

Яцек Залесны

Защита доминирующей роли конституции и разделение власти – спор о методах создания права в современных государствах¹

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:

*конституция, разделение власти, конституционные суды,
судебная власть, узурпация власти*

Введение

В настоящей работе выдвинут следующий тезис: демократический характер парламента и связанного с ним риска тирании большинства требует контроля конституционности права. Вместе с тем, данный контроль, в связи с отсутствием общепринятой и одобренной теории толкования права, учитывая порядок выбора конституционных судей и их политические убеждения, может деформировать равновесие власти в государстве, дать чрезмерные полномочия конституционным судьям. Беря во внимание значительное количество применяемых теорий толкования права, судьи могут свободно ими жонглировать и придавать конституции и контролируемым актам такое толкование, которое они сами признают обоснованным и, тем самым, нарушают каноны разделения власти.

Разделение власти признается догмой современного правового государства, его характерной чертой, без которой оно не может функционировать как институт, гарантирующий защиту прав и свобод граждан. С этим связан определенный вид отношений, существующий между органами государственной власти, со способностью государства к реализации первоо-

¹ The article is written as a part of NCN (National Science Centre Poland) project: “Constitutional courts in post-Soviet states: between the model of a state of law and its local application” (id 2016/23/B/HS5/03648).

чередного задания в виде защиты прав и свобод граждан. Тем не менее, принцип разделения власти является теоретическим творением, применяемым в различных его пониманиях и вариациях. Не существует единого его образца, который реализован или не реализован в полном соответствии². Уже на исходный вопрос, сколько существует властей, не было и не существует единственного, общепринятого и одобренного большинством ответа. В историческом восприятии необходимо упомянуть хотя бы о трех наиболее известных польской доктрине теориях разделения власти, то есть доктринах Джона Локка, Шарля Монтескье и Бенжамена Констана. В современных государствах сформированные исторически теоретические конструкции разделения властей еще более усложняются путем выделения так называемой регулирующей и контролирующей власти³. На неоднородность концепций разделения власти необходимо спроецировать разнообразную правовую практику. Например, в каждом из государств-членов Совета Европы принимается принцип разделения власти, но в каждом из них в разной версии, с применением отличных друг от друга конкретных решений. На мозаику принимаемых правовых решений, которые должны выражать принцип разделения властей, необходимо наложить богатство практики в данной сфере. Помимо того, что она рознится в отдельно взятых государствах, она также подлежит дифференциации в каждом из них, что, в свою очередь, обусловлено динамикой политических отношений, включая результаты межпартийного и внутрипартийного соперничества.

Иллюзии и ловушки демократической власти

Особенно сильный отголосок из размышлений отцов-основателей американского государства имеет то, что принцип разделения властей является ключевой, формальной гарантией защиты гражданина от узурпации власти. Любая власть, в том числе демократическая, характеризуется склонностью к узурпации. Не случайно Аристотель в *«Политике»* зачисляет демократию (наряду с олигархией и тиранией) к выродившимся государственным устройствам⁴. Не может быть и речи о справедливости, когда «господином

² R.M. Małajny, *Doktryna rozdziału władzy Johna Locke'a*, «Gdańskie Studia Prawnicze» 2009, tom XX, с. 229.

³ См. M. Kruk, *Polska nauka prawa konstytucyjnego a konstrukcja władzy ustawodawczej w Konstytucji RP – doświadczenia praktyki ustrojowej*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Dwadzieścia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, Toruń 2017, с. 22–23.

⁴ Arystoteles, *Polityka*, <http://libertarianin.org/Ebooks/Arystoteles%20-%20Polityka.pdf>, с. 91 и с. (дата обращения: 22.02.2018).

является народ, а не право»⁵. Вопреки надеждам, сопутствующим концепции делиберативной демократии, результатом столкновения противоположных позиций, которое связывают с парламентскими дебатами, не является формирование рациональных выводов и политических решений⁶. Демократические парламенты являются не столько ареной заботы и конкретизации всеобщего блага, реализации прав и свобод личности, сколько платформой столкновений демагогов, которые – как писал Макс Вебер – вербуют своих приверженцев и, благодаря демагогии, получают поддержку крупных общественных групп⁷. Идеи, правовые положения, не имеют весомого значения. Парламентские дебаты не питаются указаниями разума. Он не в цене. Речь идет не о концептуализации интереса государства и выражении его в принимаемых правовых положениях. Вес имеют партийные интересы, интересы лобби и искусность демагогов⁸. Исходя из данных соображений, демократия оказывает разрушительное влияние на право, мораль, благонравие, т. е. на все то, что происходит в государстве и является ключевым для его граждан⁹. В демократических парламентах серьезно не воспринимается справедливость¹⁰, фундаментальные права человека, выраженные в положениях конституции. Рамки, которые запрещено переходить воле законодателя, не могут ломаться вдоль и поперек в угоду деградировавшим депутатам парламентского большинства, быть может, даже без их сознания того, что они принимают участие в данного рода действиях.

Демократическая власть, что замечал уже Аристотель, является карикатурой на хорошее государственное устройство. Она возвышает то, что низкое и подлое. Спустя более две тысячи лет, анализируя морфологию американской демократии, являющейся на то время общепринятым образцом, Алексис де Токвиль обращал внимание на те же самые извращения демократии, что и Аристотель. Он замечал, что «демократия (...) не только не может выбирать достойных людей, она также не желает их выбирать»¹¹. Демократические институты активно развивают в человеческих сердцах чувство зависти. Пробуждают чувство не столько справедливости или мудрости,

⁵ Arystoteles, *Polityka*, с. 90 и с.

⁶ См. S. Filipowicz, *Demokracja. O władzy iluzji w królestwie rozumu*, Warszawa 2007, с. 161.

⁷ M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Warszawa 2002, с. 1070 и с. Аналогично B. Caplan, *Mit racjonalnego wyborcy. Dlaczego w demokracji wybiera się złe programy wyborcze*, Wrocław 2017, с. 53.

⁸ S. Filipowicz, *Demokracja...*, с. 162.

⁹ S. Filipowicz, *O władzy grzechu i grzechach władzy. Rozważania o rodowodzie amerykańskiego antyutopizmu*, Warszawa 1992, с. 217.

¹⁰ См. там же, с. 219.

¹¹ A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce, tom 1*, Kraków 1996, с. 202.

сколько равенства¹². В демократии подлежит проверке убеждение Канта об общественном применении разума. Как «естественные инстинкты демократии» в угоду равности не допускают выдающихся личностей ко власти, настолько же сильный инстинкт диктует последним, что бы не оподлиться, отказаться от политической карьеры¹³.

Каков же смысл имеет принцип парламентского большинства? Ведь решающее для создания законов парламентское большинство не располагает преимуществом добродетелей и разума, поскольку не подбирается в данном аспекте. Представители народа, в сущности, отображают человеческую зависть¹⁴, эгоистичные интересы. Таким образом, вместо обещания о правлении разума, заботе о всеобщем благе, результатом которых являются рациональные законы, служащие реализации общественного порядка, получаем карликовые парламенты, питающиеся человеческой завистью и утверждающие ее как выражение народного интереса.

Неясной остается сама конструкция политического представительства. Довольно сложно четко определить ее предмет. Ей можно придавать разнообразные, взаимно не исключающие значения¹⁵. Речь идет о хаосе представительства¹⁶. Сложность с определением, чем же является политическое представление воли суверена, возникает вследствие того, что правовой фикцией является восприятие суверена как коллективного субъекта, имеющего свою волю. Невозможно сохранить тот принцип, что народ имеет какую-либо волю, а в результате, также фикцией является утверждение о том, что данную волю можно представлять¹⁷. Правовой фикцией является суверенность народа, трактуемая как реализация его воли. Это теоретическая конструкция, принятая с целью обоснования феномена власти. Такой воли коллективного субъекта х суверенных прав не существует. Ее свободно определяет парламент путем голосования. Только лишь воля парламента, выраженная в законе, становится правом, требующим всеобщего соблюдения, обязательным для суверена. Парламент, принимая закон, становится не столько выразителем *volonté générale* (фр. «совокупной воли»), сколько

¹² Там же, с. 202.

¹³ Там же, с. 203.

¹⁴ S. Filipowicz, *Demokracja...*, с. 187.

¹⁵ D. Runciman, *The Paradox of Political Representation*, «Journal of Political Philosophy» 2007, nr 1, с. 93 и с.

¹⁶ Более детально по данной теме пишет J. Szymanek, *Reprezentacja polityczna: interpretacja pojęcia*, [w:] M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli (red.), *Ustroje: historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Kraków 2013.

¹⁷ J. Szymanek, *Reprezentacja polityczna w ujęciu doktryny francuskiej*, «Studia Iuridica Lublinensia» 2014, t. XXII, с. 135 и с.

подлинной *volonté générale*¹⁸. Таким образом, на месте народа как теоретического суверена, стоит парламент как реальный, действительный суверен. „Суверенность фиктивного народа, который имеет фиктивную совокупную волю, приобретает реальные очертания действительного суверена, имеющего фактическую реальную волю, с тем только, что не всеобщую, а – напротив – частную, часто отдельную”¹⁹. В дополнение, нередко случается, что между волей крупных общественных групп и волей парламента существует слабая связь, и даже расхождения²⁰.

Коллективной иллюзией является презентация политического представительства по образцу представительства в гражданском праве, как более или менее достоверного отражения в парламенте образа суверена, с мозаикой его потребностей и стремлений. Она не является ассоциацией различных мнений, гарантирующей в конституционно определенных условиях поведение общественного гомеостаза. Она воспринимается наиболее буквально, арифметично. Для содержания законов решающим является количество голосов, а не вес аргументов²¹, но ведь большинство может ошибаться. Политическое представительство воспринимается как принцип парламентского доминирования большинства не столько и не только над меньшинством, сколько доминирование в общественных отношениях, навязывание своей воли всем их участникам. Доминирование парламентского большинства, подкрепленное правилом арифметического большинства, может приобрести форму буквального доминирования парламентского большинства над участниками общественных отношений. Произвол решений парламентского большинства может иметь силу поработителя. С точки зрения нарушения прав и свобод личности особого значения не имеет тот факт, имеет ли поработитель одну голову, несколько или несколько сот голов. О сути деспотизма не столько говорит то, кто деспот, сколько его сила, сила отрицания прав и свобод личности. „Разделение власти немного тут меняет. Деспотия законодательной власти может стать фактом, не смотря на препятствия, какие создает механизм *checks and balances*” (система сдержек и противовесов)²².

В то же время, на принципе политического представительства, принимающего значение парламента как арены генерирования политических решений, формирующих поведение крупных общественных групп, основан современный конституционализм. Словно непреложную истину он воспринимает

¹⁸ Там же, с. 139.

¹⁹ Там же, с. 140–141.

²⁰ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, с. 186.

²¹ S. Filipowicz, *Demokracja...*, с. 186.

²² S. Filipowicz, *Demokracja...*, с. 209–210.

идею правления закона, который разум способен установить в парламенте и воплотить в жизни в результате деятельности участников общественных отношений. В результате это парламенты, захваченные партийными демагогами и лобби, ожидают воплощения власти закона, защиты прав и свобод личности. Это мало правдоподобно. Парламенты стали фабриками права, являющегося продуктом воли хитрых, наслаждающихся властью демагогов, принимаемого подчиненными им партийными машинами²³, утверждающего человеческую зависть как выражение интереса народа. В то же время, это мануфактуры постоянно трансформируемого права. Изменчивость права стала его неотъемлемой чертой. Это следует из непостоянства фракционной тактики, коалиций, компромиссов, равно как переменчивости капризов парламентских лидеров²⁴. Когда создание права отдалено от норм иного порядка, принципов морали, ничего нет постоянного, определенного на относительно длительный отрезок времени. Напротив, все течет, меняется, химерично, в зависимости от конкретно взятых событий.

В то же время, современные парламенты воспринимают закон как инструмент управления политическими, общественными и экономическими процессами, инструмент для научного создания „нового человека”²⁵, ссылаясь при этом на данные естествознания и технических наук.

Парламентаризм, основанный на фикции принципа политического представительства, правиле большинства, лишен постоянного фундамента. Он обречен на зависимость от управляющих им демагогов и их капризов. Таким образом, необходимым является удерживание, укрощение демократического правления, осуществляемого, как правило, бескомпромиссными и расчетливыми демагогами, с неразрывной с их сущностью тенденцией к превышению власти. В противном случае, на что указывал уже Аристотель, а развил Цицерон (на почве римского опыта), а за ними и прочие знатоки истории государственных устройств политических обществ, демократических правлений, они становятся синонимом тирании или генерируют тиранию, как

²³ В Польше рамки и масштаб зависимости депутатов от партийных лидеров изучил исследовательский коллектив в следующем составе: М. Годлевский, К. Кубуй, М. Лясковска, М. Ольшувка, Я. Залесны, возглавляемый проф. Марией Крук. Исследования были проведены в рамках гранта Министерства науки и высшего образования Польши: *Конституционная концепция представительского мандата и ее современная обусловленность – между теорией, правом и практикой*. Результаты исследований были опубликованы в М. Kruk (red.), *Mandat przedstawicielski w teorii, prawie i praktyce poselskiej*, Warszawa 2013 oraz М. Kruk, К. Kubuj, М. Laskowska, J. Zalesny, М. Godlewski, М. Olszowska, *Representational mandate in the Polish Deputies' practice*, Warsaw 2013.

²⁴ См. R.M. Małajny, *Legitymacja sądownictwa konstytucyjnego*, «Państwo i Prawo» 2015, № 10, с. 17.

²⁵ J. Baszkiewicz, *Nowy człowiek, nowy naród, nowy świat*, Warszawa 1993.

в XX веке в Италии или Германии. В Англии XVII века („колыбели” парламентаризма), когда Палате общин не удалось осудить графа Страффорда в порядке *impeachmenta*, его приговорили к отсечению в порядке *Act of attainder* (парламентское осуждение за государственную измену). Для процедуры *impeachmenta* необходимо было провести судебное производство и доказать вину обвиняемого, а в *Act of attainder* приговор выносился путем принятия закона. Было внесено заявление законодателя на осуждение, парламентские палаты согласились его принять, король санкционировал закон, закон стал действующим актом и – в результате акта парламентского голосования – графу Страффорду отсекли голову. На основании того же законодательного принципа, путем голосования, парламентское большинство может все, включая все наихудшее. С точки зрения реализации прав и свобод личности, демократическое правление является постоянной угрозой. Оно несет риск превышения власти, насилия, относящегося к различным сферам человеческой деятельности: личностных прав и свобод, политических прав и свобод или экономических, социальных и культурных прав и свобод. Создание права является также простой в техническом аспекте процедурой. Акт голосования не имеет никаких ограничений. В настоящее время достаточно поднять руку, нажать кнопку и закон любого содержания может быть принят.

Содержание закона вправе свободно определять его автор. Оно не зависит от каких-либо классифицированных и неоспоримых указаний рационального характера. Его не ограничивают никакие нормы, находящиеся за рамками права²⁶. Законом является то, что законодатель желает признать законом. Актом единственного голосования парламент может все.

Если бы в законотворческом процессе парламент самостоятельно и окончательно должен был бы осуществлять толкование конституции, то сама конституция не имела бы большого значения. Парламент мог бы свободно нарушать ее положения, аргументируя тем, что таким образом он обеспечивает их выполнение, а избравший его народ в умеренной степени мог бы это предотвратить. Он не располагал бы средствами защиты от узурпации власти, ключевой жертвой которой стал бы²⁷.

Против тирании парламента

Условием элементарной рассудительности является формирование механизмов, защищающих от безумства законодательной власти, проклады-

²⁶ S. Filipowicz, *Demokracja...*, с. 219.

²⁷ Ср. Т. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2016, с. 9.

вающего дорогу тирании большинства, управляемого ловкими демагогами. Необходимы тормоза и ограничения. Исходя из данных соображений, было замечено, что любое решение, которое получило поддержку парламентского большинства, может иметь силу действующего закона и подлежать соблюдению. Необходимы средства правовой защиты конституционности законов. При этом не следует их трактовать как один из многих способов дистрибуции власти, механизм уравнивания властей, по образцу законодательного вето или роспуска парламента. Значение контроля конституционности законов для устройства государства выходит за рамки механизмов перестройки власти в государстве. Спор о контроле конституционности законов касается самих основ государства, существования в нем гражданина²⁸. Так происходит благодаря роли, которую играет конституция, являющаяся инструментом защиты людей от всякого рода самовольных начинаний всякой власти²⁹.

Обречен ли гражданин на зависимость от воли морально обнищавших парламентских демагогов или воспринимается как субъект права, гарантируемые конституционные права и свободы которого подлежат правовой защите? Дилемма настолько существенна, что ее не удалось устранить заявлениями в том, что парламент является выражением воли суверена и в полной мере будет действовать в его благо. Вместе с тем, нет никаких сомнений, что недостаточным является внутрипарламентский контроль создаваемого закона. Парламент сам по себе не в состоянии защитить себя от риска сойти на ошибочный путь. Было бы большой иллюзией ожидать, что захваченные партийными фракциями и партийными демагогами парламенты в состоянии провести такой контроль объективным образом, согласно принципам толкования права, руководствуясь конституционными положениями. Следовательно, если в устройстве государства должны существовать какие-либо механизмы, направленные на защиту от безумия партийных дирижеров мануфактур права, то они должны иметь внешний характер относительно парламентов и быть от них независимыми, но также – что уже в данном месте требует особого внимания – сами по себе должны быть независимыми в действиях, укрепленными системой персональных и процессуальных гарантий той же независимости, так, как они трактуются доктриной права.

²⁸ См. M. Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*, «Catholic University Law Review» 1985, Vol. 35, Issue 1, с. 5 и с.; R. Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, «Indiana Journal of Global Legal Studies» 2004, Vol. 11, Issue 1, с. 75 и с.

²⁹ D. Minich, *Współczesny konstytucjonalizm a czysta teoria prawa Hansa Kelsena*, [w:] A. Bosiacki (red.), *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, Warszawa 2017, с. 50.

Принципиальным средством от узурпации парламента является судебный контроль конституционности права. Защищая от тирании большинства, он является силой, ограничивающей волю парламентского большинства³⁰ и, как таковой, – обязательным и необходимым элементом сбалансированной власти. Введение средств контроля конституционности законов воплощает в действительность характер конституции как фундаментального закона, в то же время, является выражением стремления к реализации идеи правового государства³¹. Их введение позволяет ограничить негативные последствия парламентского бесправия, и благодаря этому оно не станет основой актов применения права, принимаемых относительно граждан и их обязанностей. По этим же соображениям императив наличия эффективного контроля конституционности права является ключевым мотивом современного дискурса с надлежащим образом сформированными государством и правом³².

„Колыбелью” судебной защиты конституции (следовательно – и граждан) считается введение в Соединенных Штатах Америки (сначала на уровне штатов, а вместе с созданием американской федерации, также на федеральном уровне) всеобщего судебного контроля конституционности права (*judicial review*). В свою очередь, в европейских государствах только тотальный опыт Второй мировой войны вызвал существенное изменение в восприятии устройства государства, принципа разделения властей и места в нем парламента. Они имели характер катарсиса. Означали то, что поставлен под сомнение³³ закреплённый французской доктриной принцип первостепенности парламента и закона как своего рода выражения всеобщей воли. Тоталитарная практика значительной части правлений европейских стран, которые (как основывающаяся на традиции Просвещения Франция) смогли собственных граждан вывозить в лагеря смерти – диктовала осуществление переоценки в восприятии парламента и закона как первостепенного плода его деятельности. Отсюда также проведение в Италии уже в 1947 г., а в Германии – двумя годами позднее, судебного контроля соответствия законов конституции. Аналогичный процесс происходил в государствах, выходящих

³⁰ A. Rataj, *Sąd Najwyższy Izraela jako sąd konstytucyjny. Przyczynek do badań nad aktywnością sędziowską*, Kraków-Budapeszt 2016, с. 282; W. Sadurski, *Spór o ostatnie słowo: sądownictwo konstytucyjne a demokracja przedstawicielska*, «Civitas» 1998, № 2, с. 85.

³¹ M. Starzewski, *Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności ustaw*, Warszawa 2009, с. 54; A. Jamróz, *Refleksje o suwerenności narodu. Od genezy do współczesnego rozumienia*, [w:] R. Kłosowicz, B. Kosowska-Gąstoł, T. Wiecech, Ł. Jakubiak (red.), *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne. Księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, Kraków 2016, с. 308 и с.

³² См. A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012, с. 129.

³³ Такого характера не имели ограниченные попытки введения судебного контроля правовых норм в межвоенный период.

из авторитарных режимов, которые, как Турция, Португалия или Испания, в контроле конституционности законов усматривали ключевую, формально-правовую гарантию власти закона и преграду от реактивации власти беззакония. Аналогичный процесс, следующий из тождественных условий, происходил на рубеже 80-х и 90-х годов XX века в государствах, освобождающихся от ярма коммунизма³⁴.

Согласно ст. 3 § 2 Конституции Соединенных Штатов Америки, власть судов распространяется на все дела, рассматриваемые согласно праву и справедливости, какие могут возникнуть в период действия конституции. Прежде всего, из этого положения следует право судов на контроль соответствия конституции законов, которые должны войти в применение, а в случае констатации несоответствий, отказ в применении закона и вынесение решения на основании положений конституции. Все суды имеют полномочия на оценку того, не вышел ли вследствие принятия данного закона парламент за рамки предоставленных ему полномочий. Если так произошло, то формально действующий акт парламента не находит применения. Не становится правовой основой судебного решения. Суды применяют тогда соответственное конституционное правовое положение.

В европейских государствах идее создания контроля соответствия законов (и других правовых актов) конституции сопутствовала дискуссия относительно того, кто должен был бы такой контроль осуществлять. С самого начала это был вопрос спорный, вызывавший бурные обсуждения. Должны ли это быть граждане, которые путем референдума вправе отклонить несоответствующий конституции закон? Или это должен быть специальный орган, а если так, то какой? Сомнения касались процесса придания правовой силы такому субъекту, порядку его создания и формы зависимости от парламента. В 1795 г. в революционной Франции, в период осуществления конституционных работ, среди различных предложений Эммануэль-Жозеф Сийес предложил передать контроль конституционности законов элитарному *Конституционному жюри (jurie constitutionnaire)*. Первый состав данного *Жюри* должны были избрать парламентарии из своих рядов. Ежегодно *Жюри* должно было сменяться. Выбор преемников должно было осуществлять *Жюри* среди парламентариев, у которых заканчивался срок полномочий. *Конституционное жюри* должно было, прежде всего, исследовать соответствие конституции актов государственной власти, и несоответствующие ей объявлять недействительными³⁵. Проект Э. Сийеса критиковался и был отклонен

³⁴ С определенными исключениями, как в случае Югославии, Чехословакии, Польши, в которых данный процесс был проведен ранее.

³⁵ Более детально на тему см. М.М. Wiszowaty, *Jury Konstytucyjne Emanuela Sieyès, czyli sądziołowie w obronie narodu przed ludem*, <http://www.konstytut.pl/archives/2864> (дата

как целящийся в права Конвента. Как убеждал Антуан Клер Тибодо: „Эта чудовищная власть была бы всем в государстве. Если предоставить государственной власти стражника, это означает дать им господина, который их привязал бы, чтобы было легче следить за ними”³⁶. К заявленной позднее концепции Сената, „консервирующего” соблюдение конституции путем исследования конституционности законов перед их провозглашением, обратились в конституции 1799 г., сказав намерения заявителя, и на практике Сенат такой функции не выполнял³⁷.

Учитывая решения Монтестье или размышления Отцов-основателей США, осуществление суда бывает отождествляемо с суровым применением правовых норм. Акцентируя внимание на том, что судьи связаны правом, как неотъемлемым свойством процесса осуществления правосудия, Монтестье называл судей „устаи права”. В данном понимании, они в отличие от законодательной или исполнительной властей, не являются никакой властью; не имеют никаких компетенций власти. Они слуги права, реализуют то, что определил законодатель. По этой причине в некоторых классификациях разделения органов государственной власти, суды воспринимались как исполнительная власть. Восприятие правосудия Монтестье как процесса нейтрального по отношению к созданию права, было укреплено в позитивистских концепциях права, акцентирующих внимание на его иерархичном характере. Как доказывал Ганс Кельзен, право – это система совершенная, слаженная, иерархично упорядоченная, во главе которой находится первичное правило, идущее от разума. Из иерархичной структуры правовых норм следует, что нормы низшего уровня должны соответствовать нормам высшего уровня, а отношения, существующие между ними, можно определить, руководясь указаниями разума, содержащимися в техниках толкования права, основанных на правилах логики. При таком образом понимаемом праве судьи должны быть как сотрудники газового завода, считывающие показания газового счетчика. Они не осуществляют интерпретацию закона, а только читают его содержание, что оценивается как процесс объективный и проверяемый.

Судебный контроль конституционности законов, независимо от его вида (сконцентрированный или деконцентрированный) должен был решать проблему обеспечения главенствующего характера конституции над антикон-

обращения: 22.02.2018); L. Mażewski, *Wiele hałasu o nic? Konflikt wokół Trybunału Konstytucyjnego w latach 2015–2016 w perspektywie rozważań modelowych*, Warszawa–Radzymin 2017, с. 129 i с.

³⁶ Цит.: А. Kubiak, *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjności ustaw*, Gdańsk 1993, с. 26.

³⁷ Более детально по данной теме см. М. Starzewski, *Środki zabezpieczenia prawnego...*, с. 67 и с.

ституционными действиями парламента, а в результате – быть формально-правовой гарантией защиты прав и свобод человека от его нечеловеческой деятельности. В действительности, однако, в данном аспекте деятельности судов, о конституционных правах (далее также: конституционный суд) формируются оговорки.

В то же время, на фоне судебного контроля соответствия законов конституции, возникает новая фундаментальная проблема государственного устройства – свобода части судей, высказывающихся относительно того, что соответствует конституции, а что ей противоречит. На такой риск обращал внимание уже Томас Джефферсон во время Филадельфийского конвента и в более поздний период, подчеркивая, что суды, получая компетенции оценки конституционности законодательных актов (и актов исполнительной власти) могут стать супервластью, главенствующей над всеми остальными, перешагивающей через принцип разделения и равновесия власти. Как показала практика государственного устройства, это не были пустые возражения. Конституционные суды стали „политической властью”. В польской доктрине, таким образом уже в 1928 г. определял их Мацей Стажевски, широко обосновывая занимаемую им позицию³⁸.

Учитывая характер конституционных ценностей и принципов, их аксиологические контексты, невозможно отделить оценку конституционности правовых положений от споров о ценностях и принципах, которые – согласно конституционным положениям – должны воплощаться в государстве. Конституционные ценности (с меньшей интенсивностью также конституционные принципы) настолько общие, абстрактные, что требуют идентификации в процессе применения правовых положений³⁹. Чтобы определить суть образцов контроля нормативных актов (равно как суть предмета контроля нормотворческих актов), необходимо применить определенные непреложные для участников правовых отношений принципы техники толкования права. Они обуславливают результат проведенного процесса оценки конституционности права. Формальное прочтение конституционных ценностей фактиче-

³⁸ Там же, с. 162 и с. М. Zalewska, *Czysta teoria wykładni prawa? Hans Kelsen – teoretyk i konstytucjonalista*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, с. 46–47.

³⁹ Ср. М. Safjan, *Sąd konstytucyjny jako pozytywny ustawodawca*, [w:] D. Dudek, M. Gapski, W. Łączkowski (red.), *Amicus hominis et defensor iustitiae. Przyjaciel człowieka i obrońca sprawiedliwości. Księga Jubileuszowa w 70. rocznicę urodzin Sędziego Ferdynanda Rymarza*, Lublin 2010, с. 285 и с. E. Zwierchowski, *Z zagadnień legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego*, [w:] J. Trzeciński, B. Banaszak (red.), *Studia nad prawem konstytucyjnym*, Wrocław 1997, с. 305–306; H. Kaczmarczyk, *Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Dwadzieścia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, Toruń 2017, с. 73.

ски становится их созданием и навязыванием другим участникам политических отношений, которые – в отличие от конституционного суда – имеют кроме этого непосредственную демократическую правовую силу.

В процессе контроля правовых норм закон для своего действия должен быть одобрен конституционным судом. Не существует единственного, правильного понимания конституции. Результатом неполной языковой определенности конституции (аналогично международным договорам или законам) является, соответственно, существование более одной возможности выполнения конституционной нормы. Это означает, что в ход идут различные возможности применения конституционной нормы, не только в ее рамках, но также и за ее пределами. Языковая многозначность нормативного акта создает интерпретатору свободу прочтения правовой нормы, предпочтения для какой-либо из ее трактовок и отклонения других ее применений. Признание закона соответствующим или несоответствующим конституции является выражением судебного признания, принятого им решения⁴⁰. При этом, также в самом конституционном суде не должно быть относительно этого всеобщего согласия, чего одним из формальных признаков являются мнения, отличные от решения. В конституционном суде, аналогично парламенту, большинство путем голосования определяет, что соответствует, а что нет, конституции. Иначе, чем в типичной для парламента ситуации (голосование парламентскими фракциями), это не должно быть постоянное большинство. Они могут возникать на случай отдельных контрольных процедур, тем не менее, также в конституционном суде правило большинства имеет применение. Если решение конституционного суда принимается путем голосования, то аналогично парламенту нет уверенности, что принятое им содержание противоположных положений (соответственно: образца и предмета контроля правовых норм) является единственным и верным⁴¹.

Признание неконституционности закона не является результатом юридических размышлений, основанных на безусловно действующих единых принципах толкования⁴², поскольку теория права, не смотря на осуществляемую в данной сфере интенсивную деятельность, не разработала таких правил толкований, в том числе принципов толкования конституции, и не требует убеждения в том, что текст конституции, аналогично любому дру-

⁴⁰ P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 132.

⁴¹ J. Szymanek, *Postulowane zmiany Konstytucji RP: zderzenie dążeń centrypetalnych i centryfugalnych w myśleniu o ustroju politycznym państwa*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Dwadzieścia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, Toruń 2017, s. 685.

⁴² Иначе, см. А. Tomza, *Czy amerykańska jureksprudencja posiada reguły interpretacji Konstytucji?*, «Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej» 2014, № 2, s. 1–2.

тому правовому тексту, требует интерпретации⁴³, которая не является чем-то нейтральным⁴⁴. Аналогично, не существует единой, когнитивно верной и неоспоримой концепции толкования конституции⁴⁵, дающей возможность определения объективного значения текста конституции⁴⁶. Значительное количество конкурентных относительно друг друга, спорных концепций толкования конституции нарушает доверие к принимаемым решениям по вопросу толкования. Делает их не чем-то объективным, научно верным, бесспорным, а напротив – самовольным, являющимся выражением субъективных убеждений или взглядов судей, в том числе воспринимаемых как представителей определенных политических организаций или групп интересов.

Обращаясь к определениям американской доктрины, выделяют многочисленные концепции интерпретации конституции, среди них: текстуализм (*textualism*), интенционализм (*intentionalism*), оригинализм (*originalism*), судебный активизм (*judicial activism*), „живущий конституционализм” (*living constitution*)⁴⁷, судебскую сдержанность (*judicial self-restraint*). Для представления существующих между ними отличий следует напомнить об их основных принципах. В рамках текстуализма судья определяет значение правовых норм согласно принципу всеобщего признания. Слова конституции воспринимаются как написанный текст, основанный на их соединении по словарным принципам⁴⁸. Проблемы с текстуализмом могут касаться языковых ограничений и следующих из них интерпретационных недочетов. По этой причине, по мнению противников текстуализма, декодирование текста не передает его истинного значения⁴⁹.

⁴³ S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016, c. 17.

⁴⁴ M. Smolak, *Wykładnia prawa a zmiana społeczno-polityczna*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, c. 157 i c.

⁴⁵ См. M.J. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011, c. 24; A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, «Państwo i Prawo» 2005, № 8, c. 27.

⁴⁶ W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej*, «Przeгляд Сеймовы» 2009, № 4, c. 15.

⁴⁷ См., напр., A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, Łódź 2016, c. 37–38; I. Małajny, R.M. Małajny, *Zasada podziału władzy w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, «Studia Iuridica Lublensia» 2014, t. XXII, c. 538–539.

⁴⁸ B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012, c. 63 i c.; A. Tomza, *Czy amerykańska jurysprudencja posiada reguły interpretacji Konstytucji?*, «Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej» 2014, № 2, c. 4.

⁴⁹ A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych...*, c. 38–39.

Интенциональная интерпретация конституции заключается в исследовании субъективных намерений ее авторов. Ссылки на замысел авторов конституции должны говорить о неизменности, вместе с тем, верности представления воли суверена конституционным судом⁵⁰. В случае коллективных субъектов сложностью является само по себе определение, о каких замыслах идет речь. Ее авторов или кого? На таким образом поставленный вопрос интенционализм не дает однозначного ответа. Депутатов, голосующих за принятие конституции? Фракции парламентского большинства? Депутатов, берущих слово по данному вопросу? Депутата – докладчика проекта конституции? Главных, то есть каких, теоретиков данной конституции? Замыслы автора конституции, а когда выражаются? Во время конституционных работ или, быть может, в рамках интерпретирования конституционных положений? Вопросы можно продолжать. Проблема не в их количестве, а в отсутствии на них четкого ответа.

Согласно оригинализму, основой интерпретации конституции является только оригинальное значение конституционных понятий (*original meaning*), а не всеобщего значения (*plain meaning*), как в текстуализме. Сам оригинализм, как концепция интерпретации конституции, не является однородным. В его рамках выделяется, например, концепция определения неоригинального значения конституционных понятий (*original meaning*), но оригинального понимания конституционных понятий (*original understanding*).

Судебный активизм обращает внимание на то, что интерпретация конституции должна быть расположена в темпоральной плоскости, и учитывать происходящее изменение конституционных понятий и приведение в соответствие их интерпретации к современным условиям конституции. Юридический текст необходимо читать с эволюционной перспективы. Она предполагает, что значение текста подлежит изменению во времени. Поэтому определение значения правового регулирования не определено автором текста, а концентрируется на его словах и языковой практике коммуникационного сообщества, в рамках которого текст был создан, он интерпретируется, а также на действительности, к которой правовая норма относится⁵¹, и эта действительность меняется во времени. При этом, также данная концепция интерпретации права не ведет к единым определениям. Так как можно учитывать различные языковые практики и разную неязыковую действительность, к которой относится интерпретированный правовой текст⁵².

⁵⁰ M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017, с. 189; B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski...*, с. 65 и с.

⁵¹ См. M. Matczak, *Summa Iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, с. 136.

⁵² На это обращает внимание P. Kaczmarek, *Era prawodawców czy era tłumaczy?*, [w:] P. Jabłoński (red.), *Koniec teorii prawa?*, Wrocław 2011, с. 170.

Концепция „живой конституции” выходит из принципа, что в конституции регулируются рамки устройства государства, и в то же время, в первоначальный момент их создания невозможно предвидеть всех возможных значений использованных слов. Следовательно, можно их определить путем интерпретации конституции⁵³. Конституция, как живой акт, проявляет естественные адаптационные способности⁵⁴ к изменяющейся общественной действительности. Она должна восприниматься в свете современных ценностей и опыта⁵⁵. Содержащимся в ней понятиям можно придавать новое значение. Таким образом, без проведения формального изменения конституции, она подлежит изменению, материальной актуализации⁵⁶. Как доказывают приверженцы концепции „живой конституции”, сложно согласиться с принципом, что „мертвая рука” (*dead hand*) авторов конституции держит власть над современным обществом⁵⁷.

В свою очередь, согласно концепции судейской сдержанности, в контроле конституционности права судьи должны быть сдержанными. Это следует из факта, что действуют правовые, политические или экономические отношения, но – в отличие от парламентариев и правительства – не несут по этому вопросу политической ответственности, а в связи с имеющимся материальным иммунитетом – также и правовой. Конституционный суд, принимая решение о том, что положение не соответствует конституции, вызывает аналогичный правовой результат, что и парламент, отклоняя правовое положение. Таким образом, аналогично парламенту, формирует политику государства⁵⁸, учитывая то, что формирование политики государства является сферой деятельности парламента, должно приносить его воздержанность. Но при этом, что следует подчеркнуть, само понятие „сдержанности” является не до конца определенным, вместе с тем, вызывающим позитивную коннотацию. Независимо от содержания предлагаемых решений и вызванных ими

⁵³ A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych...*, с. 105; A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, с. 602.

⁵⁴ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa...*, с. 63.

⁵⁵ B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski...*, с. 68.

⁵⁶ См. R.M. Małajny, *Rola Sądu Najwyższego w procesie wykładni Konstytucji USA*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, № XXXI, с. 326–327. Por. P. Laidler, *Interpretacja Konstytucji USA przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jako główna przyczyna ewolucji zasady podziału władzy*, [w:] J.A. Daszyńska (red.), *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Reminiscencje w 220. rocznicę uchwalenia*, Łódź 2009, с. 335–336.

⁵⁷ M. Barczentewicz, *Inspiracje amerykańskie w dyskusjach wokół interpretacji konstytucji*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, с. 91.

⁵⁸ W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008, с. 12.

фактических последствий, среди конституционных судей доминируют считающие себя „сдержанными” в принятии решений. Почти все кандидаты на пост судьи заявляют, что являются приверженцами судейской сдержанности, отмахиваются от судейского активизма и декларируют тщательное отделение политики от роли судебной практики⁵⁹. Исключением является самоидентификация судьи как „несдержанного” в вынесении решений. Конституционные судьи в согласии утверждают, что пока необходимо предполагать конституционность контролируемого положения, до той поры его несоответствие конституции не будет выявлено вне всяких сомнений. Вместе с тем, данное утверждение является не столько правовой конструкцией, определяющей процесс конституционного вынесения решений, сколько риторической фигурой, которая должна держать участников политических и правовых отношений в убеждении, что так в действительности и есть. Ее интонирование не имеет влияния на прохождение процесса вынесения конституционных решений⁶⁰.

Помимо правил интерпретации, следующих из различных концепций интерпретации конституции, имеют применение также интерпретационные каноны (*canons of construction*) и основные принципы (*valid canons*) интерпретации, которых А. Скалия и Б.А. Гарнер насчитали 57⁶¹, и применение которых также может вести к отличным интерпретационным выводам.

Помимо определения толкования правовых положений, находящихся применение в определенной процедуре в конституционном суде (образца и предмета контроля конституционности права) необходимо определить (согласовать) связи, существующие между различными относительно сути ценностями и конституционными принципами, т.е. правила предоставления приоритета одной из них. В сущности, этого не делает автор конституции. Само определение связей, существующих между конкретными ценностями и конституционными принципами (определяемые иногда как их „взвешивание”), не является актом толкования права, воспринимаемым как понимание текста⁶². Этот процесс не является объективизированным, не вызывающим сомнений в интерпретации. Он является проявлением принятия решений, основанного на аксиологической системе осуществляющего субъекта⁶³.

⁵⁹ T. Stawicki, *Dyskusje wokół aktywizmu i pasywizmu sądów konstytucyjnych jako spór o wykładnię konstytucji*, [w:] T. Stawicki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, s. 354.

⁶⁰ См. T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw...*, с. 23–24. Por. M. Safjan, *Sąd konstytucyjny jako pozytywny ustawodawca...*, с. 281.

⁶¹ A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law. Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West. 2012, с. ix.

⁶² S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji...*, с. 33.

⁶³ Cp. T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, с. 82 и с.; K. Wojty-

К „судократии”

Не являясь связанным какой-либо теорией, которая ограничила бы произвол суда в процессе принятия решения⁶⁴, конституционный суд располагает значительной свободой. На принимаемые им решения влияет тот факт, что конституционный суд не действует в политическом вакууме. Он находится в конкретном контексте государственного устройства, политических реалиях, от которых не может абстрагироваться⁶⁵. По этой причине в конституционной судебной практике, определяющей, что соответствует, а что не соответствует конституции, имеет место приспособление содержания конституции к изменяющейся композиции политических сил и политической ситуации⁶⁶. Являясь „судом права”, конституционный суд действует в окружении, обусловленном не только юридически, но также и политически или финансово. Например, такой фактор, как уровень публичного долга в данном государстве (фактическое обстоятельство, в первую очередь – финансовое) детерминирует то, что оценка конституционности контролируемого положения зависит от фактического состояния. В одном фактическом состоянии данное положение признано соответствующим конституции, а в другом фактическом состоянии (например, возрастающий публичный долг при одновременном снижении уровня ВВП) признано несоответствующим конституции. Также существует зависимость от экономических приоритетов конституционных судей, их взглядов на желаемое участие государства в экономике⁶⁷.

Так как не существует единой, не вызывающей сомнений у участников правовых отношений теории толкования права, аналогично нет закрытого, полного каталога интерпретационных правил. Они имеют динамический характер, изменяемый во времени. С течением времени одни директивы утрачивают свое значение, а на их месте появляются новые, что является

czek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, с. 242; M. Zalewska, *Czysta teoria wykładni prawa? Hans Kelsen – teoretyk i konstytucjonalista*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, с. 52.

⁶⁴ M.L. Moses, *Beyond Judicial Activism: when the Supreme Court is no Longer a Court*, «Journal of Constitutional Law» 2011, Vol. 14, Issue 1, с. 170.

⁶⁵ R.M. Małajny, *Trybunał Konstytucyjny jako strażnik Konstytucji*, «Państwo i Prawo» 2016, № 10, с. 16.

⁶⁶ J. Baszkiewicz, *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Gdańsk 1998, с. 217.

⁶⁷ В контексте свободы рассмотрения польским Конституционным трибуналом конституционного принципа финансовой независимости гмины как сообщества ее жителей см. Я. Залесны, *Финансовая независимость гмины в Польше – основы и результаты*, [в:] С. Суловски, Я. Залесны (ред.), *Управление в Восточной Европе*, «Studia Politologiczne» 2016, vol. 39.

производной изменений, происходящих в правовой культуре⁶⁸. В доминирующей в настоящее время правовой культуре постмодернизма с ее значительным количеством равнозначных образцов поведения, постановкой под сомнение неизменных исходных плоскостей, в более широких рамках и с большей интенсивностью, чем в прошлом, поддано сомнению также значение отдельных интерпретационных правил, и существующую между ними зависимость, что укрепляет неуверенность относительно определения конституционными судьями сути конституции и соотносимого с ней нормативного акта. Произошло изменение модели применения права – от модели силлогистической к аргументационной. Она заключается в том, что в ее основе находится принцип: параллельно с убежденными в обоснованности осуществленного выбора в вынесении решения суда, могут существовать крупные общественные группы, не убежденные в верности принятого судом решения, что – в условиях существенного социополитического разделения, происходящего в конкретных государствах – имеет место.

Снижение доверия к праву как науке, определяющей объективные основы процесса судебной практики⁶⁹, отсутствие бесспорно действующих, единых правил толкования права, равно как неоспоримых правил согласования различных по содержанию конституционных ценностей и принципов, аксиологические основы конституции⁷⁰ способствуют свободе в практике правосудия, находящей подтверждение в одной из многих теорий толкования права и различных, противоречащих друг другу аксиологических систем.

Неоднозначность вопросов, касающихся теории толкования права и „взвешивания” конституционных ценностей и принципов, обуславливает спор в юриспруденции о границах судебской власти в процессе контроля конституционности права, спор о границах свободы в определении того, что соответствует, конституции, а что – нет, т.е. де-факто спор о произволе судебской власти. Расположение судебного процесса толкования права на грани политики (артикулируемой в законе как предмете контроля) и права (выражаемого через нормативный характер конституционных положений как образца контроля) делает из конституции предмет политической деятельности⁷¹. Конституционные споры являются, в то же время, спорами политиче-

⁶⁸ L. Morawski, *Wykładowa w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, с. 13.

⁶⁹ W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych...*, с. 16.

⁷⁰ На фактор аксиологических основ конституции в контексте определения содержания ее положений обращает внимание Z. Cieślak, *Trybunał Konstytucyjny – „prawotwórca” negatywny*, [w:] T. Bąkowski, K. Grajewski, J. Warylewski (red.), *Orzecznictwo w systemie prawa*, Warszawa 2008, с. 63 и с.

⁷¹ K.J. Kaleta, *Wykładowa prawa jako forma władzy politycznej. Stanowiska wobec interpretacji konstytucji w doktrynie francuskiej*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładowa konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, с. 59.

скими⁷², в результате чего – решения конституционного суда – это не только правовые решения, но также и политические⁷³. Как доказывает Д. Россо, практика судьи всегда имеет все черты работы политического характера⁷⁴. Суды самовольно могут выносить решение относительно того, является ли данный нормативный акт соответствующим конституции или нет, таким образом, становясь фактически третьей палатой парламента⁷⁵, палатой, такой же, как две остальные (в двухпалатных парламентах), волевым образом – узурпируя для себя роль парламента⁷⁶ – принимая политические решения, с тем только, что иначе их аргументируют, чем две другие палаты парламента; базирующейся на юридической аргументации, а не политической, укорененной в интересах и потребностях различных общественных групп. Судейский активизм является постоянной составной частью практики конституционных судов. Является непрестанной реакцией действующих судей

⁷² Н.С. Бондарь, *Судебный конституционализм: доктрина и практика*, Москва 2016, с. 101 и с. Е. Zwierzchowski, *Sądownictwo konstytucyjne a zgodne z konstytucją stanowienie i stosowanie prawa*, [w:] Е. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, Warszawa 1997, с. 196.

⁷³ Б.А. Страшун, *Конституционный судебный контроль как фактор развития конституционализма*, [в:] В.В. Комарова, Г.Д. Садовникова (ред.), *Современный российский конституционализм: проблемы становления и перспективы развития*, Москва 2017, с. 394–395; М.Н. Марченко (ред.), *Разделение властей*, Москва 2004, с. 376 и с.; D. Skrzypiński, *Władza sądownicza w procesie transformacji polskiego systemu politycznego. Studium politologiczne*, Wrocław 2009, с. 319; T. Stawecki, *Koncepcje wykładni konstytucji we współczesnych polskich naukach prawnych*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, с. 200. Как доказывают А.С. Миллер и Р.Ф. Хоуэлл, так происходит в связи с тем, что конституционное право является в большей степени политической теорией, выраженной на языке юристов. А.С. Miller, R.F. Howell, *The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication*, «The University of Chicago Law Review» 1960, vol. 27, с. 668.

⁷⁴ D. Rousseau, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*, Warszawa 1999, с. 30; D. Matthias, *Constitutional Courts: Democracy vs. Juristocracy?*, Faculty of Law Ghent University 2015, с. 52.

⁷⁵ Аналогично см. J. Szymanek, *Sejm, Senat a Trybunał Konstytucyjny. Współzależność w kształtowaniu systemu prawnego państwa*, «Przegląd Legislacyjny» 2004, № 4, с. 38 и с.; W. Sadurski, *Prawo przed sądem...*, с. 12; A. Ławniczak, *Sądowe systemy badania zgodności prawa z Konstytucją*, [w:] M. Grzesik-Kulesza, G. Pastuszko (red.), *Idea wolności i niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Halinie Ziębie-Zaluckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, Rzeszów 2017, с. 304.

⁷⁶ В. Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, «The Yale Law Journal» 1989, vol. 99, no 3, с. 457 и с. W tym kontekście А. S. Sweet pisze o sądowym zamachu stanu. Zob. А. S. Sweet, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, «German Law Journal» 2007, Vol. 8, No. 10.

на предыдущий – предполагаемый или действительный – активизм их предшественников⁷⁷.

Обращаясь к *Конституционному жюри* Сейеса, конституционные суды имеют черты бывшей второй палаты – палаты размышлений и рассуждений, аристократии мысли; палаты размышлений над устройством государства, над конституцией. Таким образом, конституционные суды исполняют роль, которую когда-то воплощали вторые палаты парламента, но в результате их демократизации, интеллектуальной люмпенизации, не в состоянии исполнять в настоящее время. Уподобление вторых палат парламентов к первым, помимо того эффекта, что в части государств были ликвидированы, появилась потребность в создании нового органа, участвующего в законотворческом процессе, который был бы в состоянии корректировать, удерживать узурпацию первых палат парламентов, если на это не способны вторые палаты. Тем новым участником процесса создания права, который должен удерживать его в конституционной колее, являются конституционные суды.

Аналогично парламенту, конституционные суды формируют общественные отношения, что делают во „имя разума и прогресса, воплощением которых является конституция”⁷⁸. Применяют активистические техники в судебной практике, связанные с отсрочкой вступления в силу решений о неконституционности закона, открытием в конституции норм, не выраженных в ней, когда считают, что закон нерационален, или его действие было бы нецелесообразно. „Благодаря судебскому активизму может возникнуть новое, и при этом общее правило производства, там, где до той поры его не было, и с сутью, которой до той поры не было”⁷⁹. Осуществление толкования закона в согласии с конституцией получает форму толкования конституции в согласии с видением рациональности, разделяемым судьями⁸⁰. Конституционные суды не только выносят решения на основании действующих конституционных положений, но также на основании „невидимой конституции” (*invisible constitution*). То есть на основании положений, которые в действительности не содержатся в тексте конституции, но, по их мнению, являются составным элементом конституционного порядка, нормативной действительностью, „формирующей вместе с текстом принятого конституционного акта

⁷⁷ R.A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, «California Law Review» 2012, Vol. 100, No. 3, с. 547–548.

⁷⁸ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, с. 141.

⁷⁹ A. Gomułowicz, *Sędzia a prawo*, [w:] J. Królikowski, J. Podkowiak, J. Sułkowski (red.), *Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2017, с. 23.

⁸⁰ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, с. 141; B. Banaszak, *Aktywizm orzecznicy Trybunału Konstytucyjnego*, «Przegląd Sejmowy» 2009, № 4, с. 3 и с.

целостный образ конституционной практики данного государства”⁸¹. Таким образом, конституционные судьи становятся авторами „неписанной конституции”; конституции, которую навязывают другим участникам политических отношений.

Проявлением судейского активизма является расширение своих компетенций. В Польше Конституционный трибунал, осуществляя толкования ст. 7 закона о Конституционном трибунале, определил срок, в котором Сейм вправе рассмотреть решение Трибунала, утверждающее о несоответствии конституции законов, до 6 месяцев. Решение Трибунала, которое не было рассмотрено Сеймом в данный срок, должно было войти в силу и в результате – отклоняло закон в день обнародования в Вестнике законов уведомления Председателя Конституционного трибунала о потере силы закона, что один из судей Трибунала назвал расталкиванием локтями⁸². „Расталкивание локтями” приобрело черты одной из теории толкования конституции, теории настолько принимаемой, насколько простой в применении.

В законе от 5 сентября 1995 г. Трибунал признал, что возможность отдаления Сеймом решения Трибунала имеет применение только к процедуре вторичного контроля, а решение о неконституционности закона, принятое в порядке предупредительной процедуры, сразу имеет окончательный характер. Аналогичный характер имело бы, как минимум, определение Трибуналом того, что изменения в налоговом законодательстве могут осуществляться не далее, чем 30 ноября года, предшествующего их введению, хотя данный срок не предвиделся в каком-либо правовом положении.

Вследствие свободы практики судов, черпающей аргументацию, укрепление из какой-либо теории толкования права, вместо сбалансированных властей, основанных на принципе разделения властей, повышается риск „правления судов” („судократии”⁸³). Риск правления парламента (на польской почве называемого „сеймократией”) был заменен риском „правления судов”, таких же самовольных, а вследствие этого – небезопасных для реализации прав и свобод личности, что и предыдущие. Суды по своей собственной воле отклоняют „законы потому, что кажутся им неправильными, нерациональными, ненужными, одним словом, политически нежелательными”⁸⁴. У основ принимаемых решений находятся политиче-

⁸¹ J. Stępień, *Polska tradycja konstytucyjna*, «Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny» 2007, № 4, с. 6.

⁸² A. Zoll, *Skuteczność orzeczeń polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] K. Budziło (red.), *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja*, Warszawa 2010, с. 59–60.

⁸³ C. Nackenoff, *Is There a Political Tilt to “Juristocracy”?*, «Maryland Law Review» 2006, Vol. 65, Issue 1, с. 145.

⁸⁴ M. Starzewski, *Środki zabezpieczenia prawnego...*, с. 164.

ские взгляды судей, их собственные оценки и разделяемые ими политические ценности⁸⁵. Поскольку парламентарии свои политические взгляды выражают в правовых положениях, аналогично и судьи – свои политические взгляды выражают в виде решений.

Как отмечают в правовой доктрине, влияние политических факторов на толкование права не происходит путем простой реакции суда на внешний политический импульс, но переданный через идеи, политическую философию и позиции, общепринятые в судейской общественности⁸⁶. Вследствие этого в системах централизованной конституционной судебной практики, деятельность суда не является только силой, сдерживающей неконституционную деятельность законодателя⁸⁷. Суд имеет характер „замещающего законодателя”⁸⁸. Хотя суд и оговаривает, что не оценивает применимости и верности контролируемых правовых регулирований, однако, проводит данную оценку⁸⁹. Его активность – в узком смысле – наступательная, регулирующая, как в случае принятия решений, в которых утверждается следующее: регулирование частично соответствует конституции или регулирование частично не соответствует конституции, при этом положение не соответствует конституции в связи с неурегулированием (или урегулированием) в нем правовой ситуации определенной группы субъектов⁹⁰. Аналогичная ситуация существует в связи с интерпретационными решениями⁹¹,

⁸⁵ J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press 2002, с. 43 и с.

⁸⁶ M. Smolak, *Legalizm a polityczne problemy sądowej wykładni prawa*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawoznawstwo a praktyka stosowania prawa*, Katowice 2002, с. 172.

⁸⁷ J. Karp, J. Szymanek, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na kształtowanie się prawa parlamentarnego*, «Przegląd Sejmowy» 2009, № 4, с. 145; R.M. Małajny, *Legitymacja sądownictwa konstytucyjnego...*, с. 7 и с. На тему конструкции „негативного законодателя” см. S. Wronkowska, *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, «Państwo i Prawo» 2008, № 10.

⁸⁸ B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski...*, с. 19; M. Kaleta, *Aktywizm sędziowski w funkcjonowaniu Trybunału Konstytucyjnego RP – zarys problematyki*, [w:] R. Kłosowicz, B. Kosowska-Gąstoł, T. Wiecech, Ł. Jakubiak (red.), *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne. Księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, Kraków 2016, с. 355; G. Kuca, *O potrzebie reinterpretacji pojęcia „zasada podziału władzy”*, [w:] M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli (red.), *Ustroje: historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Kraków 2013, с. 258.

⁸⁹ M. Kaleta, *Aktywizm sędziowski...*, с. 355.

⁹⁰ См. P. Tuleja, *Trybunał Konstytucyjny – negatywny ustawodawca czy strażnik konstytucji?*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Marii Kruk-Jarosz*, Warszawa 2009, с. 577.

⁹¹ Широко по данной теме см. M. Tulej, *Orzecznictwo interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego a reguły wykładni prawa*, Warszawa 2012.

в тех правовых системах, в которых конституционный суд не уполномочен осуществлять действующего всеобщего толкования правовых положений. В таких решениях конституционный суд признает проверяемое положение соответствующим конституции при условии, что выведенная из него норма имеет содержание, определенное конституционным судом⁹². Осуществляемое в таком режиме толкование права вызывает системные последствия, действует на всю правовую систему⁹³, чем аналогично воздействию парламента.

Поставленный в работе тезис относительно того, что не существует гарантии того, что конституционный суд верно определит суть спорных правовых норм, находит непосредственное подтверждение в практике конституционных судов, прежде всего – в институте отхода конституционным судом от ранее выраженной правовой точки зрения. Причем, это происходит типично двойственным образом. Конституционный суд может совершить это официально (официальный уход от правовой точки зрения), указывая на предыдущие решения и оговаривая факт отхода от позиции, выраженной в нем, или же – как чаще происходит – может уйти от данной точки зрения, выраженной в ранее принятом решении, не оговаривая, однако, что меняет правовую позицию (фактический уход от правовой позиции, о котором можно догадаться). Практика отдельных конституционных судов не является внутренне целостной. Случается, что в аналогичных делах конституционные суды принимают разные решения. Расхождения следуют из изменения правовой точки зрения, из различного толкования правовых положений, осуществляемого различными судьями, или также политического контекста рассматриваемого дела⁹⁴. Как постановил польский Конституционный трибунал, изменение линии судебной практики может, в частности, быть аргументировано новым пониманием образца или предмета контроля, новое определение ключевой черты проверяемого правового решения⁹⁵. В процессе контроля конституционности права суть одного и того же конституционного образца может по-разному трактоваться, в зависимости от фактических обстоятельств дела, находящегося в конституционном суде. Аналогично, в зависимости от фактических обстоятельств дела, находящегося в конститу-

⁹² A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, «Państwo i Prawo» 2005, № 8, с. 23.

⁹³ A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z Konstytucją*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze 2005, с. 45.

⁹⁴ Детальнее на данную тему см. J. Zaleśny, *Zagadnienie rozbieżności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] K.A. Wojtaszczyk, A. Mirska (red.), *Demokratyczna modernizacja sfery publicznej*, Toruń 2012; B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski...*, с. 241 и с.

⁹⁵ SK 21/04, OTK ZU 2006/7/88.

ционном суде, по-разному может восприниматься предмет контроля права, а фактором, который говорит об этом, является судебское признание.

Контроль конституционности права в его связи с принципом разделения власти можно анализировать не только в контексте вмешательства конституционного суда в полномочия парламента, и следующие из этого последствия для реализации конституционных ценностей и принципов. Необходимо замечать также особую роль конституционного суда как органа, разрешающего конфликты, связанные с дистрибуцией власти, являющегося арбитром между органами государственной власти. Путем принятия закона парламент может расширять свои компетенции за счет компетенций других органов государственной власти, нарушая при этом принцип разделения властей и их равновесия. Принимая решение по делу законов, касающихся компетенций органов государственной власти во взаимоотношениях, конституционный суд действует как страж правового государства, со встроенным в него принципом, что власть должна быть разделена и сбалансирована, и ни одна из них не может перенимать компетенций, свойственных для другой ветви власти.

Благодаря рассмотрению неоднозначности результатов применения принципов толкования права, осуществляя толкование конституции, судьи имеют свободу определения ее звучания, а в результате – обладают способностью самостоятельного придания конституции определенной сути⁹⁶, заходя тем самым как в рамки компетенций автора конституции, так и законодателя⁹⁷ ограничивает его относительно альтернативы применяемой политики. Вследствие этого политическая линия парламента должна соответствовать политической линии, выражаемой конституционным судом, что само по себе является постановкой под сомнение роли парламента как органа, выражающего то, что политично, являющегося одной из ключевых эмблем политики. Таким образом, конституционный суд, который должен сдерживать извращения парламента, удерживать его в рамках правового государства, сам подвергся деформации и политическому вырождению. Стал узурпатором политической власти, органом, который относительно эффектов своей деятельности напоминает палату парламента и конкурирует с парламентом (и представленными в нем партийными фракциями) в формировании политики государства, что вызвало, поскольку – по очевидным политическим позициям, должно было вызвать – реакцию, захваченных политическими партиями и возглавляющими их демагогами парламента. Мотив сохранения конституционных рамок государства был трансформирован в спор

⁹⁶ Cp. M. Safjan, *Sąd konstytucyjny jako pozytywny ustawodawca...*, с. 288.

⁹⁷ Более широко на данную тему см. A.R. Brewer-Carías (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press 2013.

о дистрибуции власти, с интенсивностью и внезапностью сопутствующих его реакций политических деятелей. Они полагают, что за вуалью защиты конституции лишаются способности к политическим действиям, что вызвало недовольство и как защитную, так и ответную реакцию.

Парламенты против „судократии”

Политическая власть конституционных судов не имеет окончательной силы. Они не формируют безапелляционным образом, безусловно обязывающим для парламента, правовой порядок. В рамках нового правового регулирования парламент может вернуть действие отклоненного конституционным судом правового положения, и пока надлежащий субъект не обжалует его в конституционном суде, а вследствие чего будет принято решение, положение действует и, как таковое, подлежит применению независимо от того, каково его отношение к конституции. Таким образом, парламент, не разделяя мнения судов, может форсировать свою волю и делать из нее действующий повсеместно закон.

Противопоставляя результатам решения конституционного суда, парламент (поддерживаемый главой государства) может предупредить решение и принять закон, касающийся тех же самых вопросов, что и закон, в данный момент контролируемый конституционным судом, делая тем самым беспредметным проводимое в нем производство, и вызывая его прекращение, при одновременном действии правового регулирования, которое важно для парламентского большинства. Другой методикой поиска парламентом, если не своего приоритета, то гомеостаза в системе разделения властей, является неосуществление действий, цель которых – не выполнение решения конституционного суда, растянутая их реализация, к тому же – частичная⁹⁸. Таким образом, решение конституционного суда не находит своего отражения в действующих правовых положениях. Это дезавуирует принцип приоритета конституции, что называется „законным правовым нигилизмом”⁹⁹.

Потенциальное преобладание конституционного суда может быть преодолено органом, который выбирает его судей. Отбирая судейский состав органа, можно соответственно укрепить актуальную его линию практики или преодолеть оппозицию судей относительно политики парламента и сформи-

⁹⁸ Например, в Польше вначале 2012 г. 102 решения не были вообще или частично выполнены законодателем. В последующие годы количество невыполненных решений было меньшим.

⁹⁹ H. Izdebski, *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny. O powołaniu naszych czasów do nauki konstytucyj*, «Państwo i Prawo» 2016, № 6, с. 23.

ровать отличное большинство в рамках суда. Отмечается корреляция между политическими предпочтениями органа, избирающего конституционных судей, и политическими предпочтениями избираемых конституционных судей. Данная корреляция экстраполируется на суть принимаемых им решений. Другими словами, среди критериев, определяющих в выборе кандидата в состав конституционного суда, критерий политических предпочтений является ключевым¹⁰⁰. В связи с этим процедура отбора конституционных судей является спорным вопросом, вписанным в механизмы политического соперничества. Как признавал Теодор Рузвельт, комментируя кандидатуру Горация Лертонна на пост судьи Верховного суда, „учитываются только политические взгляды. На каждый вопрос, который появится перед ним как перед судьей, он должен иметь ответ, наиболее приближенный к моему”¹⁰¹.

В конституционных судах, избираемых парламентом, парламентская политика предопределяет результат осуществляемого выбора. Посты в конституционных судах распределяются по партийному принципу, в том числе – согласно межпартийным договоренностям¹⁰². Данная модель формирования личного состава имеет применение в тех государствах, которые признаются лучшими, если речь идет о формировании образцов контроля правовых норм, равно как и в государствах, которые данные образцы имитируют. Можно выдвинуть исследовательскую гипотезу (в данном анализе не подлежит доказательству), что одним из аспектов подражания устройству конституционного суда является подражание партийным условиям как фактору, предопределяющему персональный состав судов. В Австрии, устройство конституционного суда которой воспринимается в Европе как парадигматичное, многолетний парламентский и правительственный союз Австрийской Народной партии (ÖVP) и Социал-демократической партии Австрии (SPÖ) отражается в избираемых правительством и парламентом судьях Конституционного суда, в их разделении на членов двух данных партий¹⁰³. Политические аспекты предопределяют то, кто станет конституционным судьей и в результате – какую линию судебной практики примет Конституционный суд. Независимо от имеющейся профессиональной квалификации канди-

¹⁰⁰ В контексте американского Верховного суда подчеркивается значение персонально-политических зависимостей, желание оплаты президентом долга относительно конкретного лица (политические советники президента или партийные соратники). См. P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki...*, с. 158.

¹⁰¹ Цит. по: там же, с. 160.

¹⁰² Ср. N.Ch. Corkin, *Europeanization of Judicial Review*, Routledge 2015, с. 115.

¹⁰³ Ср. P. Czarny, *Austria*, [w:] A. Chmielarz-Grochal, A. Michalak, J. Sułkowski (red.), *Powolywanie sądziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2017, с. 41–42.

датов, они отбираются и выбираются в связи с предпочтениями правящих политических партий¹⁰⁴.

В Хорватии, руководствуясь политическими паритетами, в массовом масштабе в Конституционный суд парламент выбирает бывших парламентариев и сотрудников государственной администрации¹⁰⁵. В Германии выбор судей Конституционного суда осуществляют (по половине) обе палаты парламента – Бундестаг и Бундесрат. Они осуществляют это большинством как минимум 2/3 голосов членов данной палаты, причем – как представлено в литературе – фактором, определяющим в выборе, являются критерии партийного разделения¹⁰⁶. Судейские места разделяются между двумя крупнейшими парламентскими фракциями: Христианско-демократическим союзом Германии (CDU) и Социал-демократической партией Германии (SPD). В рамках 8 судейских мест в каждом Сенате по три места занимают CDU и SPD¹⁰⁷, а два воспринимаются как так называемые „нейтральные”¹⁰⁸.

При выборе кандидатов во французский Конституционный совет ключевую роль играет политический опыт кандидатов¹⁰⁹. По этой причине в ее состав президент назначает парламентариев, министров или премьер-министров, таких как Лорана Фабиуса или Лионеля Жоспена. Независимо от процедуры номинации, в силу закона членами Конституционного совета становятся бывшие президенты.

В Испании судей Конституционного суда назначает Король Испании по предложению Конгресса (4), Сената (4), правительства (2) и Генерального совета судебной власти (2). Независимо от того, кто предлагает назначение,

¹⁰⁴ См. А. Gamper, F. Palermo, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, «Journal of Comparative Law» 2008, vol. 3, issue 2, с. 68.

¹⁰⁵ См. К. Skłodowski, *Chorwacja*, [w:] A. Chmielarz-Grochal, A. Michalak, J. Sułkowski (red.), *Powoływanie sędziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2017, с. 89 и с.

¹⁰⁶ U. Kischel, *Wybór sędziów niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w ujęciu porównawczym*, «Państwo i Prawo» 2014, № 9, с. 69 и с.

¹⁰⁷ Из трех мест одно место CDU уступает одной из меньших партий, таких как Свободная демократическая партия (FDP). Аналогично поступает SPD, уступая одно место кандидату, например Союзу 90/Зеленых.

¹⁰⁸ M. Stębeliski, *Niemcy*, [w:] A. Chmielarz-Grochal, A. Michalak, J. Sułkowski (red.), *Powoływanie sędziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2017, с. 226–227.

¹⁰⁹ A. Chmielarz-Grochal, *Francja*, [w:] A. Chmielarz-Grochal, A. Michalak, J. Sułkowski (red.), *Powoływanie sędziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2017, с. 142.

у основ выбора находятся политические обстоятельства и политические приоритеты кандидатов¹¹⁰.

В Соединенных Штатах Америки, относительно отсутствия определения в положениях конституции количества судей федерального Верховного суда, президент Улисс Грант (по совету и согласию Сената) расширил его количественный состав на двоих судей. Таким образом было сформировано в Верховном суде новое, пропрезидентское, большинство. Аналогичный маневр пытался применить Франклин Делано Рузвельт после того, как Верховный суд вынес решение, что отдельные правотворческие акты, формирующие большой президентский политический проект *New Deal*, являются несоответствующими конституции. Возник риск, что аналогично оценят следующие президентские акты и Ф. Рузвельт принял решение захватить Верховный суд, расширяя его состав до 15 судей. В Конгрессе президентский проект был отклонен как целящийся в независимость судебной власти, а тем самым – в конституцию.

Механизм увеличения количества судей Конституционного суда с целью получения в нем большинства, благосклонного к парламенту, применили в Венгрии в 2011 г. Независимо от него, Национальное собрание Венгрии выбирает в Конституционный суд судей, политически надежных, что является формально-правовой гарантией доминирования парламента в системе правления.

Также и в Польше выбор судей Конституционного трибунала Сеймом (независимо от высокой профессиональной квалификации значительной части кандидатов) имеет сильную политическую коннотацию, является предметом межпартийной борьбы. Начиная с первых выборов судей Трибунала, проведенных в 80-е годы XX века и в последующие более 30 лет¹¹¹, партийность осуществляемого выбора является основным фактором при принятии решения относительно того, кто должен осуществлять контроль конституционности законов¹¹². Как подчеркивается в польской доктрине, распределение постов судей в Конституционном трибунале превосходно впи-

¹¹⁰ J. Sułkowski, *Hiszpania*, [w:] A. Chmielarz-Grochał, A. Michalak, J. Sułkowski (red.), *Powolywanie sędziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2017, с. 175 и с.

¹¹¹ В первые годы существования Конституционного трибунала в Польше дополнительной гарантией политической лояльности конституционных судей, помимо выполнения ими функций в коммунистических организациях, функций в аппарате государственной власти, был также опыт агентурного сотрудничества со службами безопасности.

¹¹² См. M. Kruk, *O sposobie powolywania sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Grzybowski, P. Tuleja (red.), *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Studia konstytucyjne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi, tom 1*, Kraków 2014, с. 299 и с.

сывается в систему „разделения добычи”¹¹³. Согласно подсчетам польского исследователя данного вопроса, приблизительно половина лиц, избранных Сеймом на пост судей Конституционного трибунала, имела политический капитал. Они были парламентариями, вице-министрами, выполняли роль советников в политических партиях, канцелярии Сейма, канцелярии Сената или канцелярии Президента¹¹⁴. В данной группе особую роль „резидентов политических партий в Конституционном трибунале” играют выдающиеся, заслуженные для партии ее деятели, для которых судейский пост должен компенсировать отсутствие шансов на восстановление парламентского мандата и обеспечить достойную пенсию. Другой группой являются юристы, обслуживающие конкретные политические партии, составляющие для них так называемые экспертизы, обосновывающие занимаемые данной партией политические позиции по данному вопросу, вознаграждаемые за это постом в Конституционном трибунале. В общественном восприятии (независимо от фактического состояния) крупных общественных групп это не независимые лица, а вследствие этого – не беспристрастные и не объективные в процессе вынесения решений. Принимаемые ими решения не являются выражением объективно проведенного толкования правовых положений. А ведь только аполитичный судья, свободный от субъективных факторов, может быть контролером конституционности права¹¹⁵.

В Польше в 2015 г. попытка сформировать в конституционном суде большинство, благосклонное к избирающему его органу, стала очагом серьезного конфликта, результатом которого была потеря данным органом приписываемого ему конституционного значения. Что немаловажно для восприятия конституционного суда как участника политических отношений, манипулирование в парламенте при персональном составе Конституционного трибунала проходило с участием его председателя и вице-председателя. 6 мая 2015 г. депутаты большинства в Сейме (в согласии с Председателем Конституционного трибунала), предполагая, что их фаворит может проиграть президентские выборы, а через несколько месяцев (после выборов в Сейм и Сенат) они могут стать парламентским меньшинством, начали работы над изменением срока выбора судей Конституционного трибунала таким образом, чтобы Сейм текущего созыва мог выбрать судей „про запас”. Вопреки сопротивлению парламентской оппозиции, данные изменение осуществили

¹¹³ D. Dudek, *Model polskiego sądu konstytucyjnego (uwarunkowania ustrojowe, kompetencyjne i proceduralne)*, «Studia Prawnicze KUL» 2011, № 2, с. 26.

¹¹⁴ H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, с. 213–215.

¹¹⁵ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, с. 93.

и на последнем заседании Сейма голосами правительственного большинства (и SLD) избрали пять судей Конституционного трибунала, в том числе – двух „про запас”. Как убеждал депутат-докладчик, „Сейм следующего созыва выберет шесть судей трибунала, поэтому, пожалуйста, не блокируйте эту возможность, поскольку в противном случае окажется, что Сейм следующего созыва выберет 11 судей трибунала. Пожалуйста, не бойтесь, голосований хватит на всех”¹¹⁶. Новоизбранный президент не принял присяги пяти судей Конституционного трибунала, избранных Сеймом VII созыва. В свою очередь, Сейм нового созыва (VIII), с большинством, отличным от того, которое было сформировано до того времени, принял пять постановлений по вопросу утверждения отсутствия юридической силы постановлений Сейма Республики Польша относительно выбора судей Конституционного трибунала Сеймом предыдущего созыва, и потом выбрал пять судей Конституционного трибунала. Обращаясь к практике, типичной для коммунистических государств, чтобы не было сомнений по поводу лояльности новоизбранных судей конституционного суда и проблем с их управляемостью, в данном списке оказалось два парламентария, деконспирированные государством, принимающим офицера спецслужб и связанного с ним судью с сомнительной профессиональной квалификацией, и лицом, подозреваемым в даче неправдивых показаний в уголовном производстве. Выбор в Конституционный трибунал лиц с такими характеристиками должен был обеспечить Сейму аннигиляцию конституционного значения Конституционного трибунала, что и произошло.

Выводы

Подводя итоги размышлений на тему контроля конституционности права в аспекте разделения властей, активизм конституционного правосудия необходимо сопоставлять со способностью парламентов (в некоторых системах правления: соответственно также главы государства) устанавливать действующее законодательство. В данном контексте необходимо заметить, что именно парламенты, а не конституционные суды, должны определять, что является действующим законодательством, а роль конституционных судов заключается в возможной проверке творения парламента и выявлении того, соответствует ли оно конституционным регулированиям, являющимися выражением высочайшей воли суверена, которые, как таковые, не могут изменяться или дополняться судами.

¹¹⁶ *Sejm Rzeczypospolitej Polskiej Kadencja VII, Sprawozdanie Stenograficzne z 93. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 27 maja 2015 r.*, Warszawa 2015, с. 168.

Jacek Zaleśny

PROTECTION OF THE DOMINANT ROLE OF THE CONSTITUTION AND THE SEPARATION OF POWER – A DISPUTE ABOUT THE METHODS OF MAKING LAW IN MODERN STATES

The analysis is devoted to the problem of protection of the dominant role of the constitution and the separation of power in the state. The author formulates a thesis that both parliaments and courts have predisposition to deform the balance of power in the state.

KEY WORDS: *constitution, separation of powers, constitutional courts, judicial power, usurpation of power*

Библиография

- B. Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, «The Yale Law Journal» 1989, vol. 99, no 3.
- B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012.
- N.S. Bondar, *Judicial Constitutionalism: Doctrine and Practice*, Moscow 2016.
- A.R. Brewer-Carias (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press 2013.
- M. Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of “Constitutional Justice”*, «Catholic University Law Review» 1985, Vol. 35, Issue 1.
- A. Chmielarz-Grochal, A. Michalak, J. Sułkowski (red.), *Powoływanie sędziów konstytucyjnych w wybranych państwach europejskich*, Warszawa 2017.
- N.Ch. Corkin, *Europeanization of Judicial Review*, Routledge 2015.
- J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press 2002.
- S. Filipowicz, *Demokracja. O władzy iluzji w królestwie rozumu*, Warszawa 2007.
- S. Filipowicz, *O władzy grzechu i grzechach władzy. Rozważania o rodowodzie amerykańskiego antyutopizmu*, Warszawa 1992.
- A. Gamper, F. Palermo, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, «Journal of Comparative Law» 2008, vol. 3, issue 2.
- M.J. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011.
- W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej*, «Przegląd Sejmowy» 2009, № 4.
- R. Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, «Indiana Journal of Global Legal Studies» 2004, Vol. 11, Issue 1.
- H. Izdebski, *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny. O powołaniu naszych czasów do nauki konstytucji*, «Państwo i Prawo» 2016, № 6.
- H. Kaczmarczyk, *Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Dwadzieścia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, Toruń 2017.

- P. Kaczmarek, *Era prawodawców czy era tłumaczy?*, [w:] P. Jabłoński (red.), *Koniec teorii prawa?*, Wrocław 2011.
- M. Kaleta, *Aktywizm sędziowski w funkcjonowaniu Trybunału Konstytucyjnego RP – zarys problematyki*, [w:] R. Kłosowicz, B. Kosowska-Gąstoł, T. Wiecech, Ł. Jakubiak (red.), *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne. Księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, Kraków 2016.
- K.J. Kaleta, *Wykładnia prawa jako forma władzy politycznej. Stanowiska wobec interpretacji konstytucji w doktrynie francuskiej*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014.
- J. Karp, J. Szymanek, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na kształtowanie się prawa parlamentarnego*, «Przegląd Sejmowy» 2009, № 4.
- M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017.
- M. Kruk (red.), *Mandat przedstawicielski w teorii, prawie i praktyce poselskiej*, Warszawa 2013.
- M. Kruk, *O sposobie powoływania sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Grzybowski, P. Tuleja (red.), *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Studia konstytucyjne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi, tom 1*, Kraków 2014.
- M. Kruk, *Polska nauka prawa konstytucyjnego a konstrukcja władzy ustawodawczej w Konstytucji RP – doświadczenia praktyki ustrojowej*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Dwadzieścia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, Toruń 2017.
- M. Kruk, K. Kubuj, M. Laskowska, J. Zaleśny, M. Godlewski, M. Olszówka, *Representational mandate in the Polish Deputies' practice*, Warsaw 2013.
- P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.
- D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012.
- I. Małajny, R.M. Małajny, *Zasada podziału władzy w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, «Studia Iuridica Lublinensia» 2014, t. XXII.
- R.M. Małajny, *Legitymacja sądownictwa konstytucyjnego*, «Państwo i Prawo» 2015, № 10.
- R.M. Małajny, *Rola Sądu Najwyższego w procesie wykładni Konstytucji USA*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, № XXXI.
- M.N. Marchenko (eds.), *Separation of powers*, Moscow 2004.
- D. Matthias, *Constitutional Courts: Democracy vs. Juristocracy?*, Faculty of Law Ghent University 2015.
- A.S. Miller, R.F. Howell, *The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication*, «The University of Chicago Law Review» 1960, vol. 27.
- M.L. Moses, *Beyond Judicial Activism: when the Supreme Court is no Longer a Court*, «Journal of Constitutional Law» 2011, Vol. 14, Issue 1.
- C. Nackenoff, *Is There a Political Tilt to “Juristocracy”?*, «Maryland Law Review» 2006, Vol. 65, Issue 1.
- R.A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, «California Law Review» 2012, Vol. 100, No 3.
- D. Runciman, *The Paradox of Political Representation*, «Journal of Political Philosophy» 2007, nr 1.
- W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008.
- A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law. Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West. 2012.
- M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016.

- B.A. Strashun, *Constitutional Judicial Control as a Factor in the Development of Constitutionalism*, [in:] V. V. Komarova, G. D. Sadovnikova (eds.), *Modern Russian Constitutionalism: Problems of Formation and Development Prospects*, Moscow 2017.
- A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012.
- A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, «Państwo i Prawo» 2005, № 8.
- A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008.
- A.S. Sweet, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, «German Law Journal» 2007, Vol. 8, No. 10.
- J. Szymanek, *Reprezentacja polityczna w ujęciu doktryny francuskiej*, «Studia Iuridica Lublensia» 2014, t. XXII.
- J. Szymanek, *Sejm, Senat a Trybunał Konstytucyjny. Współzależność w kształtowaniu systemu prawnego państwa*, «Przegląd Legislacyjny» 2004, № 4.
- A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, Łódź 2016.
- M. Tulej, *Orzecznictwo interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego a reguły wykładni prawa*, Warszawa 2012.
- P. Tuleja, *Trybunał Konstytucyjny – negatywny ustawodawca czy strażnik konstytucji?*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Marii Kruk-Jarosz*, Warszawa 2009.
- J. Zaleśny, *Zagadnienie rozbieżności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] K.A. Wojtaszczyk, A. Mirska (red.), *Demokratyczna modernizacja sfery publicznej*, Toruń 2012.
- T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2016.