системами, тогда тезис об идентичности обретает смысл: только современное право является государством. Действительно, именно с XVII столетием, когда современное право приобретает свою структуру, т. е. с началом существования права в том значении, которым наделено это слово, и, следовательно, государства в понимании Кельзена, историки связывают возникновение современного государства. Кроме того, именно в этот период появляются теории государства и суверенитета и даже соответствующие термины.

В этих условиях идея конститутивности теорий государства означает две вещи: они являются продуктами самой структуры правовой системы; они необходимы для функционирования данной системы.

Предположим сначала систему исключительно динамичную и нельзя упрощенную. Решения обоснованы, каким бы ни было их содержание, одним фактом того, что они были приняты органом, которому была делегирована власть. Высший орган власти, например король, не принимает никаких иных решений, кроме решений о назначении уполномоченных лиц. Эти решения оправдываются только личным качеством, отличающим принимающего их от других людей — король является сверхчеловеком — или, независимо от его личных качеств, получением власти от Бога. В последнем случае процедура обоснования решений, принятых уполномоченными лицами, применяется по аналогии с решениями короля.

Ясно, что здесь можно говорить о суверенитете в нескольких значениях этого слова. Король способен действовать независимо от любой

⁹ Ibid. P. 143 и след.

другой внешней или внутренней власти, папы или императора. Итак, можно сказать, что над ним нет никого вышестоящего. Но было бы абсурдно утверждать, что король располагает государственной властью, как и полагать, что он находится над всеми другими, когда он не определяет содержания решений, принимаемых делегатами, потому что его вмешательство в их деятельность ограничено и нижестоящие нормы не дедуцируются из его норм, так что он никоим образом не является их косвенным автором.

Напротив, если система не только динамична, но и в равной степени статична, т. е. решения нижестоящих властей дедуцируются из более общих решений короля, то идея о том, что он суверенен, оказывается абсолютно необходимой. В системе исключительно динамичной можно обосновать его решения тем же способом, что и решения его подчиненных, через делегацию. При статической иерархии это, очевидно, невозможно сделать, потому что нельзя представить общую норму как дедуцированную из нормы еще более общей и вышестоящей. Единственное возможное обоснование состоит в том, что король обладает специальной властью *suo jure*,¹⁰ заставляющей признать себя свободной от подчинения кому бы то ни было и, следовательно, суверенной.

Способ обоснования, применяемый здесь, принципиально отличается от способа обоснования нижестоящих решений. Они законны, потому что приняты уполномоченными органами власти и дедуцированы из более общих решений, тогда как решения короля законны только по той причине, что они приняты уполномоченным органом власти.

Итак, одновременно с возникновением законодательной власти появляются теории суверенитета в современном смысле. Хотя суверенитет понимался только как власть создавать законы¹¹, он в то же время рассматривался как отличительный признак этой власти, но имплицитный или обосновывающий ее, в результате чего возникал порочный круг и закон определялся через суверенитет. Боден называет закон «приказом того, кто обладает суверенитетом»¹².

Таким образом, все современные концепты суверенитета оказываются взаимосвязанными. Король суверенен, потому что: 1) он независим от любой другой власти, внешней или внутренней; 2) он может принимать законы по любому вопросу в отношении «всех в целом и каждого в отдельности»; значит, он располагает государственной властью; 3) и 4) поскольку он делегирует полномочия какому-нибудь органу власти, он находится выше этого органа, но выше него нет никого; наконец, 5) он осуществляет власть, обладателем которой является он сам.

Тем не менее, если король суверенен во всех смыслах слова, случается, что в других правовых системах суверенными могут быть провозглашены многие субъекты, каждый по-своему. Проверим следующий тезис:

¹⁰ В полном праве. — Прим. пер.

¹¹ «Суверенитет определяется (Боденом) как власть создавать закон для всех в целом и для каждого в отдельности» (см.: *Beaud O. La puissance de l'État. Paris, 1994. P. 70*).

¹² Цит. по: *Ibid.* P. 71.

если общая теория суверенитета связана, как мы это увидели, с самой структурой правовой системы, различные теории обладателя суверенитета должны быть также связаны с организацией власти, которую они призваны обосновать.

Организация власти и частные теории суверенитета. Теория, касающаяся структуры правового порядка, является теорией норм. Но также следует принять во внимание отношения между органами власти, создающими эти нормы. Не вдаваясь в вопрос о том, иерархия норм определяет иерархию органов власти или наоборот¹³, можно различать два типа динамической иерархии и два типа статической иерархии.

Назовем динамической иерархией 1 (D1) такое отношение, в котором юридические нормы имеют силу, поскольку они установлены органом власти, уполномоченным на это высшей нормой, и самая высшая норма произведена органом власти, никем не уполномоченным; над ним нет никого вышестоящего, и он является сувереном в третьем значении. Тем не менее этот орган власти не является сувереном в четвертом значении, потому что он не находится над другими органами власти так, чтобы заменить их собой и выполнять их функции. Французский Парламент эпохи Третьей Республики представляет собой суверена этого типа.

Назовем динамической иерархией 2 (D2) похожее отношение между нормами, но в нем орган власти, над которым нет никого вышестоящего, также является высшим, т. е. находящимся над всеми другими, сувереном снова в четвертом значении.

Разница между D1 и D2 заключается в том, что в первом случае высший орган власти управляет посредством законов и не может реализовывать правоприменительные акты. Он, таким образом, является высшим органом власти, так как выше него никого нет, но он не господствует над другими органами власти, не назначает их и не дает им указаний тем же способом, каким он осуществляет свою компетенцию. Во втором случае, напротив, высший орган власти, не имея необходимости самостоятельно реализовывать правоприменительные акты, назначает агентов-исполнителей и дает им инструкции по реализации этих актов.

Может быть, стоит полагать, как Карре де Мальберг, что, поскольку законодательная функция является высшей функцией, иерархия функций влечет за собой иерархию органов¹⁴. Власть, наделенная законодательными полномочиями, суверенна в третьем значении и может доминировать над всеми остальными, т. е. стать сувереном в четвертом значении. Данное утверждение неоспоримо, но оно касается реальных последствий распределения власти и модификаций, которые могут возникать при таком распределении, когда осуществляются компетенции. Законодательная власть, несомненно, господствует над исполнительной властью, и такое господство Карре де Мальберг называет иерархией органов. Но, разумеется,

¹³ *Carré de Malberg R.* Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés, avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation. Paris, 1933.

¹⁴ *Ibid.*

речь идет о фактической иерархии, весьма отличной от иерархии в строгом смысле слова, предполагающей власть определять содержание решений подчиненных, изменять принятые ими решения, заменять их, налагать на них дисциплинарные санкции и т. д. Итак, здесь не имеется в виду реальное или потенциальное распределение политической власти, но подразумевается установленный порядок распределения юридических компетенций, такой, каким он принят, и такой, который необходимо обосновать.

Кроме того, статическая иерархия может пониматься двумя способами, в зависимости от того, существует разделение властей или нет. В первом случае (SA) власть, издающая законы, может исполнять их. Во втором случае (SB) она этого не может делать.

Вероятно было бы предположить, что система D2 обязательно связана с SA, так как если один орган власти находится над другими, он может создавать нормы более низкого уровня. В действительности, как и в отношении разницы между D1 и D2, следует напомнить, что имеется в виду только распределение, которое должно быть обосновано, т. е. предусмотрено на бумаге. Однако на бумаге можно предусмотреть, что один орган власти будет выше других относительно обладания им властью назначать на должность и даже властью давать предписания, но что акты применения права будут тем не менее формально издаваться подчиненными ему органами в соответствии с законами, принимаемыми сувереном в четвертом значении. Таким образом, тогда как D1 можно представить только вместе с разделением властей (SB), D2 встречается как с разделением властей, так и без него.

Скрещивая эти категории, получаем три модели, позволяющие понять определение статуса суверена в пятом значении (см. таблицу).

		SA статическая иерархия, но без разделения властей	SB статическая иерархия с разделением властей
D1 орган власти (простой или сложный), не имеющий над собой никого вышестоящего, но и не имеющий подчиненных органов власти	<i>Примеры</i> обладатель суверенитета		Французские конституции 1791 и 1793 гг. законодательная власть обеспечивает осуществление суверенитета, но не обладает его сущностью. Сувереном является народ или нация
D2 орган власти, находящийся над всеми другими	<i>Примеры</i> обладатель суверенитета	Людовик XIV английский Парламент тот, кто осуществляет суверенитет, является его обладателем. Он не репрезентант	Германская империя обладателем суверенитета является государство

Одна из ячеек остается пустой, поскольку в правовом порядке система D1 может существовать только вместе с разделением властей. Таким образом, остаются три модели.

а) Модель D2-SA одинаково хорошо описывает обоснование власти как Людовика XIV, так и английского Парламента. В обоих случаях орган власти наделен возможностью делать все что угодно; он не имеет никого над собой и господствует над всеми. Он обладает безграничной и абсолютной властью, осуществляя ее в произвольной форме, без разделения властей¹⁵. В такой системе высший орган власти, очевидно, может принимать решения по частным вопросам без необходимости представления их в качестве выводимых из общих правил. Каждое решение этого органа власти — по частному или общему вопросу — выглядит как выражение воли его автора. Кроме того, решения нижестоящих органов принимаются не путем дедукции из какого-то общего правила, но при явном или молчаливом согласии суверена. Они обосновываются через их соответствие не предшествующей или связанной с общим и абстрактным предметом воле, как в легальной системе, а наличествующей воле¹⁶. На вопрос «кто является обладателем суверенитета, реализуемого Людовиком XIV или английским Парламентом?» можно дать следующий ответ: они сами являются таким обладателем. Этот суверенитет мог быть делегирован им Богом или проистекает из самой природы — важно то, что в любой момент они могут изменить содержание своей воли.

б) Вторая модель (D1-SB) характерна для Французской революции, но она применима и к Американской революции. Здесь верховенство законодательной власти связано исключительно с верховенством закона над иными решениями, но законодатель в принципе не может вмешиваться в сферу деятельности исполнительной власти.

Что касается самого исполнения законов, оно заключается в принятии решений по частным вопросам, которые могут быть обоснованы только через их соответствие общему правилу, предшествующему им и абстрактному. Подчиненные органы власти не имеют права выражать свою собственную волю. Их решение лишь дедуцируется из закона. Идеальная модель, по меньшей мере в Европе, представлена судебным решением, которое есть не что иное, как заключение силлогизма, носящее автоматический характер. Но если решение является применением закона, его нельзя назвать проведением в жизнь воли законодателя. В случаях Людовика XIV или английского парламента законодательный орган власти мог бы провозгласить, что он выражает свою добрую волю, и самое главное, он мог бы в момент исполнения закона под давлением обстоятельств или по своей прихоти вернуться к своему предыдущему волеизъявлению. Но по

¹⁵ Это не противоречит описанию Монтескье английской конституции: английский Парламент представляет собой комплексную власть, состоящую из Палаты общин, Палаты лордов и короля. Никто из них не может соединить в своих руках все власти, но вместе они всемогущи.

¹⁶ См. обоснование, данное Остином правоприменительной деятельности судов как молчаливой делегации суверенитета.

причине разделения властей он не может этого сделать. То, что в данной системе называется волей законодателя, не является ни его актуальной, ни даже его реальной волей. Бесплезно обосновывать делегированием от Бога или особым качеством законодателя то, что закон может быть установлен человеческой волей. Воля, выражаемая законодателем, не есть его собственная воля (если бы это было так, он мог бы ее изменить) — это воля другого, подлинного обладателя суверенитета, которую законодательная власть только осуществляет. В этом смысле такая воля является общей. Иными словами, обладатель законодательной власти, ограниченный таким образом, не может быть никем иным кроме как представителем.

Итак, система, в которой законодатель не является сувереном (в значении 4), ведет к различению между сущностью и осуществлением суверенитета. Но кто обладатель сущности суверенитета? Кто субъект этой общей воли, выражаемой через законодательную власть? Чтобы предложить хорошее обоснование, обозначение обладателя суверенитета должно отвечать двум условиям: с одной стороны, следует отметить, что он обладает суверенитетом по своей природе, а с другой стороны, указать на существование необходимой связи между ним и теми, кому он доверяет осуществление суверенитета.

Второе условие более сложное. Очевидно, проще утверждать, что обладатель суверенитета делегировал законодательному органу полномочие действовать от его имени. Это делегирование не обязательно должно быть реальным и может просто подразумеваться. Так, тезис о суверенитете народа легко примирить с монархией, аристократией или репрезентативной демократией. Для этого достаточно подчеркнуть, что народ был бы не способен самостоятельно осуществлять свой суверенитет, чью реализацию он, следовательно, делегирует либо королю, либо лучшим людям, которые, кроме того, могут избираться или нет. Однако такой тезис не согласуется с демократией, если под ней понимается система, в которой народ не только обладает сущностью суверенитета, но и самостоятельно его реализует.

Идея народного суверенитета не может также служить обоснованию смешанного правления, системы, в которой законодательная власть осуществляется совместно королем, аристократией и самим народом или его избранными. В действительности, нельзя утверждать ни того, что народ делегировал власть, поскольку он участвует в ее отправлении, ни того, что народ осуществляет ее самостоятельно, поскольку он делегировал ее часть. Можно было бы признать, что он разделяет осуществление власти с королем и аристократией, но это означает, что народ не является сувереном. Таким образом, анализируя подобную структуру законодательной власти, мы оказываемся перед сложным выбором: или отказаться от идеи законодателя как представителя суверенного народа, что произошло в Англии в XVIII в., или искать другого обладателя суверенитета.

По этой причине первая Конституционная ассамблея Французской революции изобрела в 1791 г. следующую формулу: после провозглашения закона выражением общей воли (в Декларации прав 1789 г.) она

воплощает эту идею в тексте конституции, утверждая, что «Французская конституция представительная»¹⁷. Следовательно, все, кто осуществлял законодательную власть — ассамблея и король, — являлись представителями. Поэтому было необходимо придумать некое существо, субъекта общей воли, которого бы представляли избираемая ассамблея и король. Так появилась конструкция целостности, «нации», составленная из двух элементов — народа и короля¹⁸. Эта структура, изоморфная модели законодательной власти, оправдывает участие короля в законодательном процессе, позволяя утверждать, что каждая из двух властей представляет не отдельный элемент, которому она соответствует, а неделимый суверенитет нации. По иному пути пошли авторы Конституции 1793 г., наделив законодательную властью только ассамблею и всецело поддерживая идею о том, что закон является выражением общей воли. В этом случае можно спокойно утверждать, что обладателем суверенитета является народ. На самом деле, конституция так и провозглашает, что «суверенитет зиждется на народе»¹⁹.

с) Третья модель (D2-SB) представлена Германской империей. Закон принимался здесь, подобно Англии XVIII в., Императором и двумя палатами, но существовало разделение властей в том смысле, что в отличие от английского Парламента такая сложная законодательная власть могла принимать только общие законы. Тем не менее есть также два существенных отличия от распределения властей, предусмотренного французскими конституциями революционной эпохи.

Первое отличие касается Императора. Он не располагал всей полнотой государственной власти, поскольку не мог один издавать закон. Однако он находился на вершине иерархии и осуществлял власть, которую должны были признавать все административные органы.

Второе отличие касается непосредственно отношения администрации к закону. Во французской системе компетенция административных органов строго ограничена исполнением законов. Они не обладают какими-либо дополнительными дискреционными полномочиями и не выражают волю. Напротив, при немецкой системе полицейского государства администрация может действовать в обход закона, если так складываются обстоятельства, чтобы достичь поставленных целей, используя для этого соответствующие

¹⁷ Статья 25.

¹⁸ Суть этой доктрины выражена в трех первых статьях титула III конституции: «Статья 1. Суверенитет един, неделим, неотчуждаем и неотъемлем. Он принадлежит Нации. Никакая часть народа, никакое лицо не может присваивать себе его осуществление. Статья 2. Нация, от которой одной проистекают все власти, может их осуществлять лишь путем уполномочия. Французская Конституция — представительная: представители суть Законодательный корпус и Король. Статья 3. Законодательная власть вверяется Национальному Собранию, состоящему из срочных представителей, свободно избранных народом, и осуществляется этим собранием, с утверждением Короля, порядком, который будет определен ниже» (цит. по: Тексты важнейших основных законов иностранных государств. Ч. I / пер. Ф. Ф. Кокошкин. М., 1905. С. 34. — *Прим. пер.*).

¹⁹ Статья 25 Декларации прав 1793 г.

средства²⁰. Даже в правовом государстве она может действовать, выражая волю, только бы администрация делала это *secundum legem*²¹, когда речь идет о правах граждан. Напротив, существуют акты, которые рассматриваются как административные «по природе», и поэтому они могут издаваться в обход всей законодательной базы²². Если административные органы могут пожелать что-либо, то они выражают не свою собственную волю. Хотя она и выражается под контролем Императора, эта воля никак не может быть приписана и ему посредством презумпции, потому что он является физическим лицом. Следовательно, она рассматривается как воля субъекта, отличного как от самого администратора, так и от Императора или законодателя, — государства²³.

Итак, государство признается обладателем суверенитета, и каждый орган власти совершает какой-либо акт от имени государства. Он является органом государства. Указанное утверждение касается палат, Императора, администрации и самого народа, когда он осуществляет избирательную функцию от имени государства.

Теории обладателя суверенитета не описывают этого обладателя. Если они, несомненно, представляют собой обоснования, то выбор в пользу той или иной теории обусловлен самой структурой системы. Можно даже утверждать, что речь идет о той структуре, которая заставляет придумывать данные теории. Если структура правового порядка является структурой самого государства, тогда верно то, что теории государства не объясняют его, а объясняют его.

Схема, которую мы только что представили, обусловлена, таким образом, дескриптивной метатеорией. Эта метатеория направлена на формирование нормативных теорий государства. Кроме того, она может быть названа «объяснительной», в той мере, в какой обнаруживает ограничения, определяющие появление и содержание дискурса о суверенитете. Если орган политической власти находится в ситуации суверена в значении 3 или 4, то есть ли какое-то ограничение, запрещающее ему утверждать, что он является обладателем суверенитета, осуществляемого им? Если метатеория показала, что такого ограничения не существует, то тем самым она «объяснила», что этот орган власти может называться «сувереном», как в случаях Людовика XIV или английского Парламента. Если, напротив, она показала, что такое ограничение присутствует прежде всего в силу разделения властей, тогда она «объяснила», что следует назвать другого суверена, иными словами, следует провести различие между осуществлением суверенитета и его сущностью. Также метатеория становится объяснительной, когда она выявляет связь между структурой законода-

²⁰ Carré de Malberg R. Contribution... T. I. P. 488 и след.

²¹ В соответствии с законом (лат.). — Прим. пер.

²² Carré de Malberg R. Contribution... T. I. P. 501; Redor J.-M. De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879–1914). Paris, 1992.

²³ Jellinek G. Das Recht des modernen Staates. Vol. I. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 2^e éd., trad. franç., L'État moderne et son droit, 1905. P. 526 и след.

тельной власти и содержанием теории, касающейся сущности обладателя суверенной власти.

Очевидно, можно было бы продолжить наше исследование применительно к современному государству. Модели *a)* и *b)* характеризовались через дуалистическую систему обоснования. Решения нижестоящих органов власти были обоснованы с точки зрения динамики через компетенцию, которой их наделили создатели, и статичности — через их точное следование решению более общего характера. Наоборот, решения высшего органа власти были обоснованы только в динамичной манере, с помощью идеи о том, что их автор был наделен магической властью Богом, народом или нацией, и эти решения представляются обязательными независимо от их содержания.

Для современных систем характерна тенденция к признанию того, что решения самого высокого уровня, законы должны обосновываться также и в статической манере, посредством соответствия их содержания содержанию высшей нормы, конституции. Таково значение конституционного контроля: его функция заключается в удостоверении того, что законодатель не ограничен в осуществлении по своему усмотрению власти, делегированной ему подлинным обладателем суверенитета, но применяет какой-то установленный ранее принцип. Итак, Конституция понимается как совокупность принципов, которые сами по себе не выражают никакой воли, но рассматриваются как объективно существующие. Такой способ обоснования имеет два очень важных последствия. Прежде всего, больше нет необходимости в суверене — существе, от имени которого высший законодательный орган считается действующим и обладающим волей. Нет ничего удивительного в том, что в современном дискурсе о конституционном правосудии рискует исчезнуть отсылка к суверенитету народа или нации. Если иногда встречается идея «суверенитета конституции», то ее смысл существенно отличается от идеи народного суверенитета. Теория суверенитета конституции с ее терминологией не преследует цели заставить поверить в то, что конституция или учредительная власть являются такими субъектами, чью волю выражал бы законодатель. Она состоит только в утверждении о существовании норм, которые должен уважать законодатель, без того, чтобы эти нормы могли быть приписаны кому-нибудь²⁴. Теперь даже нельзя называть народ автором конституции, способным изменить ее в любой момент, потому что все чаще в курсах конституционного права признается существование нескольких принципов, которые народ не может изменить. Итак, любое рассуждение об обладателе суверенитета становится бесполезным, и можно сказать, что суверена больше нет.

Но если суверена больше нет, становится проблематично совместить конституционное правосудие и демократию, понимаемую как форма правления суверенного народа. Кроме того, непонятно, как можно было бы избежать следующей дилеммы: или утверждается, что конституционный контроль обеспечивает соблюдение конституции, не идентифицируемой

²⁴ Zagrebelsky G. *Il diritto mite*. Turin, 1992.

ни с чьей волей, и отрицается, что эта система представляет собой демократию, даже репрезентативную; или критикуется отказ от идеи репрезентативной демократии, и конституция, принципы, содержащиеся в ней, и прежде всего ее толкование, должны быть в целом представлены как выражение воли суверенного народа, воли народа. Однако за второй элемент этой дилеммы придется заплатить высокую цену: суверенный народ не может быть реальным народом, но является «постоянным народом», «трансцендентным народом», а тот, кто выражает волю трансцендентного народа, поскольку он толкует конституцию, должен называться «представителем» вместо избираемых ассамблей²⁵.

References

- Beaud O. *The power of the State*. Paris, PUF, 1994. 512 p.
- Bentham J. *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, trans. and preface of J.-P. Cléro. Paris, LGDJ, 1996. 380 p.
- Carré de Malberg R. *A Comparison of the Theory of the Formation of the Law per degrees with the Ideas and the Institutions devoted by the French Substantive Law relative to its Formation*. Paris, Sirey, 1933. 174 p.
- Carré de Malberg R. *Contribution to the General Theory of the State*. Paris, Sirey, 1920, réimpr., CNRS, 1962. 2 vol., 837 p.
- Crick B. Sovereignty // *International Encyclopaedia of the Social Sciences*. T. 15, 1968, pp. 76–78.
- Gauchet M. *The Revolution of Powers. The Sovereignty, the People and the Representation, 1789–1799*. Paris, Gallimard, 1995. 288 p.
- Jellinek G. *The Law of the modern state*. Vol. I. General Theory of the State. Berlin, 2nd ed., trans. engl., The modern State and its Law, 1905. 574 p.
- Redor J.-M. *The Legal Status of the Rule of Law. The Evolution of the Conceptions of the Doctrine Publicist French (1879–1914)*. Paris, Economica, 1992. 389 p.
- Troper M. Constitutional Justice and Democracy. *CFER*. 1990, no. 1, pp. 31–52.
- Troper M. *For a Legal Theory of the State*. Paris, PUF, 1994. 358 p.
- Zagrebelsky G. *The Legal Mind*. Turin, Einaudi, 1992. 218 p.

²⁵ Эти формулировки использует Марсель Гоше в своем обосновании конституционных движений: «Вечный народ — тот, который сохраняет идентичность самому себе из поколения в поколение и образует подлинного обладателя суверенитета» (Gauchet M. *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789–1799*. Paris, 1995. P. 45 et 47. См. также: Troper M. *Justice constitutionnelle et démocratie* // RFDC. N 1. 1990 (текст воспроизведен в: Troper M. *Pour une théorie juridique de l'État*).