

Т. В. ПАНКОВА-КОЗОЧКИНА

ИСТОРИКО-ПРАВОВАЯ МНОГОМЕРНОСТЬ УЧРЕДИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Рассматривая категорию и процесс функционирования учредительной власти нельзя не учитывать многообразие исторического развития и моментов бифуркации¹.

Учредительная власть может быть рассмотрена как дискреционная власть, поскольку высшие органы государственной власти могут действовать по своему усмотрению, в зависимости от конкретно-исторических обстоятельств. Эти институты способны принимать самостоятельные решения по вопросам, отнесенным к их исключительной компетенции. В этом случае принятие правоустанавливающих решений напрямую зависит от усмотрения органа учредительной власти, которому делегируется право высшей инстанции в системе государственной власти. При осуществлении учредительной власти целесообразность преобладает в определенной степени над законностью, они вынужденно отграничены друг от друга, потому что принятие жизненно важных решений для достижения поставленной цели — установления новой системы государственной власти — может быть осуществлено любыми разумными средствами. Поэтому учредительная власть характеризуется исключительной совокупностью дискреционных полномочий.

Вместе с тем, учредительная власть может быть рассмотрена как явление *относительно* самостоятельное. Правомочие действовать на основе усмотрения предоставляется институтам учредительной власти исключительными правовыми актами, хотя последние зачастую принимаются в виде «деклараций» (решений, оформленных в соответствии с действующей системой права). Фактически учредительная власть реализуется в правовом режиме законного административного усмотрения². Она нацелена на принятие таких

¹ «Когда система, эволюционируя, достигает точки бифуркации, детерминистическое описание становится непригодным». Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса. М., 1986. С. 236-237.

² Юридическая энциклопедия / Ред. М. Ю. Тихомиров. М., 2002. С. 251.

управленческих решений, содержание которых заранее четко не определено правовыми нормами. При этом всегда присутствует определенный субъективный элемент, но принципиально важно, чтобы при осуществлении учредительной власти, решения ее института не нарушали правовых норм. Тогда они будут находиться в режиме законности, а это значит, что реализация дискреционных полномочий в плане принятия инновационных правоустанавливающих решений может отвечать интересам сообщества, делегировавшего конкретному институту учредительной власти дискреционные полномочия по организации новой системы государственной власти.

Учредительная власть не может существовать без обращения к созданию норм права, к правотворческому процессу. Возникновение и/или функционирование данной власти неизбежно порождает юридический документ. Учредительная власть в силу своей природы обеспечивает переход от одной правовой формы к другой, предопределяет тем самым общую логику развития легитимационного процесса. Изучив конкретный опыт функционирования института учредительной власти в целом ряде стран, мы считаем возможным вычленить в легитимационном процессе две фазы: *фазу самолегитимации* и *фазу легитимации*. Вместе с тем, в учредительной власти, на наш взгляд, заложены два вида легитимности: *социальная легитимность* и *законодательная легитимность*. Анализ выделенных понятий на конкретно-историческом материале вполне может представлять собой самостоятельный сюжет. Мы остановимся лишь на принципиальных характеристиках легитимационного процесса.

Институт учредительной власти создается исключительно для того, чтобы выйти из ситуации неопределенности в функционировании государственности и перейти в ситуацию определенности. Учредительная власть указывает направление развития, при этом выверенные юридические документы могут отсутствовать, а, следовательно, исключительно правовой анализ будет недостаточен. Понимание учредительной власти и вероятностная интерпретация деятельности конкретного института учредительной власти невозможны вне пространства исторического поля. Но при этом без правового моделирования учредительной власти немислимо понять ее природу.

Учредительная власть выступает конкретным результатом процесса правового регулирования государствообразования или трансформации существующего государства. Она позволяет достичь и же-

лательной социальной определенности, а в конечном итоге — стратегически важной социальной стабильности. Иначе говоря, учредительная власть выступает как точка отсчета нового исторического периода в развитии конкретной страны. Естественно, мы будем наблюдать при этом две исторических ситуации: *начальную*, когда возникает потребность в существовании института учредительной власти, и *конечную*, когда реально появляется необходимый для данного исторического периода институт государственности³. Функционирование учредительной власти в разных странах, безусловно, будет различным, будут свои стадии, формы, юридические документы. Но в этом многообразии всегда можно выделить некий единый конституент, который мы определяем как категорию учредительной власти.

Для национальной истории ряда стран учредительная власть выступает как способ преодоления кризиса государственности или как протогосударственность. В истории России, например, призвание варягов можно рассматривать как факт осуществления учредительной власти народным вече Великого Новгорода. Вспомним, что именно славянские послы сказали варягам: «Земля наша велика и обильна, а порядка в ней нет. Приходите княжить и владеть нами...». Согласно Н. М. Карамзину, начало российской истории предоставляет нам удивительный и едва ли не беспримерный в летописях случай: славяне добровольно уничтожают свое древнее народное правление и требуют государей от варягов; в России самовластье установилось с общего согласия граждан⁴.

Учредительная власть может устанавливаться и когда стадия консолидации народа (народов) в определенной степени уже пройдена и объективно возникает необходимость учреждения высших органов государственной власти: во-первых, как акта завершающего создание государственности, во-вторых, как заключительного периода фазового перехода в формировании государственности, в-третьих, как способа выхода из социально-политического кризиса. Всё это разные исторические ситуации, поэтому нужно отличать учредительную власть от государственно-правовых реформ, эволюции

³ Например, учредительная власть в Польше была легитимирована сначала в так называемой Малой конституции 1919 года, которая сконцентрировала власть в руках Учредительного сейма. Результатом его деятельности стало принятие в марте 1921 года Конституции Польши.

⁴ Карамзин Н. М. История государства Российского. М., 2002. С. 41.

государственно-правовых институтов, введения новых государственных институтов, органов управления и т. д.

С точки зрения государственного строительства, учредительная власть — это способ перехода из одного состояния в другое. При этом факт учреждения становится неотъемлемым достоянием истории и остается в социальной памяти народа как возможность качественного преобразования общества. С другой стороны, учредительная власть далеко не всегда создает принципиально новый институт и обеспечивает возникновение новых государственных форм. Это вполне может быть обновленный вариант монархии: например, режим Реставрации во Франции (ее конституционные основы были определены в королевской Хартии 1814 г.), разновидность республики (например, Веймарская республика в Германии, легитимное оформление которой содержится в Конституции 1919 г.), модификация иных государственно-правовых форм (Канада, которая получила собственную конституцию в 1867 г. в форме Акта о Британской Северной Америке). Главное заключается в том, что происходит учреждение публичной власти, учреждение системы или части системы высших органов государственной власти.

С точки зрения теории социального управления, институт учредительной власти — это изначальный управленческий механизм, обеспечивающий формирование аппарата государственной власти и непосредственно запускающий его в действие. Иначе говоря, в этом случае первостепенное значение имеют качество принятых управленческих решений, взаимоотношения между институтом учредительной власти и учреждаемыми органами государственной власти, высшими должностными лицами государства.

Рассмотрение народа как источника учредительной власти непосредственно связано с вопросом о суверенитете. Принято различать три вида суверенитета: государственный, национальный и народный⁵. Реализуя свои суверенные права, народ устанавливает

⁵ Народный суверенитет — это верховное, неотчуждаемое право народа определять свою судьбу, быть единственным, независимым носителем и выразителем верховной власти в государстве и в обществе. Национальный суверенитет — это верховное, неотчуждаемое право нации определять свою судьбу, самостоятельно избирать ту или иную форму национально-государственного устройства, решать вопросы политического, экономического, социально-культурного, национального и иного характера с учетом

непосредственно и через своих представителей новую систему государственной власти. Он выступает как источник учредительной власти, что гарантирует определенную социальную стабильность и адекватное восприятие последующих правоустанавливающих действий как институтов учредительной власти, так и государственных структур, являющихся закономерным результатом функционирования органов учредительной власти.

В этой связи можно предложить следующее определение учредительной власти. Под учредительной властью в государствах с демократической формой правления следует понимать принадлежащее народу исключительное правомочие принимать или изменять основной закон государства (конституцию), модифицировать или создавать заново систему органов государственной власти, используя для этого представительные органы и институты прямой демократии. Тем самым, появляется возможность реализовать концепцию народного суверенитета как полновластие народа, когда народ обладает совокупностью социально-экономических и политических средств, когда обеспечивается реальное участие всех социальных групп и слоев в управлении делами общества и государства.

Причины, в результате которых возникает учредительная власть, представляют особый интерес, поскольку причины появления учредительной власти оказывают непосредственное влияние на ее юридическую ответственность. Первая и основная группа причин может быть обозначена как конфликтологическая, т.е. учредительная власть выступает как порождение социального конфликта, как фактор противостояния интересов, конкретной политической борьбы. Учредительная власть является результатом поляризации общества, когда противоречия между группами населения достигают большой остроты. Например, столкновение противоположных интересов, взглядов и устремлений Германского императора Фридриха II и Австрийских

объективных исторических условий, прав и интересов совместно проживающих наций и народностей, а также мнения других субъектов Федерации. Государственный суверенитет — это верховное, неотчуждаемое право государства самостоятельно решать свои вопросы внутреннего и внешнего характера, соблюдая законность и общепризнанные принципы и нормы международного права. См. подробнее: *Зиновьев А. В.* Федеральное устройство России: Проблемы и перспективы // Правоведение. 1997. № 3. С. 8-10.

Габсбургов привели в конце XIII в. к созданию Швейцарской конфедерации, легитимность которой была закреплена в особой грамоте вольности. Она заложила фундамент Швейцарской государственности, так как основные положения Швейцарского права были сформулированы в договоре об образовании Союза, заключенного свободными крестьянами трех кантонов: Швица, Ури и Унтервальдена. 1 августа 1291 г. они составили союзный договор «на вечные времена». Акт договора на латинском языке сохранился в архиве города Швица. Этот договор является легитимным обоснованием начала Швейцарской конфедерации. Окончательная независимость Швейцарского союза от «Священной Римской империи» была закреплена юридическим договором 1511 г. Швейцарские кантоны были демократическими республиками. Они управлялись всенародным сходом — *Landesgemeinde*, созывавшимся обыкновенно весной; здесь решались все важнейшие вопросы, выбирались *Landamman* (старшины), судьи, в случае надобности — послы на союзный сейм и другие должностные лица⁶. По своей структуре Швейцарский союз являлся конфедерацией. Постоянных центральных органов власти не было. Общие вопросы решались полномочными депутатами кантонов на общесоюзных сеймах (*Tagsatzungen*), они созывались по мере надобности любым из членов в любом городе, чаще всего в Люцерне, как более удобном из-за его центрального положения. Решения на сеймах принимались согласно инструкциям правительств, приславших представителей; при возбуждении новых вопросов участники сейма откладывали их для доклада (*ad referendum*) своим правительствам.

Другая группа причин — это, очевидно, коллизии в правовой системе (в одном случае речь идет о неразвитости правовой системы, в другом — это причины конституционно-правового порядка). Опять же конкретно-правовые причины для той или иной страны будут формулироваться по-разному, но в основе всегда наличествует несовместимость их с действующей системой права. Эта группа причин по степени важности для юридической ответственности учредительной власти занимает именно второе место. В этом случае конфликт связан не столько с социальной ситуацией, сколько с са-

⁶ В XV в. был установлен возрастной ценз в 14 лет (в таком виде он сохранился до 1798 г.); до этого возраста мальчики могли присутствовать (и присутствовали) на сходах, но без права голоса.

ним правом. Здесь правовые коллизии способны привести, в частности, к конституционному кризису, в свою очередь, имеющему социальные последствия. Тем самым, право выступает как первопричина кризисной ситуации в обществе. Например, в средние века зарождаются и развиваются специфические учреждения городского права, а развитие городского самоуправления приводит к формированию самоуправленческих правовых институтов. Во Франции процесс учреждения городов-коммун начинается уже с конца XI в. Коммунальная хартия давала городам право на самоуправление. Так, в XII в. были основаны города-коммуны в Камбре, Сен-Кантене, Бове, Нуайоне, Лане и др. городах. В этих образованиях городской совет получал полномочия, по которым он мог решать основные проблемы жизни города, производить денежное обложение горожан, защищать город от внешних врагов и вершить собственный городской суд.

Третья группа причин относится к генезису: речь идет о возникновении государственных форм, моменте их зарождения. В общественном развитии существует целый ряд ситуаций, когда по тем или иным конкретным причинам, для данной страны, данного народа, для самоопределяющейся территории необходимо изначально установить основы социального порядка, в том числе и правопорядка, чтобы общество получило толчок к развитию в ситуации первоначального государственного образования, ситуации выхода территории из войны, когда первоначальные обстоятельства конфликта давно исчерпаны. Например, Крестовые походы составили целую эпоху не столько в истории религии, сколько в общегражданской истории. Будучи формально религиозными войнами, целью которых считалось овладение главной святыней христианства — «гробом господним», на самом деле они являлись грандиозными военно-колониальными экспедициями, в результате которых были созданы новые государства. Среди них Латинская империя, Фессалоникийское королевство, Ахейское княжество (в Пелопонессе) и Афинско-Фиванское герцогство, Кипрское королевство и другие⁷.

Институт учредительной власти может быть адекватно понят только с использованием нескольких концепций правопонимания. При анализе тех или иных аспектов института учредительной вла-

⁷ Лозинский С. Г. История папства. М., 1986. С. 116-119.

сти, имеющих статический характер, используются позитивистские интерпретации, например, применяется формально-юридический подход при оценке политико-правовых решений, нормативно-правовых актов, связанных с функционированием института учредительной власти. Ценностно-ориентированные подходы необходимы для целостной характеристики института учредительной власти. Для осмысления его соотношения с конкретно-исторической ситуацией, необходимо использовать либертарно-юридическую интерпретацию. Тем самым, мы вольно или невольно подходим к цивилистическим интерпретациям. Здесь можно говорить об институте учредительной власти как о гражданско-правовой категории в двух аспектах. Если в первом случае имеется в виду, что институт учредительной власти в той или иной мере предопределил состояние отношений между личностью, обществом и государством, то во втором речь идет о роли института учредительной власти в развитии общества.

Институт учредительной власти в его конкретно-исторических проявлениях — это поиск такого варианта общественного развития, который устраивал бы на данный момент основные социальные группы, и естественно — элиту общества. В условиях переходного состояния государственности каждая социальная группа стремится определить свое место в обществе, желательно — то, которое позволит так или иначе в нем доминировать. Но при этом каждая из этих групп должна признать новый порядок и новую стратификацию как справедливые. Осознание этой новой социальной справедливости будет связано с законом, пониманием прав и свобод, причем не только человека и гражданина, но разных социальных групп и общества в целом. В одних случаях это может касаться эквивалентности обмена и форм собственности. Не менее важна сфера государственно-правовых отношений, где должна действовать социальная справедливость: правильно или ложно понятая, она напрямую связана со сферой государственного устройства. Во всех этих случаях, инструментом реализации новой социальной справедливости выступает институт учредительной власти.