

348/1 Русское издание
„Sammlung Göschen“

проф. Юлиусъ Гачекъ.

Общее
ГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

38831

II.

Право современной демократіи



Библиотека „Наука и Жизнь“.

Библиотека „Наука и Жизнь“.

Русское издание библиотеки

„Sammlung Göschen“

Наше современное
знание въ краткихъ,
ясныхъ, общепонятныхъ
отдѣльныхъ очеркахъ.

Каждый выпускъ 50 к., въ переплетѣ 65 коп.

Издание „Наука и Жизнь“, Рига.

Эта библиотека ставитъ себѣ цѣлью путемъ отдѣльныхъ, краткихъ, ясно изложенныхъ очерковъ ознакомить широкую публику со всевозможными отраслями знанія. Для достиженія этой цѣли мы, между прочимъ, заручились исключительнымъ правомъ изданія на русскомъ языкѣ „Sammlung Göschen“, которое за свое 15-ти лѣтнее существованіе успѣло приобрести большое значеніе въ научной литературѣ и завоевало себѣ прочныя симпатіи въ средѣ учащихся.

Вышли изъ печати:

- № 1. Проф. Э. Германнъ. Введение въ электротехнику. Часть I.
- № 2. Проф. Э. Германнъ. Введение въ электротехнику. Часть II.
- № 3. Вальтеръ и Ретингеръ. Термодинамика.
- № 4. Проф. Ю. Гатчекъ. Общее Государственное право. Часть I.
- № 5. Проф. Ю. Гатчекъ. Общее Государственное право. Часть II.

Готовятся къ печати:

- Проф. Германнъ. Введение въ электротехнику. Часть III.
- Проф. Ю. Гатчекъ. Общее Государственное право. Часть III.
- Dr. med. А. Леганъ. Физиологическая химія, въ двухъ частяхъ.
- П. Голль. Водяныя Турбины, въ двухъ частяхъ.

Къ свѣдѣнію книгоиздателей и книгопродавцевъ! Симъ извѣщаемъ книгоиздателей и книгопродавцевъ Россіи, что исключительное

право перевода на русскій языкъ нашихъ книжекъ „**Sammlung Götschen**“ передано нами книгоиздательству „Наука и Жизнь“ въ гор. Ригѣ, которое будетъ постепенно ихъ издавать въ русскомъ переводѣ приблизительно въ такомъ видѣ, какъ онѣ издаются у насъ въ оригиналѣ.

Берлинъ, Лейпцигъ, въ мартѣ 1912 г.

G. J. Göschen'sche Verlagshandlung (G. m. b. H.)



30811

Изъ библіотеки „Sammlung Göschen“.

Общее государственное право на основѣ сравнительнаго правовѣдѣнія

ЮЛИУСА ГАЧЕКА,

профессора публичнаго права королевской Академіи
въ Познани.

~~38881~~

Подъ редакціей и съ предисловіемъ

М. А. Рейснера,

приватъ-доцента С.-Петербургскаго Императорскаго Уни-
верситета и профессора государственнаго права Психо-
неврологическаго Института,

авторизованный переводъ съ нѣмецкаго

М. Я. Лазерсона.



Часть II.

Право современной демократіи.



РИГА.

Изданіе „Наука и Жизнь“.

Единственный представитель для всей Россіи
Книгоиздательство К. Г. Зихмана въ Ригѣ, Коллежская улица № 5/7.



39

u

Типографія К. Зейберлихъ. Рига, мл. Монетная 25.

86226

ay

Оглавление.

	Стр.
§ 1. Корни современной демократіи	5
§ 2. Формы современной демократіи	14
§ 3. Учредительная власть или т. н. pouvoir constituant	30
§ 4. Юридическое положеніе законодательной вла- сти: народный суверенитетъ и законодательная власть	48
§ 5. Организациа законодательной власти	58
§ 6. Парламентское избирательное право въ современ- ной демократіи	68
§ 7. Средства контроля надъ законодательной властью, въ особенности референдумъ	88
§ 8. Исполнительная власть	112
§ 9. Отношеніе между демократической законодатель- ной властью и властью исполнительной	132
§ 10. Судебная власть	142
§ 11. Государственная служба	151
§ 12. Самоуправленіе	157
§ 13. Гарантіи конституціи: права свободы	159
§ 14. Государство и церковь	172



Литература.

Lavelaye, Gouvernement dans la démocratie, 2 vol., 1891.

W. Wilson, The State, 1899. (Русск. переводъ.)

Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé. 4. éd., 1906. (Русск. переводъ.)

Duguit, Droit constitutionnel. Paris, 1907. (Русск. переводъ.)

Ковалевскій, Происхождение современной демократии, 4 тома, 1896—1901.

E. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902 (съ дополненіемъ 1906 г.).

Gierke, Johann Althusius, 2-ое изд., 1902 г.

E. v. Meier, Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preussens im 19. Jahrhundert, I. Bd., 1907.

Кромѣ того приведенная въ текстѣ литература и источники, особенно: Poore, Charters and Constitutions, Washington, 1877 (2 vol.); Stimson, American Statute Law I, 1886; New-York State Library Bulletin 1891 — 1905; официальный сборникъ, содержащій союзную конституцію и дѣйствующія кантональныя конституціи, Бернъ 1891, съ дополненіями до 1905 г.; наконецъ, Rodriguez, American Constitutions, 3 vol., 1906.

Новѣйшимъ сборникомъ конституцій является **Rosenner**, Die Staatsverfassungen des Erdballs, 1909 *).

*) Добавленіе ред.

§ 1.

Корни современной демократіи.

I. Современная демократія основывается на идеѣ народнаго суверенитета. Эта идея высказывается иногда и въ средніе вѣка, но всегда съ той оговоркой, что при основаніи государства, народъ, путемъ «lex regia» римскаго права, передалъ разъ навсегда всю полноту своей власти монарху. Изреченіе Ульпіана, на которомъ основывается это воззрѣніе, приводится большинствомъ средневѣковыхъ публицистовъ и прежде всего Томой Аквинскимъ. Тѣмъ самымъ былъ почти совершенно устраненъ принципъ народнаго суверенитета, какъ руководящая директива для всѣхъ государственныхъ установленій средневѣковья. Лишь въ началѣ новаго времени дѣятельность реформаторовъ, а въ особенности кальвинистовъ, сдѣлала опять этотъ вопросъ животрепещущимъ. Начатки демократіи выражены уже въ реформаціонномъ принципѣ. Таковы начало свободнаго толкованія Священнаго Писанія и общаго священства. Но въ то время, какъ лютеранство вскорѣ сдѣлалось зависимымъ отъ стремящагося къ абсолютизму германскаго территоріальнаго государства, а Кальвинъ сумѣлъ сдѣлать изъ своей церкви на континентѣ всего лишь аристократи-

чески-управляемую теократію (см. E. Troeltsch, in *Hinnebergs Kultur der Gegenwart*, I, 4-ый отд. стр. 316 сл.), — современная демократія пустила корни только на почвѣ Англии. Здѣсь тѣсная связь между церковью и государствомъ, епископомъ и королемъ, созданная Генрихомъ VIII и Елизаветой, уже сама по себѣ сдѣлала то, что споръ о великихъ, господствовавшихъ въ то время вопросахъ церковнаго устройства былъ перенесенъ изъ религіозной области въ область политическую. Въ томъ-то и заключается характерный признакъ хода развитія на англійской и позднѣе на ново-англійской почвѣ, что вопросъ о томъ, какъ превратить аристократическое церковное устройство Кальвина въ демократическое, мало-по-малу былъ перенесенъ на устройство государства и его организацію.

II. Руководящая роль въ этомъ ходѣ развитія принадлежала прежде всего пуританамъ (объ этомъ и дальнѣйшемъ см. Ch. Borgeaud въ *Annales de l'école libre des sciences politiques*, 1890, стр. 20 сл. и 1891 г. стр. 1 сл.). Но это не были прежніе пуритане, которые, соотвѣтственно своему имени, преслѣдовали только цѣль очищенія англиканской государственной церкви отъ остатковъ католицизма въ учении о вѣрѣ, литургіи, церковной дисциплинѣ и устройствѣ церкви, а позднѣйшія секты, извѣстныя подъ именемъ конгрегационалистовъ, отъ которыхъ произошли «святые» Кромвеля, индепенденты. Въ то время, какъ Картрайтъ въ качествѣ представителя прежняго направленія требовалъ только свободы церкви отъ государства и упраздненія епископата, Робертъ Броунъ въ своей книгѣ «*A Booke which sheweth the life and manners of all true Christians*», написанной около 1582 г., требуетъ гораздо большаго,

когда говорить: «Истинные христіане соединяются въ общины вѣрующихъ (companion or number of beleevers), подчинившихся путемъ добровольнаго договора съ Богомъ (by a willing covenant made with their God) господству Бога и Спасителя, которые и охраняють въ святомъ общеніи божественный законъ».

Если даже признать, что Броунъ былъ наведенъ на эту формулировку своей идеи церковнаго устройства многочисленными на его родинѣ (въ графствѣ Норфолькскомъ и городѣ Норвичѣ) профессиональными гильдіями и цехами (Innungen), отнюдь, впрочемъ, не лишенными религіозной основы (см. Toulmin Smith, English Guilds, London 1870), то все же оригинальность его построений замѣтна въ двухъ направле-ніяхъ. Во-первыхъ, здѣсь сильно подчеркивается, что актъ основанія церковной общины (covenant) есть договоръ не между народомъ и монархомъ со взаимной отвѣтственностью передъ Богомъ, какъ это въ началѣ новаго времени утверждали, основываясь на Ветхомъ завѣтѣ, монархы, въ особенности Юній Брутъ (Псевдонимъ Филиппа Морнэ, родившагося въ 1549 г.; см. Elkan, Die Publizistik der Bartholomäusnacht, 1905) въ своихъ «Vindiciae contra tyrannos» (появилось въ 1579 г.) и Бьюкананъ, другъ Джона Нокса, — а договоръ народа съ Богомъ. На этой почвѣ уже впоследствии могъ появиться взглядъ, по которому актъ основанія есть только договоръ членовъ народа между собою, позднѣйшая *pouvoir constituant**). Во-вторыхъ, благодаря идеѣ конгрегационализма или индипендентства дана была слѣдующая формула: ши-

*) Richard Hooker защищаетъ въ своемъ Treatise of the Laws of ecclesiastical Polity, bk. I, ch. X, 4, написанномъ только въ 1594 г., тѣ же взгляды.

рочайшее самоуправленіе каждой общины, независимо отъ сосѣдней.

Но по Броуну это ученіе отнюдь не ограничивалось одной только религіозной областью. А именно онъ говоритъ (цит. соч. Définition 114): «Мы даемъ однако свои опредѣленія въ общей формѣ въ столь многихъ выраженіяхъ для того, чтобы они могли найти примѣненіе къ государству». Благодаря этому идея народнаго суверенитета стала двигателемъ современной демократіи. Какъ мы ниже увидимъ, идеи политическаго и религіознаго конгрегационализма пропагандировались дальше по ту сторону Атлантическаго океана отцами пилигримами, отправившимися на «Майскомъ Цвѣткѣ» въ Америку въ 1620 году. На родинѣ, въ арміи Кромвеля, индепендентамъ оставалось превратить начала конгрегационализма въ политическія требованія и тѣмъ формулировать руководящія идеи современной демократіи. Послѣ долгихъ обсужденій въ средѣ арміи они подъ руководствомъ радикальнаго Джона Лильборна, главы левеллеровъ, формулируютъ между прочимъ и т. н. «Agreement of the People», который былъ поданъ парламенту 20-го января 1648/49 г. Хотя этотъ первый въ Англіи проектъ конституціи, благодаря диктатурѣ Кромвеля, никогда не подвергался обсужденію и не достигъ осуществленія, онъ все же заслуживаетъ самаго почетнаго мѣста въ исторіи современной демократіи, ибо основы послѣдней впервые въ исторіи точно сформулированы въ этомъ проектѣ. Уже предшествовавшія «Agreement'у» пренія, особенно тѣ, которыя привели къ первому его тексту — приведенный выше текстъ, предложенный 20 января, по порядку является третьимъ — выясняютъ цѣль документа: чтобы онъ былъ договоромъ между

членами народа, дабы въ обязательной формѣ создать ограниченія верховной власти государства, тѣмъ обезпечить свободу народа (см. Walther Rothschild, *Der Gedanke der geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution*, 1903, особенно стр. 81 сл.). «Если бы насъ кто-нибудь спросилъ», — говорится въ приложенномъ къ «Agreement'у» письмѣ — «почему мы хотимъ объявить свои основныя права въ договорѣ съ народомъ, а не подать петицію въ парламентъ того же содержанія, то это объясняется очень просто: ни одинъ законъ парламента не обладаетъ неизмѣнностью и вслѣдствіе этого не можетъ дать достаточнаго обезпеченія ни вамъ (т. е. народу), ни намъ (т. е. арміи) въ томъ, что онъ защититъ насъ отъ постановленій новаго и быть можетъ подкупленнаго парламента; помимо того, парламенты должны быть ограничены въ своей власти тѣми, кто ихъ этой властью облекъ, и поэтому народъ долженъ установить какъ задачи, такъ и власть парламентовъ.» Таково содержаніе этого «Agreement'a».

Этимъ скромный договоръ — covenant — церковнаго устройства превращается въ первое и важнѣйшее жизненное проявленіе сувереннаго народа въ его учредительной власти, *puvoir constituant*. Точно также этимъ дана необходимость писанной конституціи, какъ основа современной демократіи.

Къ этому присоединяются еще такія требованія, какъ передача верховной власти въ государствѣ единственному представительному народному собранію; далѣе учрежденіе исполнительной власти, функціи которой ограничены срокомъ легислатуры и которая избирается законодательной властью, требованіе новыхъ выборовъ черезъ каждые два года; равномѣрное

и пропорціональное распредѣленіе депутатскихъ мѣстъ, всеобщее избирательное право для всѣхъ совершеннолѣтнихъ, кромѣ прислуги и бѣдныхъ, нуждающихся въ призрѣніи, свобода вѣры, отдѣленіе церкви отъ государства; созданіе ограниченій даже и для законодательной власти въ видѣ правъ свободы и сокращенія ея сессій. Конечно, этимъ идеаламъ суждено было осуществиться только по ту сторону океана.

III. Демократія въ Америкѣ начинается съ упомянутыхъ выше первыхъ поселеній. Конгрегационалисты, отправившіеся въ 1620 г. изъ Голландіи въ Америку и основавшіе Нью-Плимуть, составили еще во время путешествія такъ наз. «Plantation Covenant» — колониальный договоръ — по образцу знакомыхъ имъ церковныхъ договоровъ, Church Covenants. Онъ является первой писанной государственной конституціей и начинается такъ: (В. Р. Poore, The Federal and State Constitutions of the United States I, стр. 931): «Во имя Бога, аминь! Мы, нижеподписавшіеся, подданные Его Величества, нашего сувереннаго государя Якова, Божьей милостью короля Великобританіи и пр., предприняли во имя Бога, распространенія христіанской вѣры, ради чести нашего короля и отечества путешествіе, чтобы учредить первую колонію на сѣверѣ Виргиніи, и взаимно соединяемся настоящимъ торжественнымъ договоромъ передъ Богомъ и въ присутствіи всѣхъ насъ для добраго порядка, общаго блага и преслѣдованія вышеназванныхъ цѣлей. Въ силу этого договора мы издадимъ, установимъ и учредимъ такіе справедливые законы, такія постановленія, распоряженія, конституціи, такія должности, которыя окажутся желательными для общаго блага колоніи и обѣщаемъ всѣмъ должное послушаніе и

подчиненіе. Въ свидѣтельство чего мы подписали свои имена 11 ноября, въ лѣто отъ Рождества Христова 1620-ое.»

На этой основѣ въ послѣдствіи было построено первое политическое общество демократической структуры на территоріи Новой Англій. Но въ то время, какъ оно, а также и государство, основанное у бухты Массачузетсъ въ 1629 году, постепенно проникались скрытой въ кальвинизмѣ идеей аристократіи, руководимой церковью, въ 1638 году отъ Нью-Плимута отпалъ Коннектикутъ, и въ 1641 году отъ Массачузетса — Провидансъ; оба эти штата обособились, чтобы — согласно идеѣ конгрегационализма — ввести у себя демократическую конституцію. Точно такъ же поступилъ и вновь основанный въ 1639 году Нью-Гавенъ. По Fundamental Orders of Connecticut, утвержденнымъ 11 янв. 1633/39 г. народнымъ собраніемъ въ Гартфордѣ, всѣ три города, образовавшіе колонию, ввели у себя конституцію, которая замѣчательна не только тѣмъ, что она старалась осуществить основную идею современной демократіи въ той же мѣрѣ, какъ и «Agreement of the People» на родинѣ, но и тѣмъ еще, что здѣсь впервые въ силу общаго акта (covenant) всѣхъ полноправныхъ гражданъ была создана на основѣ народного суверенитета конституціонная организація, аналогичная союзному государству; эти принципы были въ послѣдствіи повторены 13 штатами Новой Англій въ знаменитой вводной формулѣ нынѣшней конституціи соединенныхъ штатовъ. «We... doe therefore assotiate and conjoine ourselves to be as one Publike State or Commonwealth, and doe, for our selves and our successors and such as shall be adioyned to us att any time herafter,

enter in to Combination and Confederation together...» *) (см. Poore I, стр. 249).

Въ этой конституціи мы находимъ тѣ черты, которыя и безъ того должны были быть развиты конгрегационализмомъ въ силу присущей ему тенденции, а именно: народный суверенитетъ и учредительная власть общаго собранія всѣхъ полноправныхъ гражданъ, чиновники, выбираемые народомъ, ежегодные выборы представительной законодательной палаты, самоуправленіе и т. д. Насколько эти основныя черты были присущи конгрегационализму, явствуетъ изъ того, что онѣ служили даже предметомъ богослужебныхъ проповѣдей. Въ одной изъ нихъ мы находимъ слѣдующіе тезисы (Johnston, Connecticut, 1887, стр. 72): «Избраніе властей принадлежитъ народу въ силу Божія порученія. Тѣ, кто имѣютъ право выбирать должностныхъ лицъ и власти, имѣютъ и право установить предѣлы полномочій и самыя должности, на которыя они ихъ назначаютъ. И это главнымъ образомъ потому, что государственная власть основывается на добровольномъ соглашеніи народа.»

Хорошо ли, дурно ли, — но въ послѣдствіи Нью-Плимуть и особенно Массачузетсъ должны были приспособиться къ новому духу. Однимъ изъ первыхъ, вступившихъ на этотъ путь, былъ проповѣдникъ John Wyse въ Ипсвичѣ, освятившій и реформу Массачузетса. Въ своей «Защитѣ церковнаго устройства Новой Англіи» (цит. у Borgeaud, Etablissement et revision des constitutions, Paris 1893, стр. 17) онъ го-

*) «Поэтому мы соединяемся и объединяемся въ одно публичное государство или федерацію и входимъ въ соединеніе и конфедерацію какъ сами, такъ и за нашихъ наслѣдниковъ и всѣхъ тѣхъ, кто когда-либо къ намъ присоединится.» (Прим. пер.)

ворить: «Представимъ себѣ множество равныхъ и свободныхъ людей, достигшихъ благодаря закону природы того положенія, когда имъ предстоитъ добровольно образовать политическое общество. Если ихъ положеніе таково, что они должны образовать государство, то они вынуждены заключить различные договоры (covenants). Каждый въ отдѣльности долженъ обязаться передъ другимъ образовать длительное общеніе, дабы всѣ путемъ общаго рѣшенія могли бы установить общія мѣропріятія для общаго блага. Освященный голосованіемъ декретъ долженъ тотчасъ же ввести государственную конституцію, и если договоръ, подписанный всѣми, содержитъ ясную оговорку о томъ, что надлежитъ придерживаться результата перваго голосованія, то всѣ, въ силу постановленія большинства, обязаны признать установленную государственную конституцію, хотя бы личное мнѣніе того или другого расходилось съ ней.»

Этимъ впервые была признана учредительная власть народа (*pouvoir constituant*).

Fundamental Orders of Connecticut остались до 19-го столѣтія лучезарнымъ прообразомъ американской демократіи. Континенту свѣтилъ факель, зажженный Жанъ-Жакомъ Руссо. И хотя онъ имѣлъ большое значеніе для переворотовъ на континентѣ, хотя захватывающіе девизы и сжатые фразы «Общественнаго договора» Руссо всегда служили революціоннымъ взрывчатымъ матеріаломъ, все это по отношенію къ практически созрѣвшей демократіи штатовъ Новой Англіи было не больше, какъ теорія.

§ 2.

Формы современной демократіи.

Изъ брошенныхъ пуританами въ Новой Англіи сѣмянъ новѣйшей демократіи развились три нынѣшнія ея формы: 1) американскій типъ, такъ называемая нами демократія съ раздѣленіемъ властей, 2) швейцарская демократія, которая можетъ быть названа непосредственною, и 3) французскій типъ, — парламентарная демократія. Непосредственной демократіи можетъ быть противопоставлена посредственная или представительная демократія, которая является либо парламентарной, либо демократіей съ раздѣленіемъ властей. Каждая изъ этихъ трехъ формъ имѣетъ воспріемникомъ какого-либо теоретика: демократія съ раздѣленіемъ властей — Монтескье и «Federalist'a», парламентарная демократія — Прево-Парадоля, непосредственная демократія опирается на Руссо. Раньше, чѣмъ мы ознакомимся съ различіями трехъ формъ на практикѣ, послушаемъ теоретиковъ.

I. Теоретики.

1. „Federalist.“ Эта „библія демократическаго духа“, — какъ иногда называли эту книгу — состоитъ изъ ряда очерковъ, появившихся сначала въ публичныхъ журналахъ (первый очеркъ появился 27-го окт. 1787 г.) и затѣмъ собранныхъ въ отдѣльномъ изданіи (первое изданіе Гамильтона относится къ 1788 г.). Первый очеркъ отъ 27 октября уже носитъ заглавіе „The Federalist № 1.“ Впослѣдствіи все изданіе сохранило то же названіе. Авторъ этого труда является не одно лицо, а трое, именно: Гамильтонъ, Мадисонъ, Джонъ Джэй (Jay), послужившіе

своимъ перомъ дѣлу, т. е. защитѣ проекта конституціи для Соединенныхъ Штатовъ, принятаго конвентомъ въ Филадельфіи. Эта защита велась особенно передъ народомъ Нью-Йорка незадолго до начала государственной легислатуры, которая собиралась созвать конституціонный конвентъ для утвержденія проекта конституціи.

Что въ Америкѣ повсюду стремились къ свободному государству, объясняется всѣмъ складомъ предшествовавшаго англійскаго режима. Но стремились къ свободному государству, построенному по рецепту Монтескье на раздѣленіи властей (см. „Federalist“ № 47 слл.): сосредоточеніе властей въ однѣхъ рукахъ является по Монтескье уничтоженіемъ свободы. Но для того, чтобы основать свободу на вѣчныя времена, необходимо раздѣленіе властей. Какъ слѣдуетъ это понимать? Не слѣдуетъ ли понимать такъ, что ни одна изъ трехъ властей, законодательной, исполнительной и судебной, не имѣетъ иикакого участія или контроля надъ актами другой? Отнюдь нѣтъ! отвѣчаетъ на это „Federalist“. Раздѣленіе властей имѣетъ лишь то значеніе, что ни одна власть не должна себѣ присвоить полномочій другой. Участіе одной власти въ полномочіяхъ другой (partial agency) возможно. Но какъ обезпечить это раздѣленіе властей? Не предоставленіемъ ли каждой изъ нихъ, либо двумъ совмѣстно права обращенія къ народу? Но это средство оказалось бы вскорѣ исчерпаннымъ и, кромѣ того, оно ни въ коемъ случаѣ не обезпечиваетъ навсегда раздѣленія властей, потому что исполнительная и судебная власти имѣютъ меньше приверженцевъ въ народѣ, чѣмъ законодательная, хотя бы уже потому, что членовъ первыхъ двухъ меньше, нежели членовъ послѣдней, которая можетъ добыть себѣ больше друзей въ народѣ. Въ случаѣ апелляціи къ народу, т. е. народнаго голосованія, законодательная власть оказывалась бы всегда побѣдительницей. Надежнымъ средствомъ про-

веденія раздѣленія властей былъ бы принципъ, по которому ни одна изъ властей не можетъ принять участія при назначеніи носителей двухъ другихъ властей („Federalist“ № 51: „It is evident that each department should have a will of its own, and consequently should be so constituted that the members of each should have as little agency as possible in the appointments of the members of the others“). По той же причинѣ отвергается и назначеніе президента законодательной властью („Federalist“ №№ 68 и 71), равно какъ и всякая зависимость исполнительной власти отъ законодательной. Другое средство осуществить раздѣленіе властей можетъ быть найдено, если остановиться на томъ обстоятельстве, что въ каждой республикѣ изъ всѣхъ трехъ властей законодательная имѣетъ наибольшую тенденцію захватить въ свои руки полномочія другихъ властей. Чтобы воспрепятствовать этому, слѣдуетъ разбить ее на двѣ палаты и какимъ — нибудь путемъ укрѣпить обѣ слабѣйшія власти, исполнительную и судебную. Исполнительную власть при извѣстныхъ родахъ ея актовъ управленія можно было бы связать со слабѣйшею частью законодательной власти (сенатомъ) и кромѣ того предоставить ей квалифицированное, т. е. суспенсивное вето (№№ 51 и 73). Судебная власть должна получить право провѣрки конституціонности законовъ. Это не ставить ее выше законодательной власти, а должно лишь подчеркнуть, что обѣ власти должны признать нѣчто высшее („superior“), а именно, народъ (№ 78). Раздѣленіе властей Монтеスキе, такимъ образомъ приспособленное къ свободному государству, является центральнымъ пунктомъ американской демократіи, которую мы назовемъ демократіей съ раздѣленіемъ властей.

2. Руссо. Въ своемъ „Contrat social“ (впервые появившемся въ 1793 г.) онъ исходитъ изъ естественнаго

состоянія, въ которомъ всякій взрослый человѣкъ пользуется неограниченной свободой. Чтобы создать націю, необходимо заключить общественный договоръ, который кладетъ конецъ естественному состоянію. Ибо совершенная во всемъ природа человѣка не можетъ создать „общественнаго порядка“ („ordre social“), который является „священнымъ правомъ“ („droit sacré“) и основой другихъ порядковъ (liv. IV, ch. I). Этотъ общественный порядокъ можетъ быть установленъ только договоромъ („il est donc fondé sur des conventions“).

86226
 „Этотъ договоръ, до извѣстной степени навязанный каждому человѣку по необходимости, долженъ быть единогласно принятъ, но если эти условія нарушены, то каждый вновь пріобрѣтаетъ свою естественную свободу. Эти условія договора, правильно понятыя, сводятся въ сущности къ одному условію, а именно: къ полному отчужденію каждымъ индивидомъ всѣхъ его правъ въ пользу всего общества, такъ какъ, во-первыхъ, разъ каждый отдаетъ всего себя цѣликомъ, то условіе оказывается одинаковымъ для всѣхъ, а разъ условіе одинаково для всѣхъ, ни у кого нѣтъ интереса дѣлать его отягочительнымъ для другихъ.“ Именно поэтому верховная власть можетъ существовать только въ социальномъ общеніи, въ обществѣ, а суверенъ можетъ быть образованъ изъ отдѣльныхъ лицъ, составляющихъ общественное тѣло. Органомъ этого суверена является *volonté générale*, общая воля. Всякое представительное собраніе должно быть отвергнуто, только народъ въ цѣломъ можетъ образовать *volonté générale*, которая сказывается въ законодательствѣ. „Суверенитетъ, будучи только проявленіемъ общей воли, не можетъ никогда отчуждаться, суверенъ, будучи ничѣмъ инымъ, какъ коллективнымъ существомъ, можетъ быть представленъ только самимъ собой... Суверенъ можетъ смѣло сказать: „я желаю въ данный моментъ того, чего

такой-то человекъ желаетъ или, по крайней мѣрѣ, выдаетъ за свою волю,“ но онъ не можеть сказать: „то, чего пожелаетъ этотъ человекъ завтра, будетъ и моимъ желаніемъ,“ такъ какъ было бы нелѣпо, чтобы воля связывала самое себя на будущее время... Если народъ обѣщаетъ просто повиниться, онъ уничтожаетъ себя этимъ актомъ и теряетъ свое свойство народа; разъ есть повелитель, то нѣтъ болѣе суверена и политическое тѣло разрушено.“ (кн. II, гл. I). Если, такимъ образомъ, Руссо отвергаетъ всякую представительную конституцію, то онъ признаетъ нѣчто похожее на раздѣленіе властей, но послѣднее является у него не результатомъ указаній Монтескье и связанной съ ними координаціи трехъ властей, но это раздѣленіе есть у него слѣдствіе подчиненія, субординаціи исполнительной власти передъ всемогущей законодательной властью, передъ *volonté générale*. Послѣдняя не должна забыть о своихъ общихъ задачахъ, и поэтому не должна осуществлять право или административную дѣятельность въ отдѣльномъ случаѣ, ибо занятіе частными случаями уронило бы ея достоинство (Кн. III, гл. 1. „Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le Corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner aux objets particuliers“)*). Изъ подчиненія исполнительной власти общей волѣ слѣдуетъ право народа на назначеніе и смѣщеніе чиновниковъ (Кн. III, гл. 18: „Les dépositaires de la puissance exécutive ne sont point les maîtres du peuple, mais ses officiers; il peut les établir et les

*) «Не хорошо, чтобы тотъ, кто издаетъ законы, исполнялъ ихъ, ни чтобы народъ отвлекалъ свое вниманіе отъ общихъ мѣръ и направлялъ его на частные предметы.» (Пр. пер.)

destituer quand il lui plait“*). Таковы по Руссо основы непосредственной демократіи.

3. Прево - Парадоль въ своей книгѣ „La France Nouvelle. 1869“ развиваетъ третій новѣйшій типъ современной демократіи: — парламентарную. Прообразомъ для него является парламентарная монархія Англіи, исходнымъ же пунктомъ всеобщее избирательное право и народный суверенитетъ. Цѣлью служитъ установленіе демократіи, т. е. того, чтобы народъ самъ управлялъ собою согласно волѣ наибольшаго числа и при соблюденіи закона большинства (гл. I: «qu'elle soit en possession d'un gouvernement démocratique, en d'autres termes, que le peuple s'y gouverne lui-même, selon la volonté du plus grand nombre et en observant la loi des majorités“**). Въ томъ-то и заключается характерное различіе между парламентарной монархіей и парламентарной демократіей, что при первой парламентарное правительство является до извѣстной степени послѣднимъ прибѣжищемъ монархіи и монарха въ дѣлѣ сохраненія унаслѣдованныхъ правъ, въ то время какъ при парламентарной демократіи парламентарное правительство считается главнымъ средствомъ сохранить свободу народа. Въ первой исходнымъ пунктомъ служитъ унаслѣдованное право монарха, во второй — народная свобода. Тамъ послѣднее рѣшающее слово принадлежитъ монарху, здѣсь — народу или его замѣстителю: народной палатѣ. Поэтому Прево-Парадоль

*) «Носители исполнительной власти являются не господами народа, а его служащими; онъ можетъ ихъ назначить и смѣнить, когда ему угодно.» (Пр. пер.)

***) «Чтобы она обладала демократическимъ правительствомъ, или другими словами, чтобы народъ самъ управлялъ собою согласно волѣ наибольшаго числа и при соблюденіи закона большинства.» (Пр. пер.)

и хочетъ предоставить второй палатѣ «послѣднее слово» («dernier mot»), онъ хочетъ ее надѣлать по отношенію къ первой палатѣ и правительству преобладающей властью. Онъ говоритъ (Гл. 3 первой книги, стр. 93): «если послѣднее слово предоставлено правительству, то народная палата становится только совѣщательнымъ учрежденіемъ, и вводится деспотизмъ... Если же послѣднее слово предоставлено народной палатѣ, тогда нація можетъ всегда измѣнять свое сужденіе, мѣняя путемъ всеобщихъ выборовъ своихъ представителей». Поэтому обращеніе къ народу играетъ въ парламентарной демократіи несравненно большую роль, нежели въ парламентарной монархіи. Въ послѣдней оно является только средствомъ преодоленія государственнаго кризиса, въ первой же оно является постояннымъ учрежденіемъ для того, чтобы придать народной волѣ значеніе верховнаго судьи надъ разногласіями ея органовъ (министровъ и народной палаты или парламента). (Стр. 104: «rendre à la nation son libre arbitre et la mettre en demeure de se prononcer avec une souveraine indépendance sur la conduite de ses représentants» *).

Но чтобы сдѣлать дѣйствительно преобладающимъ вліяніе народной палаты, необходимо предоставить ей одной смѣщеніе и назначеніе министровъ. Предсѣдатель совѣта министровъ долженъ выбираться народной палатой, стать ея дѣйствительнымъ «лидеромъ».

Противъ этого всемогущаго вліянія (influence prépondérante) народной палаты должны бороться:

*) „Возвратить народу его свободное сужденіе и предоставить ему, чтобы онъ высказывался съ суверенной независимостью о поведеніи своихъ представителей.» (Пр. пер.)

1) первая палата, которая въ качествѣ представителя интересовъ противопоставляется народной палатѣ, основанной на всеобщемъ избирательномъ правѣ и 2) «droit de dissolution», право роспуска, которое въ качествѣ мощнаго оружія передается въ руки главы государства при отвѣтственности министровъ. Очень трудно провести строгое различіе между отвѣтственностью главы государства въ республикѣ и отвѣтственностью министровъ, но это трудность не непреодолимая (кн. I, гл. 4). Можно было бы предпочесть монархію демократіи, ибо въ этомъ случаѣ «право роспуска» осуществлялось бы вполнѣ безпартийно, между тѣмъ какъ въ демократіи президентъ слишкомъ часто является членомъ партіи. Но монархъ, гораздо чаще, чѣмъ президентъ республики, рискуетъ стать своимъ собственнымъ премьеръ-министромъ, «devenir soi-même une sorte de premier ministre perpétuel et inamovible et disputer aux cabinets et au Parlement des lambeaux de pouvoir» (I. I, ch. 5)*). Чтобы избѣгнуть этой «печальной амбиціи нѣкоторыхъ конституціонныхъ монарховъ», и вслѣдствіе того, что государство между тѣмъ въ силу фактовъ толкается на путь республики, слѣдуетъ подумать о парламентарной демократіи и устроить ее вышеизложеннымъ образомъ. «Правда, намъ кажется тогда, что не хватаетъ важной составной части политической машины; глазами, полными сожалѣнія, мы ищемъ того народнаго трибуна, который подъ именемъ короля наблюдаетъ за народнымъ представительствомъ и тотчасъ же ставитъ его передъ ли-

*) «Стать для самага себя чѣмъ то вродѣ постоянного и несмѣняемаго премьеръ-министра и оспаривать у кабинета и парламента остатки власти.» (Пр. пер.)

цомъ народныхъ комицій, какъ только сочтеть его угнетателемъ или на пути къ угнетенію («afin de la renvoyer devant les comices populaires aussitôt qu'il la croit oppressive ou engagée sur le chemin de l'oppression»); но если въ республикѣ и нѣтъ мѣста для этого полезнаго магистрата, то, разъ она существуетъ, она тѣмъ не менѣе является очень приемимой формой конституціи и вполне достойна честной поддержки и уваженія со стороны всѣхъ добрыхъ гражданъ (bons citoyens).»

Въ противоположность двумъ предыдущимъ формамъ демократіи, парламентарная демократія — какъ мы видѣли — построена не на раздѣленіи властей, но на смѣшеніи ихъ. Въ частности министры, располагающіе широкой властью, выбираются еще болѣе полновластной народной палатой. Тутъ по отношенію къ назначенію и смѣщенію министровъ совершенно отбрасывается принципъ, выставленный демократіей съ раздѣленіемъ властей, по которому при дѣйствительномъ раздѣленіи властей законодательная власть никогда не должна участвовать въ назначеніи исполнительной. Книга Прево-Парадоля стала одной изъ важнѣйшихъ основъ нынѣшней конституціонной формы Франціи.

Какъ эти теоретическія построенія выглядятъ на практикѣ? Какъ выражены различія въ характерныхъ институтахъ каждой изъ трехъ формъ демократіи?

II. Три формы демократіи въ государственной практикѣ.

Въ основѣ всѣхъ демократій лежитъ принципъ народнаго суверенитета, т. е. начало, по которому окончательное рѣшеніе по всѣмъ важнымъ государ-

ственнымъ дѣйствіямъ принадлежитъ народу, въ то время какъ въ монархіи послѣднее слово, «dernier mot», принадлежитъ монарху.

На практикѣ различія трехъ формъ демократіи складываются слѣдующимъ образомъ:

1. непосредственная демократія, въ которой самъ народъ, а не его делегаты, исполняетъ важнѣйшія государственныя функціи законодательства и управленія, гдѣ въ частности, народъ путемъ референдума осуществляетъ законодательныя функціи и нѣкоторые акты административной дѣятельности;

2. представительная демократія, въ которой важнѣйшія государственныя функціи исполняются представителями народа. Эта форма демократіи можетъ быть

а) либо демократіей съ раздѣленіемъ властей, въ которой, согласно принципу раздѣленія властей, правительство и народное представительство совершенно независимы другъ отъ друга, гдѣ кабинетъ министровъ не контролируетъ и не руководитъ народнымъ представительствомъ въ качествѣ комитета парламента и потому передъ парламентомъ не отвѣтственъ, а зависитъ исключительно отъ главы исполнительной власти,

б) либо парламентарной демократіей, гдѣ раздѣленіе властей не проведено, гдѣ правительство и парламентъ даже взаимно связаны кабинетомъ министровъ, взятымъ изъ парламентскаго большинства.

Непосредственная демократія имѣется нынѣ въ Швейцаріи, при этомъ въ отдѣльныхъ кантонахъ она полнѣе осуществлена, нежели въ союзѣ, демократія съ раздѣленіемъ властей проведена на сѣверѣ и югѣ Америки, парламентарная демократія имѣетъ своихъ представителей въ лицѣ Франціи, Венецуэлы, Санъ-

Доминго и Чили. Правда, въ Венецуэлѣ министры на время исполненія своихъ обязанностей не могутъ входить въ составъ ни одной изъ обѣихъ палатъ конгресса. То же установлено въ С.-Доминго и Гаити. Несмотря на то, и послѣднія республики должны быть отнесены къ парламентарнымъ. Ибо въ Венецуэлѣ вотумъ недовѣрія народной палаты вызываетъ отставку министра (ст. 34, разд. 1 конституціи 1904 г.). Въ Гаити парламентарный режимъ уже издавна признанъ государственной практикой, особенно послѣ государственнаго кризиса 1897 года (см. Soubies и Carette, Régimes politiques, I [1906 г.], стр. 47 сл.). Въ Санъ-Доминго также функционируетъ парламентарное правительство, палата обращается съ запросами къ семи статсъ-секретарямъ, требуетъ отъ нихъ отчетовъ (ст. 62 конституціи 20-го іюня 1896 г.) и дѣлаетъ ихъ отвѣтственными даже тогда, когда они дѣйствовали по порученію президента, который, впрочемъ, вмѣстѣ съ ними можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности (ст. 60: «*у seran responsables de ellos, aunque reciban orden escrita del Presidente, quien por este hecho queda también responsable*» *).

III. Выявленіе различій въ государственно-правовыхъ институтахъ.

Прежде всего слѣдуетъ обнаружить различіе между демократіей съ раздѣленіемъ властей и парламентарной демократіей.

*) Это отвѣтственность только за нарушение законовъ и конституціи: «они будутъ за это отвѣтственны, хотя-бы получили письменный приказъ отъ президента, который за это также привлекается къ отвѣтственности.» (Прим. ред.)

1. Основной принцип раздѣленія властей является въ демократіи этого типа основной догмой. Онъ былъ ясно выраженъ уже во французской деклараціи правъ челоуѣка (ст. 16) 1789 г., затѣмъ во французской конституціи 1791 г.; изъ нынѣ дѣйствующихъ конституцій этотъ принципъ категорически провозглашаютъ нѣкоторыя южно-американскія конституціи (напр., Бразилія, ст. 15; Гватемала, конституція, пересмотрѣнная 5 ноября 1887 г., ст. 3: «El Poder Supremo de la Nacion... se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo, y judicial, y habra en sus funciones entera independencia»). Въ скрытомъ видѣ этотъ принципъ лежитъ также въ основѣ конституціи Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ. Напротивъ, парламентарныя демократіи настоящаго времени, и впереди ихъ Франція, не знаютъ этого принципа (см. Дюгюи, цит. соч. стр. 329 сл.). Если даже понять этотъ принципъ въ ограниченномъ объемѣ, т. е. что ни одинъ органъ какой-либо одной власти не можетъ участвовать въ созданіи органа другой власти (см. выше извлеченія изъ «Federalist'a»), то и тогда этотъ критерій отсутствуетъ въ нынѣшней французской республикѣ потому, что здѣсь обѣ законодательныя палаты, соединяясь въ національное собраніе, выбираютъ президента.

2. Изъ только что изложеннаго различія между демократіей съ раздѣленіемъ властей и парламентарной демократіей, присутствія дѣленія властей въ первой и отсутствія его во второй — вытекаетъ рядъ различій по отношенію къ выборамъ министровъ. Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей министры суть уполномоченные со стороны главы исполнительной власти, президента; какъ таковыя они не могутъ быть членами законодательной

власти. Въ парламентарной демократіи они обыкновенно участвуютъ въ законодательныхъ палатахъ. По той же причинѣ министры въ демократіи съ раздѣленіемъ властей обыкновенно не имѣютъ доступа къ законодательному корпусу и свободнаго слова въ палатахъ. Въ парламентарной демократіи дѣйствуетъ обратное правило. Наконецъ, вслѣдствіе раздѣленія властей, въ демократіи, гдѣ этотъ принципъ проведенъ, министры ни въ коемъ случаѣ не зависятъ, какъ въ парламентарной демократіи, отъ вотумовъ довѣрія или недовѣрія одной или обѣихъ палатъ парламента.

3. Раздѣленіе властей вызываетъ въ одной изъ формъ демократіи то, что суспензивное вето президента является единственнымъ оружіемъ для подавленія нецѣлесообразнаго законодательства. Но и это также не отвѣчаетъ типу демократіи съ раздѣленіемъ властей, ибо въ ней президентъ вообще не долженъ обладать правомъ вето по отношенію къ законодательству. Американскій типъ все же породилъ суспензивное вето, и поэтому оно имѣется въ демократіи съ раздѣленіемъ властей, въ парламентарной же демократіи даже и этому вето нѣтъ мѣста. Подобно тому, какъ парламентарный монархъ никогда не можетъ отказать въ санкціи закона, проведеннаго его правительствомъ черезъ парламентъ или прошедшаго черезъ парламентъ при поддержкѣ его министровъ, такъ и парламентарный президентъ не располагаетъ ни правомъ санкціи, ни правомъ вето. Ни нынѣшняя французская конституція (ст. 7 конст. закона 16-го іюля 1875 г.), ни венецуэльская не знаютъ суспензивнаго вето. Конституція Франціи говоритъ только объ «отсылкѣ ко вторичному обсужденію», въ то время какъ конституція Венецуэлы не говоритъ даже и объ этомъ. Въ конституціяхъ Гаити (ст. 77), С.-Доминго (ст. 31 сл.) и Чили (ст.

135 слл.) установлено по образцу Соединенныхъ Штатовъ суспензивное вето, но — за исключеніемъ Чили — государственная практика превратила его въ мертвую букву (см. Soubies и Carette I, стр. 18).

4. Другой сильно замѣтный контрастъ между демократіей съ раздѣленіемъ властей и парламентарной демократіей состоитъ въ томъ, что въ первой никогда президенту не принадлежитъ право роспуска парламента, либо народной палаты, между тѣмъ какъ въ послѣдней это право считается сущностью демократіи. Ибо на этомъ правѣ роспуска, «*droit de dissolution*», основана возможность превращенія народной палаты въ истиннаго представителя сувереннаго народа. Правда, изъ всѣхъ парламентарныхъ демократій осуществила это право роспуска одна только Франція (Конст. законъ 16-го іюля 1875 г. говоритъ: «*Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat*» *).

Таковы различія обѣихъ формъ демократіи, насколько они отразились въ главнѣйшихъ юридическихъ институтахъ. Другія различія будутъ изложены въ слѣдующихъ главахъ этой книги. Пока же слѣдуетъ обѣ эти формы демократіи, объединенныя подъ общимъ именемъ представительной демократіи, противопоставить третьей формѣ, демократіи непосредственной.

1. Раздѣленіе властей осуществлено въ непосредственной демократіи не вполнѣ. Тамъ, гдѣ оно встрѣчается, оно чаще всего проистекаетъ изъ подчиненія

*) «Президентъ республики, согласно рѣшенію Сената, можетъ распустить палату депутатовъ до истеченія срока ея полномочій.» (Прим. пер.)

исполнительной власти законодательной, точь въ точь какъ у Руссо (см. «Письма съ горы», Письмо 7-ое: «Le pouvoir législatif consiste en deux choses inséparables: faire des lois et les maintenir, c'est-à-dire avoir inspection sur le pouvoir exécutif. Il n'y a point d'État au monde où le souverain n'ait cette inspection; sans cela toute liaison, toute subordination manquant entre ces deux pouvoirs, le dernier dépendrait de l'autre»*)

Насколько мало раздѣленіе властей проведено, напр., въ Швейцаріи, лучше всего видно изъ того, что союзное собраніе вѣдаетъ судебныя функціи, напр., по разрѣшенію конфликтовъ о компетенціи и жалобъ противъ рѣшеній союзаго совѣта (Bundesrat'a) по административнымъ спорамъ (ст. 85, п.п. 12 и 13), наряду съ функціями, обычно принадлежащими исполнительной власти, каковы, напр., распоряженіе союзными войсками, высшій надзоръ за управленіемъ и юстиціей (ст. 85, п.п. 9 и 10), право помилованія (ст. 92). Но даже тамъ, гдѣ раздѣленіе властей явно признано кантональной конституціею (какъ, напр., въ Ури, ст. 14, § 1; Золотурнъ, конст. 1887 г., ст. 4; Тессинъ, конст. 1892 г., ст. 1), оно понимается лишь такъ, что каждая изъ трехъ властей передана юсобымъ, но не взаимно-независимымъ органамъ (см. Barthélemy, Pouvoir exécutif, 1906 г., стр. 257).

2. Высшее руководство исполнительной вла-

*) Задача законодательной власти состоитъ въ двухъ нераздѣльныхъ моментахъ: она создаетъ законы и охраняетъ ихъ, т. е. осуществляетъ надзоръ за исполнительной властью. Нѣтъ на свѣтѣ такого государства, гдѣ суверень не обладалъ бы этимъ правомъ надзора; безъ него не было-бы никакой связи, никакого подчиненія между этими двумя властями, изъ которыхъ одна зависитъ отъ другой.» (Пр. ред.)

стью принадлежит т. н. *pouvoir directorial*, избранной законодательнымъ корпусомъ коллегіи. Тутъ нѣтъ особыхъ министровъ. Глава исполнительной власти и министръ совпадаютъ. Нѣтъ и особой отвѣтственности министровъ, будь то по отношенію къ главѣ исполнительной власти, либо — къ парламенту. Стремятся лишь къ тому, чтобы сдѣлать отвѣтственность этой исполнительной власти передъ народомъ наиболѣе дѣйствительной. Стремятся установить право отозванія народомъ исполнительной власти (см. Curti, *Geschichte der Schweizer Volksrechte*, 1900 г.).

Но такое право отозванія въ нѣкоторыхъ кантональных конституціяхъ уже существуетъ (см., напр., Тессинская к-ція 2 іюля 1892 г., ст. 15, § 3.). Въ отдѣльныхъ кантонахъ существуетъ даже право отозванія по отношенію къ законодательной власти. Такъ, ст. 22 Бернской конституціи 4-го іюня 1893 г. говоритъ: «Въ чрезвычайныхъ случаяхъ можетъ воспослѣдовать полное обновленіе большого совѣта, если это будетъ постановлено народнымъ голосованіемъ. Такое голосованіе должно быть назначено большимъ совѣтомъ, если того потребуютъ 12.000 гражданъ, имѣющихъ право голоса и притомъ въ установленной закономъ формѣ.» См. сходный § 44 Люцернской к-ціи.

3. Господство партій, присущее какъ демократіи съ раздѣленіемъ властей, такъ и парламентарной демократіи, здѣсь совершенно отсутствуетъ, наоборотъ, добиваются относительнаго участія всѣхъ партій въ государственныхъ дѣлахъ, какъ въ законодательствѣ, такъ и въ управленіи. Поэтому здѣсь господствуетъ начало пропорціональныхъ выборовъ, накладывая на прочіе государственно-правовые институты отпечатокъ,

совершенно неизвѣстный представительной демократіи.

4. Народъ долженъ самъ себѣ издавать законы и самъ собою управлять. Поэтому референдумъ, т. е. передача наиболѣе важныхъ государственныхъ актовъ на рѣшеніе народа, занимаетъ здѣсь выдающееся мѣсто.

5. Законодательная власть въ непосредственной демократіи состоитъ изъ одной палаты, такъ какъ верхняя палата (сенатъ) не нужна ни въ цѣляхъ проведенія раздѣленія властей, какъ въ американскомъ типѣ демократій, ни въ цѣляхъ парламентарнаго правленія, какъ во Франціи.

§ 3.

Учредительная власть или т. н. *pouvoir constituant*.

I. Теорія.

Подъ *pouvoir constituant* народа понимаютъ его высшую власть установить для себя конституцію и по мѣрѣ надобности измѣнять ее: *lex populi suprema voluntas*, законъ народа есть верховная воля. Это ученіе коренится въ англійской и шотландской пресвитеріальной системѣ. Ученіе о церковномъ договорѣ, *covenant'ѣ*, которымъ вѣрующіе обязуются придерживаться своей вѣры и церковной конституціи; является началомъ ученія о *pouvoir constituant*. Уже въ «*Agreement of the People*» солдатъ Кромвеля отстаивается тотъ взглядъ, что этотъ народный договоръ стоитъ выше парламента, въ силу формальнаго присоединенія согражданъ. На почвѣ Новой Англій этотъ взглядъ получилъ распространеніе и проникъ

въ колониальныя конституціи Коннектикута и Родъ Айленда, принятыя единогласнымъ рѣшеніемъ собранія колонистовъ. И не малый объемъ этихъ государственныхъ тѣлъ былъ причиною того, что создались народныя собранія безъ представителей, но церковное возрѣніе конгрегационалистовъ, по которому договоръ, covenant, создаетъ не только церковную общину, но и государственное тѣло. Въ 18-мъ вѣкѣ, а именно въ конституціонномъ актѣ Массачузетса 1780 г., этотъ первоначально единогласный договоръ превратился въ вотумъ большинства, обязательный и по отношенію къ прочимъ, несогласнымъ согражданамъ. Конституція создается здѣсь такимъ образомъ, что всѣ общинныя собранія этой колоніи (т. н. town meetings) опрашиваются о томъ, находятъ ли они данный моментъ пригоднымъ для изданія конституціи, и не угодно ли имъ въ случаѣ согласія послать представителей въ т. н. State Convention (государственный конвентъ), обязанный разработать проектъ конституціи. И на самомъ дѣлѣ этотъ проектъ былъ разработанъ и предложенъ town meeting'амъ для принятія, каковое и состоялось 16 іюня 1780 г. Порядокъ, установившійся въ Массачузетсѣ, сталъ прообразомъ для другихъ штатовъ Новой Англіи, напр. для Нью-Гэмпшира въ 1783 и 1791 г.г. Однако были и другія колоніи, а именно цѣлыхъ 9 (большинство), которыя передали учредительную власть особо избраннымъ учредительнымъ конвентамъ (conventions). Даже при составленіи союзной конституціи 1787 г., признавшей во введеніи учредительную власть народа («Мы, народъ Соединенныхъ Штатовъ . . . декретируемъ и устанавливаемъ нижеслѣдующую конституцію для Соединенныхъ Штатовъ Америки»), разработанная собраніемъ въ Филадельфіи конституція должна была быть

утверждена особыми, избранными ad hoc учредительными конвентами отдѣльныхъ штатовъ.

Лишь въ теченіе 19-го столѣтія проникъ и въ остальные штаты обычный въ Массачузетсѣ порядокъ опроса народа и утвержденія самимъ народомъ проектовъ конституціи, разработанныхъ конвентами (conventions). Насколько этотъ порядокъ родствененъ пресвитеріанской церковной конституціи, видно изъ того факта, что согласно практикѣ т. н. шотландскаго Barrier-Act'a 1697 г., церковные законы, принятые генеральнымъ синодомъ, получали обязательную силу лишь тогда, когда ни одно изъ пресвитерствъ не заявляло противъ этихъ законовъ своего протеста (см. мое Engl. Staatsrecht, I, стр. 635). Конечно, этимъ еще не установлено дѣйствительное согласіе народа, ибо оно возникло только на американской почвѣ, но сѣмена этой идеи были уже заложены въ пресвитеріанской системѣ.

Въ качествѣ результатовъ американскаго ученія о «pouvoir constituant» слѣдуетъ отмѣтить два начала: 1) учредительная власть принадлежитъ народу; 2) эта власть не можетъ быть осуществляема представителями. Тамъ, гдѣ послѣднее все же имѣетъ мѣсто, т. е. тамъ, гдѣ т. н. conventions разрабатываютъ конституцію, они являются только повѣренными народа, акты коихъ должны быть утверждены самимъ народомъ.

Къ началу революціи передъ глазами французовъ виталъ американскій прообразъ учредительныхъ собраній (conventions) и утвержденія конституцій народомъ «Cahier» (т. е. наказъ, инструкция избирателей депутатамъ) дворянства въ Бюжи (см. Borgeaud, Etablissement et Révision des Constitutions, Paris 1893, стр. 241) гласить: «Верховная власть, состоящая въ про-

явленіи общей воли, *volonté générale*, не можетъ быть ни сдерживаема, ни ограничиваема, либо передаваема кому-либо, ибо передавать можно власть, но не волю. Генеральные штаты не суть нація, а лишь ея отраженіе; они не обладаютъ полновластіемъ суверенитета, все же они надѣлены исключительнымъ правомъ утвержденія налоговъ и составленія новыхъ законовъ, безъ права, однако, предписывать тѣ законы, которые служатъ основой общественнаго договора и формы правленія, развѣ только на то послѣдуетъ согласіе народа («*sans avoir le droit de prescrire celles qui servent de base au contrat social et à la forme du gouvernement, sans le consentement exprès de la nation*»). Такимъ образомъ даже и дворянство не смогло остаться чуждымъ ученія о «*pouvoir constituant*». И если, несмотря на это, французская конституція 1791 г. въ тит. VII при измѣненіяхъ конституціи считаетъ послѣдней рѣшающей инстанціею не народъ, а четыре слѣдующихъ другъ за другомъ законодательныхъ собранія (при чемъ четвертое рѣшающее собраніе должно состоять изъ двойного противъ обычнаго числа депутатовъ), — то причиной этого **быль** страхъ передъ «чернью», передъ «*populace*».

Теорія, подготовившая въ народномъ сознаниіи эти взгляды, была выставлена Сійэсомъ въ его извѣстной книгѣ «Что такое третье сословіе?» («*Qu'est-ce que le tiers-état*»). Она по сію пору осталась во Франціи основой ученія о *pouvoir constituant*. Сійэсъ говоритъ (см. «*Политическіе очерки*», переведенные Usteri, Bd. 1796, стр. 131 сл.): «Невозможно создать тѣло для опредѣленной цѣли безъ того, чтобы не придать ему извѣстной организаціи. Она-то и называется основною конституціею (*constitution*) этого тѣла. Очевидно, что оно безъ нея не могло бы существовать. Такимъ обра-

зомъ ясно, что всякое делегированное правительство должно имѣть свою основную конституцію, и то, что вѣрно относительно правительства вообще, вѣрно и относительно всѣхъ частей, изъ которыхъ оно состоитъ. Стало быть, собраніе представителей, которому довѣрена законодательная власть либо исполненіе общей воли, существуетъ лишь въ той формѣ, какую народъ хотѣлъ ему придать. Оно ничего не представляетъ собою безъ основныхъ формъ, только при ихъ помощи оно управляетъ собою, поступаетъ и повелѣваетъ... Такимъ образомъ чувствуется... необходимость подчинить правительство извѣстнымъ формамъ, чтобы оно было въ состояніи работать въ направленіи цѣли, для которой оно создано, и не могло-бы отъ него уклоняться... Спрашивается, на основаніи какихъ проектовъ можно установить конституцію для самого народа. Народъ существуетъ раньше, чѣмъ все остальное, онъ есть корень всего. Его воля всегда законна, она есть самъ законъ. До нея и надъ нею существуетъ только естественное право... Конституція есть плодъ не учрежденной власти (*pouvoir constitué*), но власти учредительной (*pouvoir constituant*). Ни одинъ изъ видовъ делегированной власти не можетъ вліять на условія передачи учредительной власти. Только въ этомъ смыслѣ конституціонные законы суть основные законы... ясно, что они касаются только правительства. Было бы смѣшно предположить, что народъ связываетъ себя самого тѣми формальностями или тою конституціею, которыми онъ связываетъ своихъ уполномоченныхъ. Если бы народъ для того, чтобы стать народомъ, нуждался въ какой-либо положительной формѣ, то онъ никогда не сталъ бы имъ. Народъ образуется только лишь въ силу естественнаго права. На-

родъ есть все то, чѣмъ онъ можетъ быть, уже въ силу одного того, что онъ существуетъ, и не отъ собственной воли народа зависитъ присвоить себѣ больше или меньше правъ... Правительство лишь постольку проявляетъ дѣйствительную власть, поскольку оно дѣйствуетъ конституціонно, оно лишь постольку закономѣрно, поскольку придерживается предписанныхъ законовъ. Наоборотъ, народная воля нуждается только въ бытіи для того, чтобы быть закономѣрной, она есть корень всякой законности. Народъ не только не подчиненъ какой бы то ни было конституціи, но онъ не можетъ и не долженъ быть подчиненъ ей... Съ помощью этихъ разсужденій мы можемъ прійти къ отвѣту на вышеставленный вопросъ. Если части того, что вы считаете французской основной конституціей, не согласуются одна съ другою, то кому надлежитъ разрѣшить этотъ вопросъ? Народу, независимо отъ всякой положительной формы... Обыкновенные замѣстители народа получаютъ порученіе осуществить согласно основнымъ формамъ всю ту часть общей воли, какая необходима для сохраненія годнаго общественнаго управленія. Чрезвычайныя замѣстители надѣлены всякій разъ тѣмъ полномочіемъ, какое имъ захочетъ дать народъ. Такъ какъ многочисленная нація не можетъ фактически собраться всякій разъ, когда того потребуютъ чрезвычайныя обстоятельства, то она принуждена передать необходимыя въ такомъ случаѣ полномочія чрезвычайнымъ замѣстителямъ. Если бы народъ могъ собраться и выразить свою волю, то могли ли бы вы осмѣлиться оспаривать эту волю только потому, что народъ осуществляетъ ее въ той, а не иной формѣ? Здѣсь дѣйствительность все, форма — ничто. Собраніе чрезвычайныхъ замѣстителей замѣ-

няетъ собраніе народа. Оно безъ сомнѣнія не должно быть облечено волею народа во всей ея широтѣ, оно нуждается — и то только въ рѣдкихъ случаяхъ — въ особомъ полномочіи; оно представляетъ народъ во всей его независимости отъ всякихъ основныхъ формъ. Не слѣдуетъ тутъ вовсе примѣнять столько средствъ предосторожности для того, чтобы предотвратить злоупотребленіе властью; эти замѣстители назначаются только на опредѣленное время и по одному только опредѣленному поводу. Я говорю, что они во всемъ томъ, что рѣшаютъ, не связаны никакими основными формами. Во-первыхъ, такая связанность формами была бы невозможна уже потому, что сами эти формы не выявлены, ихъ только слѣдуетъ еще опредѣлить. Во-вторыхъ, имъ нечего было бы сказать по поводу дѣлъ, для которыхъ уже предписаны опредѣленные формы. Въ-третьихъ, они поставлены на мѣсто самого народа, которому надлежитъ опредѣлить основную конституцію... они могутъ поэтому выражать свою волю подобно отдѣльнымъ людямъ въ естественномъ состояніи; они могутъ быть делегированы, они могутъ собираться, могутъ совѣтоваться въ какой угодно формѣ; — разъ только нельзя отрицать (и развѣ народъ, пославшій ихъ, могъ бы ихъ не признать?), что они дѣйствуютъ въ силу чрезвычайнаго порученія народа, то ихъ общая воля будетъ равносильна волѣ самого народа. Я не хочу сказать, что народъ не можетъ дать своимъ обыкновеннымъ представителямъ новое порученіе, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь. Одни и тѣ же лица могутъ безъ сомнѣнія входить въ различныя собранія и послѣдовательно, въ силу особыхъ полномочій, участвовать въ проявленіи властей, которыя по природѣ своей должны смѣшиваться. Однако всегда остается

вѣрнымъ, что чрезвычайное представительство не можетъ быть приравнено обыкновенному законодательному собранію, ибо они располагаютъ совершенно различными властями.»

Такъ говоритъ Сійэсъ. Принципы, выставленные имъ на основаніи сказаннаго, суть слѣдующіе:

1. Народъ обладаетъ учредительной властью, *pouvoir constituant*, которая разнится отъ созданныхъ конституціею законодательной, исполнительной и судебной властей (*pouvoirs constitués*).

2. *Pouvoir constituant*, учредительная власть народа не связана и не можетъ быть связана никакими конституціонными рамками. На это народъ имѣетъ естественное право. Этимъ самымъ современная демократія провозглашаетъ непрерывное право на революцію.

3. Учредительная власть, *pouvoir constituant*, можетъ быть осуществляема не только самимъ народомъ, но и чрезвычайными замѣстителями народа.

4. Эти послѣдніе, такъ же мало, какъ и самъ народъ, связаны какимъ-либо порученіемъ.

5. Осуществляющіе учредительную власть, *pouvoir constituant*, не должны заниматься тою дѣятельностью, которая поручена обыкновеннымъ отдѣламъ государственной власти (*pouvoirs constitués*). Они должны только учредить конституцію.

Какъ мы ниже увидимъ, пункты 1-ый, 2-ой и 5-ый осуществились въ Соединенныхъ Штатахъ. Что нація при осуществленіи своей *pouvoir constituant* не можетъ быть стѣснена никакими рамками, признано во Франціи, въ Соединенныхъ Штатахъ — подъ вліяніемъ пуританской доктрины —, а также и въ Швейцаріи (см. Burkhardt, Einleitung, стр. 9 сл.).

Что касается возрѣнія пуританъ на разбираемый нами вопросъ, то уже Ренборо сказалъ во время преній по поводу «Agreement of the People» слѣдующее: «Если даже рѣчь идетъ о законахъ, подъ сѣнью которыхъ населеніе постоянно жило, то коль скоро народъ находитъ, что эти законы не достойны болѣе свободныхъ людей, я не вижу причины, которая остановила бы меня въ глазахъ Бога и людей отъ попытки всѣми средствами добиться болѣе полезнаго для народа, нежели то правительство, при которомъ онъ живетъ» (Clarke, Papers I, стр. 246 слл.). Такъ же разсуждаетъ и полковникъ Кларкъ: «Я предполагаю, что всѣ народы и націи располагаютъ свободой и властью измѣнять и мѣнять свои конституціи» (I presume that all people and all nations have a liberty and power to alter and change their constitutions if they finde them to bee wake and infirme.»).

Это есть основное право народа на революцію. Остальные пункты ученія Сійэса, какъ мы сейчасъ увидимъ, укоренились только во Франціи.

Такъ Америка и Франція — а за ними уже и Швейцарія — развили свое особое ученіе объ учредительной власти, о *puvoir constituant*. Правда, на короткое время американскій прообразъ утвердился во Франціи, а именно, когда Кондорсэ, находившійся подъ вліяніемъ американскаго строя (см. Borgeaud стр. 248 слл.), включилъ въ свою жирондистскую конституцію утвержденіе всѣхъ конституціонныхъ реформъ первичными собраніями избирателей (*assemblées primaires*). Конституція якобинцевъ во главѣ съ Робеспьеромъ, установленная въ 1793 году, признавала починъ измѣненія конституціи за опредѣленнымъ числомъ первичныхъ собраній избирателей, затѣмъ

опросъ народа о томъ, долженъ ли имѣть мѣсто пересмотръ конституціи, наконецъ она создавала особое учредительное собраніе, долженствующее разработать проектъ конституціи либо измѣненія конституціи (ст. 115 слл.). Даже и самая упомянутая конституція была принята плебисцитомъ. То же относится и къ конституціи директоріи. Вмѣстѣ съ побѣдоноснымъ оружіемъ директоріи эти американо-французскія идеи проникли и въ Швейцарію, гдѣ онѣ, какъ мы сейчасъ увидимъ, нашли благопріятную почву для насажденія разнообразныхъ формъ конституціоннаго референдума. Оба Наполеона въ достаточной мѣрѣ воспользовались плебисцитомъ. Несмотря на это, по вопросу о *rouvoir constituant* утвердилось во Франціи не ученіе американцевъ, а доктрина Сійеса.

II. Осуществленіе теоріи въ главныхъ типахъ современной демократіи.

Главный принципъ Соединенныхъ Штатовъ гласитъ, что суверенный народъ самъ творитъ свою конституцію. Какъ мы увидимъ въ третьей части настоящаго труда, этотъ принципъ проведенъ въ предѣлахъ Союза не вполне. За то онъ господствуетъ въ большинствѣ отдѣльныхъ Штатовъ. Прежде всего онъ касается окончательной санкціи проекта, разработаннаго либо обыкновенною законодательною властью, либо учредительнымъ собраніемъ (конвентомъ). Эта санкція дается обычно народомъ. Но этотъ принципъ долженъ быть соблюденъ также и въ томъ смыслѣ, чтобы народу былъ предложенъ вопросъ о томъ, долженъ ли быть предпринятъ подобный пересмотръ конституціи, что обыкновенно происходитъ тогда,

когда проектъ долженъ быть разработанъ учредительнымъ собраніемъ. Порядокъ, примѣненный уже въ 1780 г. въ Массачузетсѣ, т. е. путь опроса народа и созыва учредительнаго собранія съ послѣдующей санкціей практикуется въ настоящее время лишь тогда, когда рѣчь идетъ о полномъ пересмотрѣ. Этотъ порядокъ настолько, однако, укоренился, что находитъ примѣненіе даже и тогда, когда онъ не предписанъ какою-либо статьею конституціи и когда починъ пересмотра принадлежитъ обычной законодательной власти. (Такъ было въ Нью-Йоркѣ въ 1845 году.) Въ этомъ-то и заключается значеніе принципа, что народъ при осуществленіи своей *rouvoir constituant* не связанъ никакими рамками.

Нѣкоторыя конституціи, такъ, на примѣръ, конституціи Огайо, Мэриленда, Мичигана, Юва, предписываютъ, чтобы конституція періодически пересматривалась. Цѣлью этого опредѣленія является предоставленіе избирателямъ конституціоннаго почина безъ опроса народа о томъ, слѣдуетъ ли измѣнять конституцію. Этимъ, однако, и отличается обычный для Соединенныхъ Штатовъ порядокъ отъ швейцарскаго, такъ-какъ по послѣднему народъ можетъ проявить свой конституціонный починъ во всякое время, а не только черезъ опредѣленный періодъ времени, какъ въ штатахъ Сѣверной Америки.

Всякое американское учредительное собраніе (конвентъ) отнюдь не самодержавно, оно только является уполномоченнымъ народа. Оно не можетъ нарушить своего мандата, въ особенности же оно не должно предпринимать какого-либо измѣненія конституціи въ иномъ направленіи, чѣмъ какое ему указано починомъ народа или законодательной власти, если этой послѣдней принадлежитъ право почина. То же уста-

новлено въ Швейцаріи (рѣшеніе союзнаго суда по дѣлу Kündig'a и товарищей съ городомъ Базелемъ [1899 г.], Томъ 25 [1], стр. 71 сл.).

Частичные пересмотры конституціи разрабатываются обыкновенно не учредительными собраніями, а законодательною властью. Но въ этомъ случаѣ легислатура дѣйствуетъ не въ качествѣ законодательной власти, а какъ конвентъ (учр. собраніе): ея члены суть не представители народа, а делегаты, уполномоченные (см. Jameson, Constitutional Conventions, стр. 578 сл.). Въ частности она не можетъ представить проекта совершенно новой конституціи, ея дѣйствія точно предписаны данной конституціей. Большое число конституцій сверхъ того предписываетъ, что если имѣется нѣсколько поправокъ къ конституціи, то каждая изъ нихъ въ отдѣльности подлежитъ утвержденію сувереннаго народа. Въ нѣкоторыхъ конституціяхъ имѣется даже опредѣленіе, по которому въ теченіе одной сессіи не можетъ быть пересмотрѣно больше двухъ, независимыхъ другъ отъ друга статей конституціи; другія допускаютъ въ теченіе опредѣленнаго промежутка времени, напр. 5 лѣтъ, утвержденіе только одного проекта пересмотра. Большинство конституцій считаетъ достаточнымъ для утвержденія проекта пересмотра конституціи простое большинство голосующихъ. Въ Родъ Айлэндѣ требуется квалифицированное ($\frac{3}{5}$) большинство. (Въ Индіанѣ и Орегонѣ требуется большинство голосующихъ избирателей штата, т. е. также извѣстнаго рода квалифицированное большинство.)

Во Франціи ст. 8 закона 25-го февраля устанавливаетъ, что палаты, каждая въ отдѣльности, могутъ самопроизвольно или по предложенію президента республики предпринять обсужденіе конституціи и объявить простымъ большинствомъ о необходимости ея пересмотра.

Послѣ этого обѣ палаты соединяются въ одно національное собраніе, въ которомъ рѣшенія выносятся большинствомъ голосовъ. Въ своей работѣ національное собраніе, пересматривающее конституцію, не связано никакими рамками, въ частности, никакимъ порученіемъ законодательной власти. Оно только не можетъ отмѣнить республиканской формы правленія. Но это исключеніе по мнѣнію нѣкоторыхъ популярныхъ писателей (см. Дюги, стр. 1102) составляетъ ограниченіе не для пересматривающаго національнаго собранія, а для обѣихъ палатъ, осуществляющихъ свою инициативу пересмотра конституціи. Такимъ путемъ претворяется въ жизнь ученіе Сійэса, по которому пересматривающее собраніе такъ же мало, какъ и самъ народъ, можетъ быть связано тѣми основными формами, которыя конституція намѣчаетъ для пересмотра. Но получаетъ признаніе и то положеніе Сійэса, по которому пересматривающее конституцію собраніе не можетъ взять на себя иной законодательной работы, кромѣ пересмотра конституціи (см. Дюги, стр. 1099). По разбираемому вопросу Швейцарія въ общемъ и цѣломъ слѣдуетъ сѣверо-американскому образцу. Только въ ней, какъ мы увидимъ, сильнѣе выражена конституціонная инициатива, нежели въ Соединенныхъ Штатахъ.

III. Пересмотръ конституціи въ государственной практикѣ современной демократіи *).

1. По разбираемому нами вопросу наиболѣе близки къ типу монархіи тѣ демократіи, которыя ни въ коемъ случаѣ не допускаютъ участія народа въ пересмотрѣ конституціи и рѣшительно предоставляютъ этотъ пересмотръ законодательнымъ палатамъ, даже безъ необходимости новыхъ выборовъ. Сюда относятся: Бразилія (ст. 90), Венецуэла (ст. 127 сл.), Мексика (ст. 127), Эквадоръ (конст. 1897 г. ст. 139) и Панама (конст. 13 февр. 1904 г., ст. 137).

2. Дальше по пути идеальнаго типа демократіи пошли тѣ республики, которыя, хотя и поручаютъ дѣло пересмотра обычной законодательной власти, но требуютъ по крайней мѣрѣ новыхъ выборовъ, т. е. того, чтобы два послѣдовательныхъ законодательныхъ собранія голосовали пересмотръ, при этомъ вотумъ второго ограниченъ тѣмъ объемомъ, который былъ приданъ пересмотру первымъ законодательнымъ собраніемъ. Тутъ можно слѣдовать либо тому принципу, что обычные теченіе и срокъ перваго законодательнаго корпуса ничѣмъ не сокращаются (см. Боливія: ст. 133), либо законодательный корпусъ, постановившій пересмотръ, немедленно распускается (Чили: ст. 158).

3. По срединѣ между пунктами 1 и 2 стоятъ тѣ конституціи парламентарныхъ республикъ, которыя слѣдуютъ французскому образцу національнаго собранія. Сюда относятся: Гаити (ст. 194, но здѣсь національное собраніе созывается только въ слѣду-

*) См. Arnoult, De la revision des Constitutions, Paris, 1896.

ющей за постановленіемъ о пересмотрѣ сессіи) и Санъ-Доминго (ст. 108 сл.); въ послѣдней изъ названныхъ республикъ требуется особо квалифицированная инициатива и квалифицированное большинство конгресса для объявленія необходимости пересмотра.

4. Четвертая группа во всемъ слѣдуетъ образцу, установленному Сійэсомъ. Если обычная законодательная власть высказалась за цѣлесообразность пересмотра конституціи, то избирается особое собраніе, которому и довѣряется разработка этого пересмотра. Этого типа придерживаются: Аргентина (ст. 60 сл.), Гондурасъ (ст. 144 конституціи 2 ноября 1904 г.), Куба (конст. 21 февр. 1901 г.), Гватемала (конст. съ поправкою 1887 г., ст. 100 сл.) и Колумбія (см. поправку конституціи 17 апр. 1905 г., ст. 1 сл., однако своеобразно здѣсь то, что срокъ засѣданія національнаго конвента составляетъ 30 дней, — если президентъ не постановитъ иначе, — и что она осуществляетъ и инныя законодательныя функціи), Парагвай (ст. 123), Сальвадоръ (ст. 148) и Никарагуа (конст. 1905 г., ст. 119).

5. Существуетъ еще система, стоящая по срединѣ между конституціями, поручающими пересмотръ обычной законодательной власти и конституціями, довѣряющими пересмотръ особымъ національнымъ конвентамъ. Такой системы придерживаются тѣ демократіи, которыя въ опредѣленныхъ случаяхъ примѣняютъ то ту, то другую систему. Сюда относятся Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, союзная конституція (ст. 6) которыхъ предписываетъ одинъ или другой путь, смотря по тому, исходитъ ли инициатива измѣненія конституціи отъ конгресса при большинствѣ $\frac{2}{3}$ въ обѣихъ палатахъ или отъ большинства $\frac{2}{3}$ законодательныхъ палатъ отдѣльныхъ

штатовъ. Въ первомъ случаѣ пересмотръ конституціи предпринимається конгрессомъ, во второмъ — учредительнымъ собраніемъ (конвентомъ). Утвержденіе постановленнаго такимъ путемъ пересмотра можетъ послѣдовать по усмотрѣнію конгресса либо $\frac{3}{4}$ законодательныхъ палатъ отдѣльныхъ штатовъ, либо $\frac{3}{4}$ созванныхъ въ отдѣльныхъ штатахъ учредительныхъ конвентовъ. Въ эту группу входятъ Коста-Рика (ст. 131 слл.) и Уругвай (ст. 152 слл.), которые поручаютъ частичный пересмотръ обычной законодательной власти, а общій пересмотръ особому учредительному конвенту. Въ Коста-Рикѣ требуется для частичнаго пересмотра 2 одинаковыхъ вотума, въ Уругваѣ достаточно одного.

6. Теперь перейдемъ къ тѣмъ конституціямъ, которыя предоставляютъ народу прямое участіе въ пересмотрѣ конституціи, а не черезъ посредство представителей. Въ этой шестой группѣ слѣдуетъ привести тѣ конституціи, которыя признаютъ за народомъ не инициативу, но утвержденіе измѣненія конституціи. Инициатива принадлежитъ то обычной законодательной власти въ отдѣльности, то вмѣстѣ съ особыми учредительными конвентами. Сюда относятся: Арканзасъ, Техасъ, Луизіана, Миссисиппи, которые предоставляютъ учредительную инициативу и формулировку пересмотра одной законодательной палатѣ, далѣе Индіана, Орегонъ, Нью-Джерсей, Пенсильванія, Вермонтъ, Коннектикутъ, Родъ-Айлэндъ, которые предоставляютъ эти права двумъ послѣдовательнымъ законодательнымъ палатамъ (т. е. требуются новые выборы), наконецъ, Георгія и Мэнь, гдѣ инициатива и формулировка пересмотра конституціи принадлежатъ то обычной законодательной власти, то учредительному конвенту, безъ того, чтобы народъ предвари-

тельно опрашивался о необходимости созыва такой конвенции.

7. Еще дальше идутъ тѣ конституціи, которыя предоставляютъ народу какъ починъ, такъ и утверждение измѣненія конституціи. Но слѣдуетъ при этомъ различать слѣдующія группы:

А. Государства, въ которыхъ учредительная инициатива состоитъ въ опросѣ народа о томъ, слѣдуетъ ли пересматривать конституцію. При этомъ подобная инициатива: либо 1) принадлежитъ исключительно народу, безъ какого-либо другого государственнаго органа, хотя побужденіе къ опросу народа можетъ исходить отъ законодательной власти или отъ определеннаго числа избирателей. Сюда входятъ: Кентукки, кантоны Фрейбургъ, Базель - страна, Невшатель, Ваадтъ, Нижній Унтервальденъ. Въ Нью-Гэмпширѣ, который, впрочемъ, также относится сюда, народъ періодически опрашивается, долженъ-ли имѣть мѣсто пересмотръ конституціи. Обычная законодательная власть совершенно не участвуетъ въ пересмотрѣ конституціи, этотъ послѣдній порученъ особому учредительному конвенту. По разбираемому вопросу этотъ штатъ ушелъ дальше всѣхъ другихъ среди Соединенныхъ Штатовъ (ст. 98 слл. конституціи).

Либо 2) опросъ народа идетъ рядомъ съ учредительной инициативой, осуществляемой законодательнымъ корпусомъ и необходимой:

а) какъ для частичнаго, такъ и для общаго пересмотра, таковы кантоны Тургау, Валлисъ;

б) общій пересмотръ предоставленъ (исключительно опросу народа въ Люцернѣ, Ааргау, С.-Галленѣ, Базель - городъ;

с) разработка конституціи предоставлена то обычной законодательной власти, то учредительному кон-

венту, опросъ же народа имѣетъ мѣсто только въ послѣднемъ случаѣ. Сюда относятся: Флорида, Невада, Висконсинъ, Теннесси, Колорадо, Иллинойсъ, Алабама, Небраска, Нью-Йоркъ, Виргинія, Iowa, Мичиганъ, Огайо и Мэрилэндъ.

В. Государства, въ которыхъ инициатива исходитъ отъ опредѣленнаго числа избирателей или гражданъ (т. н. плюральная, множественная инициатива); при этомъ слѣдуетъ замѣтить, что такая инициатива ограничивается только частичнымъ пересмотромъ. При общемъ пересмотрѣ здѣсь все же требуется юпросъ народа. Затѣмъ слѣдуетъ различать:

а) Государства, въ которыхъ плюральная инициатива дополняется опросомъ народа, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда законодательный корпусъ противится плюральной инициативѣ. Сюда относится союзная конституція Швейцаріи, далѣе Золотурнъ (конст. съ поправкой 1895 г., ст. 80), Цюрихъ, Женева, Граубинденъ, Бернъ.

б) Конституціи, по которымъ плюральная инициатива не контролируется никакими народными опросами. Сюда входятъ Швицъ (конст. 1898 г., ст. 103), Верхній Унтервальденъ (конст. 1902 г., ст. 76 in fine), Тессинъ, Ури, Аппенцель-Ауссерроденъ, Шаффгаузенъ.

С. Государства, въ которыхъ учредительная инициатива можетъ исходить отъ отдѣльнаго гражданина, т. н. индивидуальная инициатива. Сюда относятся Гларусъ и Аппенцель-Иннерроденъ.

Особый типъ, не имѣющій ничего общаго съ перечисленными, представляетъ собою штатъ Делаваръ, гдѣ частичный пересмотръ принадлежитъ исключительно обычной законодательной власти, общій же пересмотръ, по инициативѣ законодательной власти,

производится учредительнымъ конвентомъ, труды котораго утверждаются народомъ.

§ 4.

Юридическое положеніе законодательной власти: народный суверенитетъ и законодательная власть.

Юридическое положеніе законодательной власти въ современной демократіи опредѣляется двумя моментами: ея отношеніемъ къ народному суверенитету и къ исполнительной власти.

I. Что касается прежде всего перваго отношенія, то самая сущность народнаго суверенитета заставляетъ насъ смотрѣть на народъ, какъ на носителя государственнаго суверенитета, верховенства. Правда, ученіе республиканцевъ идетъ обыкновенно еще дальше и повидимому совершаетъ юридически-логическую ошибку, отождествляя государство съ однимъ изъ его элементовъ потому, будто-бы, что въ этомъ воззрѣніи лежатъ корни современной демократіи (см. Дюги, стр. 84). Согласно этому ученію народъ, какъ таковой, есть не только органъ государства, какъ то признается господствующей теоріей въ Германіи (Гирке, Еллинекъ и др.), но и отличное отъ государства лицо съ особыми правами, принадлежащими только народу. Этотъ народъ, мыслимый какъ юридическое лицо, обладаетъ первоначальнымъ и неотчуждаемымъ верховенствомъ, какъ это признано во Франціи ст. 3 деклараціи правъ челоуѣка 1789 г. или ст. 1-ой titre III конституціи 1791 г.: «La souveraineté est une indivisible et imprescriptible. Elle ap-

partient à la nation» *). Это положеніе ясно выражено и въ большинствѣ конституцій отдѣльныхъ американскихъ штатовъ и кантоновъ (исключая Нью-Йоркъ, Иллинойсъ, Мичиганъ, Висконсинъ, Небраска и Миссисиппи), но оно лежитъ въ основѣ и тѣхъ конституцій, гдѣ оно не фигурируетъ во введеніи. Изъ него слѣдуетъ, что всѣ высшіе и низшіе государственные органы могутъ занять по отношенію къ суверенному народу только двойное юридическое положеніе: либо они суть представители народа и это тогда, когда ихъ воля представляетъ волю народа:

Такъ, ст. 2 titre III французской конституціи 1791 г. говоритъ: «La nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peuvent les exercer que par délégation» **).

Публикаціонная формула законовъ нѣкоторыхъ американскихъ штатовъ гласитъ: «The People of the State... represented in Senate and Assembly, do enact as follows...» ***).

либо они только агенты, т. е. исполнители народной воли. Въ современной демократіи обычная законодательная власть можетъ быть въ качествѣ государственнаго органа либо тѣмъ, либо другимъ. Въ представительной демократіи (т. е. демократіи съ раздѣленіемъ властей и парламентарной) законодательная власть есть представитель народа.

*) «Суверенитетъ одинъ, недѣлимъ и неотъемлемъ. Онъ принадлежитъ народу.» (Пр. пер.)

***) Народъ, отъ котораго единственно исходятъ всѣ власти, можетъ ихъ осуществлять только посредствомъ делегации. (Пр. пер.)

****) Народъ государства.. представленный въ сенатѣ и палатѣ, постановляетъ слѣдующее... (Пр. пер.)

Уже «Agreement of the People» (первая редакция) въ § 14 даетъ формулу юридическаго положенія законодательной власти въ представительной демократіи: «Власть этого и всѣхъ будущихъ представительствъ (читай: законодательныхъ властей) меньше власти ихъ избирателей и, не требуя на то согласія или содѣйствія какого-бы то ни было лица, распространяется на учрежденіе и упраздненіе должностей и т. д...» (цитир. у Rothschild'a, стр. 96).

Въ предложенной парламенту третьей редакціи «Agreement'a» соотвѣтствующій § 8 гласитъ: «That the Representatives have, and shall be understood to have, the supreme trust in order to the preservative and government of the whole (см. Gardiner, Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1889, стр. 279). *)

Въ преніяхъ Кромвелль говоритъ (Clarke, Papers, I, стр. 278): that the foundation and supremacy is in the people, radiccaly in them, and to bee sett downe by them in their representations»**).

Въ непосредственной демократіи законодательная власть не въ меньшей мѣрѣ является представителемъ народа.

Степень контрольных мѣръ, обременяющихъ законодательную власть въ интересахъ защиты довѣрителя (т. е. народа), различна, она можетъ быть

*) «Чтобы представители пользовались — и должно предполагаться, что они пользуются — высшимъ довѣріемъ по отношенію къ охраненію и управленію всего.» (Прим. пер.)

***) «Что основа и верховенство коренятся въ народѣ, совершенно въ немъ, и это установлено народомъ въ его представительствѣ.» (Пр. пер.)

то болѣе, то менѣе интенсивной (см. объ этомъ также въ § 7).

Изъ этого контроля народа въ качествѣ довѣрителя надъ верховными органами народа, какъ его уполномоченными, слѣдуетъ, что законодательная власть отнюдь не всеильна, какъ мы это видѣли въ монархіи. Положеніе французской конституціи 1791 г. (titre I, § 3): «Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils.»*) — дѣйствуетъ и въ другихъ демократіяхъ. Основныя права и права свободы суть узда для законодателя. Все это уже стало юридической догмой демократіи и получило свое первое признаніе въ § 8 «Agreement of the People». Правда, въ парламентарной демократіи это положеніе есть только *lex imperfecta*, такъ какъ суды не помогаютъ его проведенію въ жизнь. Тѣмъ не менѣе, оно дѣйствуетъ и тутъ, и поэтому законодатель демократіи въ противоположность законодателю монархіи не всемогущъ (см. Дюги, стр. 50).

Другимъ значительнымъ различіемъ между положеніемъ законодательной власти въ монархіи и въ демократіи служитъ то, что въ этой послѣдней законодательная власть признается не органомъ государства, а уполномоченнымъ народа. Народъ и законодательная власть, *pouvoir législatif*, надѣлены свойствами юридического лица для того, чтобы регулировать ихъ взаимное отношеніе. Рядомъ съ этимъ не остается больше мѣста для государства, какъ юридического лица, и такимъ образомъ согласно очень популярной

*) „Законодательная власть не можетъ издавать законовъ, которые нанесли бы ущербъ или послужили бы препятствіемъ къ осуществленію естественныхъ и гражданскихъ правъ.»

французской теоріи государственная территориальная корпорація превращается въ совокупность юридическихъ отношеній, существующихъ между государственными органами и народомъ, между отдѣльными государственными органами, между ними и управляемыми (наиболѣе выдающійся представитель этой теоріи — Дюги, см. Duguit, *L'Etat, les gouvernements et les agents*, Paris 1903*). Какъ результатъ различія мы должны отмѣтить слѣдующее: въ современной монархіи законодательная власть есть всемогущій органъ государства, въ современной демократіи эта власть есть представитель — уполномоченный народа, власть котораго идетъ такъ далеко, какъ его полномочіе (*mandataire représentatif*).

II. Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей и парламентарной демократіи надъ отношеніемъ законодательной власти къ исполнительной тяготѣетъ недоувѣріе къ первой и доувѣріе конституціоннаго законодателя къ исполнительной власти, которую поэтому и стараются усилить по сравненію съ законодательною властью. Напротивъ, въ непосредственной демократіи, особенно въ швейцарской, по общему правилу господствуетъ доувѣріе къ законодательной власти и недоувѣріе къ исполнительной.

Такъ, уже въ «Federalist'ѣ» № 48 говорится, что въ представительной демократіи слѣдуетъ особенно остерегаться законодательной власти и ея злоупотребленій. Доказывается, что въ наслѣдственной монархіи, а также и въ непосредственной демократіи, недоувѣрчивое отношеніе къ исполнительной власти вполне справедливо, ибо здѣсь народъ не въ состо-

*) См. также въ Otto Mayer въ *Festgabe für Laband*, 1908, I Томъ, стр. 50 слл. объ этомъ французскомъ ученіи о государственномъ правѣ.

яніи постоянно входить въ длительныя обсужденія или объединиться въ цѣляхъ планомѣрныхъ и хорошо обдуманыхъ дѣйствій, отчего и возможны властолюбивыя происки со стороны исполнительной власти. «Но тамъ,» — продолжаетъ «Federalist» — гдѣ, какъ въ представительной демократіи, исполнительная власть тщательно ограничена (*carefully limited*) какъ въ объемѣ, такъ и въ длительности своей власти, и гдѣ законодательная власть осуществляется собраніемъ, которое вслѣдствіе своего вѣроятнаго вліянія на народъ питаетъ незыблемую увѣренность въ своей силѣ, собраніемъ, которое достаточно многочисленно, чтобы перечувствовать страсти, свойственныя толпѣ, но не настолько многочисленно, чтобы не слѣдовать своимъ собственнымъ пристрастіямъ, — тамъ народъ долженъ направить всю свою ревность и принять всѣ мѣры предосторожности противъ стремленія къ захватамъ со стороны законодательной власти». Поэтому «Federalist» восхваляетъ цѣлесообразность раздѣленія законодательной власти на двѣ части, какъ это установлено союзной конституціей, а также поддерживаетъ надѣленіе исполнительной власти въ цѣляхъ ея укрѣпленія правомъ вето по отношенію къ законодательной. («Federalist» № 51 ed. Ford. стр. 345: «As the weight of the legislative authority requires that it should be thus divided, the weaknes of the executive may require, ou the other hand, that it should be fortified.» *).

Но и въ парламентарной республикѣ въ концѣ концовъ лежитъ въ основѣ недовѣріе по отношенію къ всемогущей народной палатѣ, и Прево-Парадоль

*) «Какъ сила законодательной власти требуетъ ея раздѣленія, такъ слабость исполнительной, съ другой стороны, — ея укрѣпленія.» (Прим. ред.)

требуетъ поэтому, какъ орудія защиты, «droit de dissolution», права роспуска, т. е. апелляціи президента къ народу. Если преобладающее настроеніе народной палаты не соотвѣтствуетъ больше народной волѣ, то имѣется возможность апеллировать къ народу путемъ новыхъ выборовъ. (Prevost-Paradol, La Nouvelle France, стр. 107: «Investie de la sorte d'un pouvoir prépondérant et universel sur les affaires intérieures et extérieures de la nation, sur la composition et sur la marche du pouvoir exécutif cette puissante assemblée doit elle-même, être contenue de deux manières:..... 2^o par le droit indispensable de dissolution.»*). Интересно, что и творцы сѣверо-американской союзной конституціи приняли во вниманіе возможность такого «обращенія къ народу», но отвергли его, какъ средство противъ злоупотребленій законодательной власти потому, что оно могло бы нарушить равновѣсіе трехъ частей государственной власти, его частое употребленіе могло бы помѣшать устойчивости государственнаго управленія и подвергнуть государственную машину потрясеніямъ («Federalist» № 49). Напротивъ, это право роспуска, принадлежащее исполнительной власти, нашло свое выраженіе въ текстѣ французской конституціи 1875 г.: но идея его, точно такъ же, какъ и въ Соединенныхъ Штатахъ, была порождена недоувѣріемъ къ законодательной власти. Герцогъ Broglie, одинъ изъ отцовъ конституціи, говоритъ объ этомъ такъ (Vues sur le

*) «Облеченное своего рода особою и всеобщею властью во внутреннихъ и внѣшнихъ дѣлахъ народа, надъ составомъ и дѣятельностью исполнительной власти, это могущественное собраніе должно быть само сдерживаемо двумя способами:... 2) неизбѣжнымъ правомъ роспуска.» (Прим. пер.)

Gouvernement de la France, стр. 287): «истинной причиной, практическимъ основаніемъ (этой мѣры) служитъ постоянная слабость, или лучше сказать, естественная боязливость со стороны исполнительной власти, которая старается обезоружить всякое сопротивленіе, вмѣсто того, чтобы мужественно бороться съ нимъ и побѣдить его. Главное препятствіе для нея заключается въ народной палатѣ: она есть очагъ соперничества, претензій и карьеризма... Вмѣсто того, чтобы опереться на первую палату и подставить свою грудь второй... правительство преклоняетъ колѣна, признаетъ своего «господина» и льститъ себя надеждой снискать себѣ милость въ его глазахъ....»

Такимъ образомъ, мы видимъ, что оба вида демократіи, парламентарная и демократія съ раздѣленіемъ властей, проникнуты глубочайшимъ недоверіемъ къ законодательной власти. Иное положеніе она занимаетъ въ непосредственной демократіи. Какъ бы она ни была подчинена суверенному народу, она пользуется по отношенію къ исполнительной власти тѣмъ громаднымъ преимуществомъ, что послѣдняя является ея услужливымъ агентомъ, а она сама — ея госпожей. Здѣсь юридическое положеніе законодательной власти опредѣляется доверіемъ къ ней и недоверіемъ къ исполнительной власти. Уже у Руссо законодательная власть есть органъ общей воли, *volonté générale*, и почти что тождественна съ сувереномъ, поэтому «исполнительная власть должна всегда зависѣть отъ законодательной власти и контролироваться послѣднею.» (*Lettres écrites de la montagne, part II, lettre 7, стр. 422: «Sans cela, toute liaison, toute subordination manquent entre ces deux pouvoirs, le dernier ne dépendroit point de l'autre; l'exécution n'auroit aucun rapport nécessaire aux lois: la loi ne*

seroit qu'un mot, et ce mot ne signiferoit rien.» *). По Руссо изъ этого всемогущества законодательной власти слѣдуетъ, что въ тотъ моментъ, когда она, т. е. народъ, собрана, всякая другая правительственная власть должна прекратиться (Contrat social, liv. III, ch. 14: A l'instant que le peuple est légitimement assemblé en corps souverain, toute jurisdiction du gouvernement cesse, la puissance exécutive est suspendue.» **).

Подъ вліяніемъ французской революціи эти идеи проникли въ Швейцарію и въ рѣшающей формѣ подѣйствовали здѣсь на отношеніе законодательной власти къ исполнительной. Правда, сначала утвердилась въ Швейцаріи не непосредственная демократія, какъ того желалъ Руссо, но представительная. Лишь въ серединѣ 19-го столѣтія, какъ мы ниже покажемъ, непосредственная демократія была осуществлена вслѣдствіе введенія референдума. Но все же важнѣйшія положенія Руссо уже до того являлись образцомъ, заслуживающимъ подражанія. Господствующими мотивами считались довѣріе къ законодательной власти, недовѣріе къ должностямъ исполнительной власти, отправляемымъ членами кантональныхъ патриціанскихъ семей (см. Curti, Schweizerische Volksgesetzgebung, стр. 122 сл.). Въ конституціи Берна 31 іюля 1831 г. говорится: «Верховенство (суверенитетъ) осу-

*) «Безъ этого всякая связь, всякое подчиненіе между этими двумя властями отсутствовало бы, если бы послѣдняя не зависѣла отъ первой, исполненіе не имѣло бы никакого необходимаго отношенія къ законамъ: законъ былъ бы только словомъ и это слово не означало бы ничего.» (Прим. пер.)

***) «Какъ только народъ законно собрался, какъ суверенный органъ, всякая юрисдикція правительства прекращается, дѣйствіе исполнительной власти приостановлено.» (Прим. пер.)

ществляется большимъ совѣтомъ, какъ представителемъ народа». Въ нынѣшней конституціи С. Галлена (1890 г.) большому совѣту, «какъ высшему учрежденію кантона», подъ условіемъ соблюденія «конституціонныхъ суверенныхъ правъ народа», предоставлено законодательство (ст. 154), а равно и осуществленіе «всѣхъ прочихъ верховныхъ правъ государства». Аналогичное опредѣленіе имѣется и въ нынѣшней швейцарской союзной конституціи (ст. 71): «подъ условіемъ соблюденія правъ народа и кантоновъ верховная власть союза осуществляется союзнымъ собраніемъ...» Независимость законодательнаго корпуса (Landsgemeinde) еще болѣе сильно выражена въ старыхъ кантонахъ (Urkantonen). Словомъ, законодательный корпусъ, «подъ условіемъ соблюденія правъ народа» является господиномъ, а исполнительная власть слугою.

Изъ этого довѣрія, питаемаго въ непосредственной демократіи къ законодательному корпусу, изъ недоувѣрія, съ которымъ къ нему относятся, какъ въ парламентарной демократіи, такъ и въ демократіи съ раздѣленіемъ властей, вытекають слѣдующія юридическія слѣдствія и различія:

1. Если въ непосредственной демократіи существуетъ сомнѣніе въ компетенціи органа предпринять государственный актъ, то предположеніе говоритъ за компетенцію законодательной власти (см. напр., ст. 55 конституціи С. Галлена 1890 г.; § 41, пунктъ 2 конст. Цуга 1894 г.; § 6, п. 14 конст. Тессина 1892 г.: «Онъ (большой совѣтъ) осуществляетъ всѣ суверенныя права, которыя въ конституціи явно не предоставлены другому учрежденію.»). Ни парламентарная демократія (см. Barthelemy, Pouvoir exécutif, 1907 г. стр. 301), ни демократія съ раздѣленіемъ властей

(см. Reinsch, *American Legislature and Legislative Methods*, 1907, стр. 224) не знают такой *Praesumptio juris*.

2. Въ непосредственной демократіи исполнительная власть считается только делегированной законодательною властью. Послѣдняя въ отдѣльномъ случаѣ можетъ взять эту делегацию обратно и осуществить ее помимо, черезъ голову исполнительной власти. Это признано въ Швейцаріи, правда, не относительно союза (см. Burckhardt, стр. 785), но для отдѣльныхъ кантоновъ (см. Orelli, *Das Staatsrecht der Schweizer Eidgenossenschaft*, стр. 43 слл. и O. Adams, *La confédération suisse*, стр. 48). Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей это недопустимо.

3. Какъ мы сейчасъ увидимъ, во всѣхъ трехъ видахъ демократіи распредѣленіе функций между законодательной и исполнительной властью точно также выразилось различно, смотря по тому, пользуется ли первая или вторая изъ обѣихъ властей недовѣріемъ конституціоннаго законодателя.

§ 5.

Организація законодательной власти.

I. Однопалатная или двухпалатная система.

Демократія, соотвѣтственно своей природѣ, вводитъ однопалатную систему; аргументы въ ея пользу удачно формулированы уже во французскомъ учредительномъ собраніи 1789 г. Во-первыхъ, демократія не признаетъ привилегій и сословій, но исходитъ отъ равенства гражданъ государства. Поэтому введеніе первой палаты, которая состояла бы изъ привилегированныхъ лицъ и представителей сословныхъ интеле-

ресовъ, здѣсь немыслима (Thouret, Archives parl. I sér. vol. VIII, стр. 580: «J'ai voulu par une seule Chambre remédier à l'aristocratie des ordres...» *).

Во-вторыхъ, народный суверенитетъ, который долженъ получить свое полное выражение въ законодательствѣ, требуетъ единства, ибо только это единство и можетъ ему обезпечить полновластie (Rabaud-Saint-Etienne, Arch. parl., стр. 569: „Mais le souverain est une chose une et simple, puisque c'est la collection de tous sans excepter un seul: donc le pouvoir législatif est un et simple, le souverain ne peut pas être divisé, car il n'y a pas plus deux ou trois ou quatre souverains. Et au rebours et par conséquent si vous divisez le pouvoir législatif en deux ou trois, vous divisez le souverain en deux ou trois, chose qui n'est pas au pouvoir des hommes, car ils ne peuvent pas faire que le souverain, qui est nécessairement la collection de tous en un, soit autre chose que la collection de tous en un.“ **). Ясно, что эта послѣдняя аргументація связана по существу съ предпосылкою, имѣющеюся въ непосредственной демократіи, какъ ее понимаетъ Руссо, а именно: законодательная власть, какъ общая воля, *volonté gé-*

*) «Я стремился при помощи одной палаты исцѣлить язвы сословной аристократіи.» (Пр. пер.)

**) «Но суверень есть нѣчто единое и простое, потому что онъ есть собраніе всѣхъ, не исключая ни одного: и такъ-какъ законодательная власть едина и проста, суверень не можетъ быть дѣлимъ, ибо нѣтъ двухъ, трехъ или четырехъ сувереновъ. И слѣдовательно, наоборотъ, если вы дѣлите законодательную власть на двѣ или три части, вы дѣлите и суверена на двѣ или три части, а это не во власти людей, ибо они не могутъ сдѣлать такъ, чтобы суверень, который необходимо представляетъ собраніе всѣхъ въ одномъ единомъ, былъ бы чѣмъ-то инымъ, чѣмъ собраніе всѣхъ въ одномъ.» (Пр. пер.)

négale, считается единственнымъ представителемъ сувереннаго народа.

Поэтому однопалатная система, какъ демократическое учрежденіе, была введена только въ швейцарскихъ кантонахъ — въ союзную конституцію невозможно было ввести эту систему, вслѣдствіе образованія союзаго государства и необходимо связаннаго съ нимъ представительства ютдѣльныхъ государствъ въ сословномъ совѣтѣ (Ständerat) (см. ч. III этого труда) — и нѣкоторыхъ центрально-американскихъ республикахъ, а именно: въ С.-Доминго (конст. 1896 г. ст. 18, такъ наз. Congreso), Панамѣ (конст. 1904 г., ст. 53, т. н. Asamblea Nacional), Гондурасѣ (конст. 1904 г., ст. 66: Congreso de Diputados), Коста-Рикѣ (конст. 1871 г. въ исправленной формѣ 1905 г., ст. 64: Congreso Constitucional), Никарагуа (конституція 1905 г., 49: Asamblea de Diputados), Сальвадорѣ (конст. 1886 г., ст. 54: Asamblea Nacional de Diputados), Гватемалѣ (конст. 1879 г. въ исправленной формѣ 1887 г., ст. 40: Asamblea Nacional).

Принципiально установлено, что какъ демократія съ раздѣленіемъ властей, такъ и парламентарная демократія необходимо нуждаются въ первой палатѣ рядомъ съ чистой народной палатой. Демократія съ раздѣленіемъ властей усматриваетъ въ раздробленіи законодательной власти ослабленіе ея и средство воспрепятствовать обычнымъ съ ея стороны превышеніямъ власти по отношенію къ обѣимъ остальнымъ властямъ: исполнительной и судебной («Federalist» № 51, стр. 345 : In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is

to divide the legislature into different branches» *). Въ парламентарной демократіи первая палата служитъ преимущественно необходимой сдержкой народной палаты, которая соотвѣтственно съ сущностью парламентарнаго режима, конечно, превосходитъ всѣ остальные власти (Prevost-Paradol, цит. соч. стр. 104: Investie de la sorte d'un pouvoir prépondérant et universel sur les affaires intérieures et extérieures de la nation... cette puissante assemblée doit, elle-même, être contenue, de deux manières: 1. par l'existence d'une autre assemblée, dont le concours serait nécessaire pour la confection des lois, et qui exprimerait aussi son avis sur la politique générale...)**). Поэтому въ большинствѣ демократій имѣется нынѣ двупалатная система.

Конечно и эта система страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что она очень легко вызываетъ конфликты между обѣими частями законодательной власти. Въ монархіи королевская власть помогаетъ соглашенію обѣихъ властей. Но кромѣ того въ монархіи въ случаѣ конфликта воля народной палаты считается болѣе важной, ибо она опирается на всеобщее, равное и прямое избирательное право, въ то время, какъ первая палата этимъ преимуществомъ не пользуется.

*) «Въ республиканской формѣ правленія авторитетъ законодательной власти необходимо господствуетъ. Средствомъ противъ этого неудобства является раздѣленіе законодательной власти на различныя части.» (Пр. пер.)

***) «Облеченное особаго рода преимущественною и всеобщою властью во внутреннихъ и внѣшнихъ дѣлахъ народа... это могущественное собраніе должно быть само сдерживаемо двумя способами: 1) существованіемъ другого собранія, содѣйствіе котораго было бы необходимо для созданія законовъ и которое могло бы выражать также и свое мнѣніе по общей политикѣ...»

Въ демократіи обѣ палаты противостоятъ одна другой какъ до извѣстной степени равноцѣнныя, ибо, какъ будетъ показано ниже (см. п. II), онѣ покоятся на болѣе или менѣе однородной избирательной основѣ. Чтобы тутъ устранить конфликтъ между обѣими частями законодательной власти, требуются иныя средства. Такихъ средствъ два. Одно носить названіе соединенія палатъ (*Durchzählung*). Обѣ палаты въ совмѣстномъ засѣданіи обсуждаютъ и постановляютъ о предметѣ конфликта. Это средство уже во французскомъ учредительномъ собраніи 1789 г. было выдвинуто Dupont de Nemours'омъ какъ дополненіе двухпалатной системы: «Я требую — сказалъ онъ, — чтобы настоящее собраніе, которое должно быть единымъ, раздѣлилось въ цѣляхъ работы на двѣ палаты... Сенатъ, составляющійся изъ равныхъ намъ лицъ, будетъ обсуждать законопроекты палаты представителей, развивать идеи и приводить къ соображеніямъ, которыя имъ руководили при принятіи или отклоненіи проектовъ палаты представителей. Трижды Сенатъ сможетъ настаивать на своемъ мнѣніи. Если, несмотря на это, разногласія между нимъ и палатой представителей не будутъ устранены, то обѣ палаты должны собраться на совмѣстное засѣданіе, чтобы вынести постановленіе по данному предмету по большинству голосовъ.»

Это средство соединенія палатъ нынѣ разрозненно встрѣчается (см. въ Ч. III о Commonwealth of Australia), въ нѣкоторыхъ американскихъ республикахъ, напр., въ Уругваѣ (ст. 61: большинство, которое требуется для вынесенія рѣшеній въ соединенномъ засѣданіи, равно $\frac{2}{3}$) Перу (ст. 62, точно также большинство въ $\frac{2}{3}$) и Эквадорѣ (ст. 55).

Другое средство устранить конфликты, могущіе

возникнуть между обѣими палатами въ области законодательства, дается конституціями Чили (ст. 41) и Парагвая (ст. 75).

Въ Чили всякій законопроектъ, принятый одной палатой и отклоненный другою, поступаетъ вторично для обсужденія въ ту палату, въ которую онъ впервые былъ внесенъ (т. н. первоначальная палата), и если онъ въ ней вторично принимается большинствомъ $\frac{2}{3}$, то онъ считается принятымъ парламентомъ (конгрессомъ), если только другая палата вторично не отклоняетъ его также большинствомъ $\frac{2}{3}$. Въ Парагваѣ дѣйствуетъ юридическое правило, по которому въ случаѣ, если первоначальная палата отвергнетъ сдѣланныя другою палатою поправки къ ея проекту, и если эта послѣдняя при вторичномъ обсужденіи будетъ настаивать на своихъ поправкахъ большинствомъ $\frac{2}{3}$ голосовъ, поправки считаются принятыми первоначальной палатой, если только эта послѣдняя не отвергнетъ ихъ также большинствомъ $\frac{2}{3}$. Но въ случаѣ, если одна палата цѣликомъ отвергнетъ принятый другою палатою проектъ, этотъ послѣдній не можетъ быть вторично внесенъ въ теченіе сессіи палаты, уже разъ отвергшей его.

II. Если друпалатная система и принята въ большинствѣ демократій, то при организаціи ея появляются еще дальнѣйшія затрудненія. Они заключаются прежде всего въ томъ обстоятельстве, что обѣ палаты должны быть организованы на широкой избирательной основѣ, по возможности на основахъ всеобщаго, прямого и равнаго избирательнаго права. Въ монархіи созданіе первой палаты облегчается наличностью особыхъ классовъ и сословій или важныхъ группъ, скованныхъ особыми интересами. Демократія, основанная на народномъ суверенитетѣ и равенствѣ всѣхъ гражданъ,

не располагаетъ такими группами. Если далѣе обѣ палаты дѣйствительно покоятся на основѣ всеобщаго, равнаго и прямого избирательнаго права, то возникаетъ дальнѣйшее затрудненіе: какъ различить обѣ палаты, чтобы онѣ были въ состояніи достигнуть своей цѣли различнаго образованія воль въ общемъ интересѣ? Правовой порядокъ можетъ провести эту дифференцировку въ трехъ направленіяхъ: либо установленіемъ особыхъ квалификацій для званія сенатора (члена верхней палаты), либо такимъ раздѣленіемъ функцій между обѣими палатами, чтобы опредѣленные полномочія принадлежали только одной изъ нихъ, другія — другой; либо перенесеніемъ представительства чисто-провинціальныхъ интересовъ въ первую палату, въ сенатъ, либо введеніемъ бѣльшихъ избирательныхъ округовъ для выборовъ въ сенатъ.

1. Особыя условія (квалификаціи) для званія сенатора.

Они могутъ установить слѣдующія мѣры:

а) Сенаторъ выбирается на болѣе долгій періодъ времени, нежели народный представитель. Такъ, напр., въ 24 штатахъ Союза сенаторы выбираются на 4 года, въ Нью-Джерсеѣ на 3 года, въ то время, какъ народные представители въ большинствѣ штатовъ Союза избираются срокомъ на 2 года (только въ Луизианѣ на 4 года), въ Массачузетсѣ, Родъ-Айлэндѣ, Нью-Йоркѣ и Нью-Джерсеѣ даже только на годъ.

б) Болѣе долгая продолжительность званія сенатора достигается тѣмъ, что въ большинствѣ штатовъ Союза для сената устанавливается только частичное, а не полное возобновленіе состава, какъ это установлено для палаты представителей. Благодаря этому нѣкоторые сенаторы пользуются особымъ почетомъ, представляя какъ бы въ своемъ лицѣ непрерывность

этой палаты. Но въ отдѣльныхъ демократіяхъ встрѣчается частичное обновленіе и народной палаты, какъ напр., въ Перу (ст. 57 конст.), гдѣ обѣ палаты каждые 2 года возобновляются въ одной трети.

с) Для званія сенатора требуется болѣе высокій возрастъ, чѣмъ для народнаго представителя. Это имѣетъ мѣсто въ большинствѣ демократій.

д) Для званія сенатора требуется болѣе долгое пребываніе въ штатѣ до момента выборовъ, нежели для народнаго представителя. Такъ, напр., срокъ этого пребыванія въ Нью-Гэмпширѣ исчисляется для сенатора въ 7 лѣтъ, для народнаго же представителя въ 2 года.

е) Для избранія въ сенаторы въ нѣкоторыхъ демократіяхъ требуется еще особый имущественный цензъ, напр., въ Делаварѣ, Гаити (ст. 50, п. 3), Колумбіи (ст. 94) и т. д. Чили ввело и для выборовъ въ народную палату имущественный цензъ (500 пезетъ, ст. 19), который, однако, гораздо ниже, нежели цензъ для сената (2000 пезетъ, ст. 26), аналогичное опредѣленіе имѣется и въ Боливіи (ст. 57 и 62).

2. Раздѣленіе функцій.

Самое обычное распредѣленіе функцій заключается въ томъ, что, въ случаѣ обвиненія высшихъ государственныхъ чиновъ, народная палата привлекаетъ къ отвѣтственности, а сенатъ выноситъ приговоръ, и далѣе въ томъ, что финансовыя законы должны быть сначала внесены въ народную палату. Но въ южноамериканскихъ республикахъ устанавливается болѣе подробное раздѣленіе функцій. Такъ, напр., въ Эквадорѣ сенату предоставлены еще особыя полномочія по реабилитаціи невинно-осужденныхъ политическихъ преступниковъ (ст. 47, пп. 2 и 3), то же и въ Ко-

лумбіи, гдѣ кромѣ того еще сенату принадлежитъ: объявленіе войны, разрѣшеніе прохода иностранныхъ войскъ, разрѣшеніе отпуска президенту при отлучкахъ его изъ резиденціи, утвержденіе нѣкоторыхъ назначеній на должности, послѣдовавшихъ со стороны президента и др. Въ Боливіи народная палата кромѣ привлеченія къ отвѣтственности высшихъ чиновъ располагаетъ еще правомъ назначенія судей въ высшій судъ на основаніи кандидатскаго списка изъ 3 лицъ, представляемыхъ сенатомъ (ст. 60, разд. 2). Сенату между прочимъ принадлежитъ исключительное полномочіе разрѣшать гражданамъ принимать титулы и носить ордена иностранныхъ правительствъ (ст. 63, п. 5) и награждать ихъ публичными отличіями (ст. 63, п. 7).

Въ Венецуэлѣ палата депутатовъ имѣетъ исключительное право (ст. 34) выносить министрамъ вотумъ недовѣрія и избирать генераль-прокурора (Procurador General). Но и въ остальномъ конституція предписываетъ, что каждой изъ обѣихъ палатъ принадлежать тѣ функціи, которыя ей предоставлены закономъ (ст. 34 и 37 in fine: «Son atribuciones de la Cámara de Diputados (u del Senado) u 3º Las demás que le señalen las leyes» *). Благодаря этому существуетъ возможность того, что каждая палата можетъ быть надѣлена особыми функціями въ порядкѣ обычнаго законодательства.

3. Перенесеніе представительства особыхъ провинціальныхъ интересовъ въ сенатъ.

Въ то время, какъ народная палата избирается на

*) «Предметами вѣдомства Палаты Депутатовъ (или въ ст. 37 — Сената) являются»: затѣмъ перечисляются дѣла, а въ п. 3º прибавляется «и дѣла, которыя обозначать законы». (Пр. ред.)

чисто числовой основѣ, ибо одинъ депутатъ приходится на опредѣленное число гражданъ, не взирая на дальнѣйшія територіальныя границы, сенаторы распределяются по провинціональнымъ и коммунальнымъ союзамъ. Такъ, напр., въ Южной Каролинѣ и Нью-Джерсей каждое графство выбираетъ по 1 сенатору. То же мы встрѣчаемъ и въ Родъ-Айлендѣ и Мэрилендѣ (см. Reinsch, *American Legislatures and Legislative Methods*, 1907, стр. 197) и нѣкоторыхъ южно-американскихъ республикахъ, какъ, напр., Колумбія (ст. 93), Чили (ст. 22), Перу (ст. 48), Боливія (ст. 61).

4. Введеніе болѣе обширныхъ избирательныхъ округовъ для выборовъ въ сенатъ является въ штатахъ Союза небезызвѣстнымъ средствомъ дифференцированія обѣихъ палатъ. Такъ, напр., конституція Нью-Йорка (ст. 3) предписываетъ, чтобы каждый избирательный округъ народной палаты (Assembly) цѣликомъ входилъ въ предѣлы сенатскаго избирательнаго округа (см. Reinsch, цит. соч., стр. 205). Такими и подобными предписаніями достигается то, что число сенаторовъ значительно меньше числа народныхъ представителей.

Парламентарная демократія, не принужденная соблюдать раздѣленія властей и связаннаго съ нимъ равновѣсія (Äquilibrium) обѣихъ палатъ, имѣютъ возможность такъ дифференцировать ихъ, чтобы или народная палата выбирала сенатъ; либо чтобы народные представители вмѣстѣ съ другими избирателями составляли одну избирательную коллегію, которая избирала бы сенатъ. На первый путь стала Гаити (ст. 49 конст.), Франція предпочла второй путь (законъ 24 февр. 1875 г.). Въ этой республикѣ сенатъ состоитъ изъ 300 членовъ, которые избираются избирательными коллегіями департаментовъ, состоящими изъ депутатовъ, генеральныхъ

совѣтниковъ, окружныхъ совѣтниковъ и представителей общинныхъ совѣтовъ даннаго департамента (см. Esmein, стр. 767 сл.).

§ 6.

Парламентское избирательное право въ современной демократіи.

I. Принципъ большинства въ современной демократіи.

Сравнительно поздно, только со временъ рецепціи римскаго права, кругъ европейскихъ государствъ ознакомился съ принципомъ большинства. Впервые онъ былъ примѣненъ при церковныхъ выборахъ. Принципъ, по которому большинство должно господствовать надъ меньшинствомъ, былъ знакомъ демократическому учению о государствѣ уже со временъ «защитника мира», *defensor pacis*, Марсилія Падуанскаго (съ 1272 г. по 1342/43 гг.), т. е. съ 14-го столѣтія. Но основаніе этому принципу подводитъ только ученіе о естественномъ правѣ, согласно которому при основаніи государства члены народа договариваются о томъ, чтобы большинство господствовало надъ меньшинствомъ. Въ этомъ духѣ пишутъ Хр. Вольфъ въ Германіи (*Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, pars VIII, II, § 157: «*Qui in civitatem coeunt, tacite conveniunt, quod parti majori visum fuerit, id habendum esse pro totius populi voluntate...*»*), Локкъ — въ Англіи (*Two treatises on Government*, 1690, ch. VII).

Но окончательная связь этого ученія съ демократіей и народнымъ суверенитетомъ устанавлива-

*) «Тѣ, кто соединяется въ государство, молчаливо соглашаются, что то, что покажется нужнымъ большинству, должно считаться волею всего народа.» (Пр. пер.)

ется только у Руссо (Contrat Social, livre IV, ch. II): «Есть только одинъ единственный законъ, который по своей природѣ требуетъ всеобщаго согласія: это общественный договоръ; ибо вступленіе въ общество есть наиболѣе добровольный актъ въ мірѣ. Такъ какъ всякій человѣкъ рожденъ свободнымъ и воленъ распоряжаться собственной личностью, то никто не можетъ подѣ какимъ бы то ни было предложемъ поработить его безъ его согласія... Кромѣ этого первоначальнаго договора, рѣшеніе большинства обязываетъ всѣхъ остальныхъ: это послѣдствіе самаго договора (c'est une suite du contrat même).» И при избирательныхъ голосованіяхъ принципъ большинства кажется Руссо слѣдствіемъ общественнаго договора (livre I, ch. V: «La Loi de pluralité des suffrages est elle-même un établissement de convention, et suppose, au moins une fois, l'unanimité*»). Общественный договоръ и народный суверенитетъ кажутся наиболѣе тѣсно связанными съ принципомъ большинства при выборахъ. Однако и Руссо созналъ слабость своей дедукціи и уязвимость принципа большинства: Въ книгѣ IV, гл. II, своего «Общественнаго договора» онъ говоритъ: «Но является вопросъ, какимъ образомъ человѣкъ можетъ быть свободнымъ и одновременно принужденнымъ подчиняться чужой волѣ? какимъ образомъ противники даннаго закона юстаются свободными — и подчиненными въ то же время законамъ, на которые они не давали своего согласія?

«На это я отвѣчаю, что вопросъ неправильно поставленъ. Каждый гражданинъ даетъ свое согласіе на всѣ законы, и на тѣ, которые изданы помимо

*) «Самый законъ большинства голосовъ установленъ по соглашенію и предполагаетъ единогласіе, хотя бы на одинъ только разъ.» (Пр. пер.)

его воли и даже на тѣ, которые наказываютъ его, когда онъ осмѣливается нарушить какой-нибудь изъ нихъ. Постоянная воля всѣхъ членовъ государства есть общая воля; благодаря этой общей волѣ они — граждане и свободны. Когда предлагается законъ въ собраніи народа, то ихъ спрашиваютъ вовсе не о томъ, одобряютъ ли они предложеніе или отвергаютъ его, но согласно ли это предложеніе съ общей волей, которая есть и ихъ воля, или нѣтъ: каждый, подавая свой голосъ, высказывается по этому вопросу, и изъ подсчета голосовъ вытекаетъ изъявленіе общей воли. Такимъ образомъ, когда мнѣніе, противоположное моему, побѣждаетъ, то это доказываетъ только, что я ошибся, и то, что я считалъ общей волей, на самомъ дѣлѣ ей противорѣчило. Если бы мое частное мнѣніе побѣдило, я сдѣлалъ бы нѣчто другое, чѣмъ то, что я хотѣлъ сдѣлать. И именно тогда я не былъ бы свободнымъ.»

Софизмъ, при помощи котораго Руссо оправдываетъ господство большинства въ дѣлѣ законодательства, принадлежитъ къ одному изъ наиболѣе блестящихъ его софизмовъ. Но и только софизмъ! Совершенно невыносимой становится въ демократическомъ государствѣ тиранія большинства на выборахъ. Особенно это вѣрно тамъ, гдѣ имѣется сильно развитая партійность, съ которой Руссо еще не былъ знакомъ (см. объ этомъ Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, Paris 1899, I, стр. 30 слл. и II, стр. 67 слл.). Прежде всего всемогущество партіи налагаетъ на каждаго члена партіи такое иго, что онъ на выборахъ превращается въ безсловесное голосующее животное (*Stimmvieh*), далѣе, если въ законодательствѣ властвуетъ партія, она настолько искажаетъ избирательные округа, что меньшинство почти

совершенно подавляется. Если исходить изъ того правильного мнѣнія, что народъ есть органъ государства, который своею избирательной волей въ отдѣльности указываетъ, что X или Y именно тотъ депутатъ, который государству принесетъ больше всего пользы, если далѣе — какъ это неизбѣжно въ демократіи — исходить изъ того, что каждый отдѣльный избиратель равноцѣнно и равноправно съ другими осуществляетъ эту избирательную волю, то гнетъ большинства долженъ быть, во всякомъ случаѣ, отвергнутъ, какъ противорѣчіе демократическому равенству. Это сознавали даже такіе люди, которые, подобно Сійэсу, считали принципъ большинства «неоспоримымъ началомъ» (*Qu'est ce que le Tiers-état?*, ch. VI: «Nous avons démontré la nécessité de ne reconnaître la volonté commune que dans l'avis de la pluralité. Cette maxime est incontestable»^{*}). Онъ и другіе (см. *Saripolos*, I, стр. 155 слл.) приписываютъ каждому избирателю равную избирательную цѣнность. «Я — говорить Сійэсъ (*Qu'est ce que le Tiers-état?* ch. VI) — представляю себѣ законъ въ центрѣ безконечно большого глобуса: всѣ граждане безъ исключенія находятся на одинаковомъ отъ него разстояніи, на поверхности глобуса, и занимаютъ тамъ равныя мѣста.» Изъ этого Сійэсъ заключаетъ (тамъ же, ch. III, § 2), что представительство одного какого-либо гражданина «не можетъ быть дробью представительства другого. Это право едино: всѣ его осуществляютъ въ равной степени» («ne peut pas être une fraction de la représentation d'une autre. Ce droit est un: tous l'exercent également»). Правда, этотъ постулатъ было легче вы-

^{*}) «Мы доказали необходимость признать общую волю только во мнѣніи большинства. Это начало неоспоримо.» (Пр. пер.)

ставить, чѣмъ осуществить, понынѣ еще главная проблема современной демократіи состоитъ въ томъ, чтобы обезпечить каждому избирателю равную и избирательную цѣнность. Ибо одно главное затрудненіе стоитъ на пути къ ея осуществленію: нельзя настолько ариѳметически точно, какъ въ теоріи, распредѣлить избирательные округа по числу населенія. Но если бы даже это удалось сдѣлать, то ничто не могло бы препятствовать тому, чтобы въ данномъ избирательномъ округѣ большинство не подавляло бы меньшинства. Средства, созданныя самой современной демократіей съ цѣлью устраненія этихъ трудностей, распадаются на двѣ главныя группы. Одна группа пытается смягчить несправедливость принципа большинства тѣмъ, что она все болѣе увеличиваетъ число избирателей и все сокращаетъ условія избирательнаго права, стараясь хотя бы приблизиться ко всеобщему избирательному праву въ его идеальномъ видѣ. Другая группа состоитъ изъ средствъ, стремящихся обезпечить избирателямъ одинаковую цѣнность ихъ голоса.

II. Средства къ устраненію связанныхъ съ принципомъ большинства недостатковъ.

Прежде всего обратимся къ тѣмъ средствамъ, которыя путемъ наивозможнаго расширенія избирательной основы пытаются создать хотя бы неподдѣльную волю большинства. Это во всякомъ случаѣ шагъ впередъ по отношенію къ тѣмъ избирательнымъ учрежденіямъ, которыя создаютъ тираннію большинства, при чемъ видимо господствующее большинство есть фактически только меньшинство. Расширеніемъ избирательной основы становятся ближе къ демократиче-

скому идеалу, согласно которому управляемые своимъ согласіемъ созидаютъ господствующія надъ ними власти; и американская декларація независимости (Declaration of Independence) 1776 г. дала этому идеалу слѣдующее краснорѣчивое выраженіе: «Чтобы обезпечить эти права, а именно жизнь, свободу и стремленіе къ собственному идеалу счастья, среди людей учреждаются правительства, правомѣрныя власти которыхъ исходятъ отъ согласія управляемыхъ (consent of governed).»

Этотъ взглядъ точно также коренится въ ученіи пуританъ. Такъ, напр., уже Ренборо сказалъ во время преній объ «Agreement» (Clarke, Papers, I, стр. 301): „Я думаю, ясно, что всякій, кому придется жить подъ властью опредѣленнаго правительства, долженъ предварительно выразить свое согласіе на подчиненіе такому правительству; и я думаю, что бѣднѣйшій человѣкъ въ Англіи не подчинится конституціи, на которую онъ не согласился (and therefore truly, Sir, I thinke itt's cleare that every man is to live under a government ought first by his owne consent to putt himself under that Government; and I doe thinke that the poorest man in England is nott att all bound in a stricte sense to that Government that hee hath not had a voice to putt himself under»).

Штаты сѣверо-американскаго Союза стараются насколько возможно приблизиться къ этому «consent of governed», — согласію управляемыхъ — слѣдующими средствами. Имущественный цензъ повсюду отмѣненъ. Возрастной цензъ повсюду установленъ въ 21 годъ (въ Швейцаріи исполнившіеся 20 лѣтъ, въ Цугѣ 19, въ Унтервальденѣ и Швицѣ даже 18 лѣтъ; см. Schollenberger I, стр. 47).

Въ нѣкоторыхъ штатахъ Союза устранены даже изъятія для иностранцевъ и лицъ женскаго пола. Такъ, напр., въ штатахъ Идаго, Уомингъ, Утахъ и Колорадо женщины допущены въ качествѣ избирателей въ парламентъ, въ нѣкоторыхъ штатахъ иностранцы также могутъ пользоваться избирательнымъ правомъ, если они высказываютъ намѣреніе натурализоваться (см. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, томъ 28, 1906 г., стр. 419). Чтобы не связать слишкомъ избирателя опредѣленнымъ избирательнымъ округомъ, а именно, если онъ въ силу своихъ занятій долженъ находиться въ другомъ мѣстѣ, законъ штата Канзаса, изданный въ 1901 г., предписываетъ, чтобы каждый желѣзнодорожный кондукторъ, который по дѣламъ службы отсутствуетъ въ своемъ мѣстѣ жительства, могъ выбирать на мѣстѣ своего временнаго пребыванія. Требованіе платежа налоговъ для пріобрѣтенія избирательнаго права не предъявляется болѣе въ большинствѣ штатовъ Союза.

Къ приведенной группѣ средствъ тѣсно примыкаютъ тѣ средства, которыя хотя и не расширяютъ избирательной основы, но стремятся другимъ путемъ добиться неподдѣльной воли большинства. Сюда относится введеніе такъ называемаго «*Australian Ballot*» въ большемъ числѣ штатовъ Союза, т. е. предварительное печатаніе государствомъ и на счетъ государства избирательныхъ бюллетеней, на которыхъ значатся кандидаты, выставленные партіями. Но чтобы этимъ еще болѣе не увеличить господства партій, въ большинствѣ штатовъ (за исключеніемъ Южной Дакоты) признано, что избиратель не связанъ на выборахъ только значащимися на запискѣ кандидатами. «Цѣлью австралійскаго баллотированія служитъ обезпечить каждому избирателю его неосцѣнимое право,

избирательное право, и защитить его отъ обмановъ, злоупотребленій и неразумія избирательныхъ судей» (Annals, стр. 415: дѣло State v. Conser, разрѣшенное высшимъ судомъ въ Огіо). Та же цѣль преслѣдуется установленіемъ автоматическихъ машинъ для голосованія, которыя существуютъ въ нѣкоторыхъ штатахъ, напр., въ Огіо, Родъ-Айлендѣ, Канзасѣ; эти машины устраняютъ произволь со стороны такъ называемыхъ избирательныхъ комиссій при подсчетѣ ими результата выборовъ и при признаніи тѣхъ или иныхъ избирательныхъ записокъ годными или негодными.

Выявленію подлинной воли большинства служить еще такъ называемая избирательная обязанность съ карательной санкціей, которая установлена, напр., въ конституціи Сѣверной Дакоты 1898 г. (sec. 127), а также встрѣчается въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ (такъ, въ Цюрихѣ, Шаффгаузенѣ, С.-Галленѣ, Тургау, Ааргау и въ ограниченной степени въ Граубинденѣ, см. Triepel, Wahlrecht und Wahlpflicht, 1900, стр. 17). Въ Мексикѣ (ст. 36, разд. 3) и Санъ-Сальвадорѣ (ст. 88 конституціи 4 дек. 1883 г.) установлена избирательная обязанность безъ карательной санкціи закона.

Современная демократія изыскиваетъ также средства къ поднятію избирательной цѣнности каждаго избирателя и къ обезпеченію ему равной съ другими силы. Важнѣйшія изъ этихъ средствъ суть:

1. Пропорціональное избирательное право. Съ техникой «пропорціи» мы уже ознакомились въ первой части, здѣсь же мы остановимся только на значеніи ея для современной демократіи. Эта система важна при всякой формѣ правленія, когда дѣло идетъ о сверженіи тиранніи большинства. Но главный ея ко-

рень лежитъ въ непосредственной демократіи, отчего Швейцарія и является ея родиной и мѣстомъ наибольшаго ея распространенія. Въ непосредственной демократіи ютдѣльный гражданинъ, не имѣя возможности принимать всегда непосредственное участіе въ законодательствѣ, долженъ по крайней мѣрѣ косвенно участвовать въ немъ при помощи осуществленія своего избирательнаго права. Гражданинъ, такимъ образомъ, одновременно избиратель и законодатель (*citoyen-législateur*). «Принципъ большинства призываетъ къ обсужденію законовъ только часть народа, но лишь пропорціональное представительство дѣлаетъ законодательную власть уменьшенной общиной, *Landsgemeinde* («la représentation proportionnelle en fait réellement une Landsgemeinde réduite.» Frey, *Les lois suisses sur la repr. proportionnelle comp. et commentées*, Женева, 1897 г., стр. 8). Такимъ образомъ, цѣлью здѣсь является то, чтобы помочь избирателю превратить законодательное собраніе въ уменьшенную общину, *Landsgemeinde*, съ тѣмъ, чтобы участвовать въ ней черезъ своего уполномоченнаго, избраннаго въ качествѣ депутата. Но этого можно достигнуть только тогда, когда каждому мнѣнію въ государствѣ дается возможность быть представленнымъ сообразно своей численной силѣ. Уже Викторъ Консидеранъ (род. въ 1808 г., умеръ въ 1893 г.), знаменитый ученикъ Фурье, отецъ швейцарскаго пропорціональнаго представительства, проводитъ въ этомъ смыслѣ различіе между *Vote décisif* — рѣшающимъ голосованіемъ — и *Vote représentatif* — представительнымъ голосованіемъ — собраній (см. Klöti, *Die Proportionalwahl in der Schweiz*, 1901, стр. 21 сл.). «Когда въ собраніи обсуждаются нѣкоторыя мѣры, по поводу которыхъ затѣмъ выносится рѣшеніе, тогда, конечно, меньшинство должно

подчиниться большинству». Здѣсь передъ нами рѣшающее голосование (*vote décisif*). Напротивъ, при *vote représentatif* — представительномъ голосованіи — дѣло идетъ не о принятіи рѣшенія по опредѣленному вопросу путемъ голосованія, но о делегации права рѣшенія, которое принципиально принадлежитъ всѣмъ гражданамъ, — ограниченному числу наиболѣе способныхъ и уважаемыхъ гражданъ. Въ такомъ же смыслѣ высказываются и современные представители системы пропорціи (Эрнстъ Навилль и др.), рассматривающіе ее какъ прямое слѣдствіе непосредственной демократіи и понятія гражданина-законодателя, *citoyen-législateur* (см. Saripolos II, стр. 18 сл.).

Система пропорціи и непосредственная демократія кажутся настолько тѣсно между собою связанными, что есть голоса, считающіе пропорціональные выборы плодотворными лишь на почвѣ непосредственной демократіи, такъ какъ представительная демократія будто бы прямо исключаетъ идею *citoyen-législateur*, гражданина-законодателя (см. Esmein, *Droit constitutionnel*, стр. 665). Высшій судъ штата Мичиганъ также призналъ одинъ спеціальнй случай представительства меньшинства, такъ наз. кумулятивное голосование, противорѣчащимъ представительной конституціи (*Maynard vers. Board of Canvassers cit. Annals*, стр. 440, An. 110).

И на самомъ дѣлѣ чаще всего система пропорціи для выборовъ въ парламентъ встрѣчается въ Швейцаріи, стало быть, въ непосредственной демократіи. Въ девяти кантонахъ имѣется система пропорціи. Тессинъ, Женева, Цугъ, Фрейбургъ, Золотурнъ, С.-Галленъ знаютъ пропорціональное избирательное право съ конкурирующими списками. Въ послѣдніе годы въ Ба-

зель также установлена система пропорціи (законъ 26 янв. 1905 г.). Избирательное частное, г. е. распредѣлительная цифра, съ помощью которой депутаты распредѣляются по отдѣльнымъ избирательнымъ группамъ, отыскивается здѣсь не по знакомой намъ системѣ д'Ондта, а гораздо проще. А именно число всѣхъ избирателей дѣлится на число представителей (такъ наз. избирательный коэффициентъ), результатъ этого дѣленія есть т. н. избирательное частное. Избирательнымъ коэффициентомъ повсюду служитъ простое число представителей, въ Золотурнѣ же онъ равенъ числу представителей $+ 1$. Распредѣленіе представителей по отдѣльнымъ группамъ можетъ послѣдовать прежде всего такъ, что подсчитываются всѣ поданныя за опредѣленныя партіи избирательныя записки и каждая партія получаетъ столько представителей, сколько разъ избирательное частное содержится въ числѣ ея избирательныхъ записокъ. Эта система примѣняется въ Цугѣ и Золотурнѣ.

Другой способъ распредѣленія состоитъ въ томъ, что дѣлится не число избирательныхъ записокъ, но поданныя за отдѣльнаго кандидата голоса на избирательное частное. Группировка происходитъ здѣсь не по избирательнымъ запискамъ, поданнымъ за партію, но по голосамъ, приходящимся на одного кандидата. Этотъ порядокъ примѣняется въ Тессинѣ, Нейенбургѣ, Женевѣ, Фрейбургѣ (Schollenberger I, стр. 100.).

Въ Соединенныхъ Штатахъ одинъ только штатъ Иллинойсъ ввелъ у себя съ 1870 г. (конституція III, ст. 4, разд. 7 и 8) такъ называемое кумулятивное голосованіе (см. Ч. I, § 8), но за то пропорціональные выборы и представительство меньшинства при-

мѣняются нерѣдко на выборахъ коммунальныхъ органовъ.

Въ Бразиліи *vote limité* (см. Ч. I, § 8) применяется на коммунальныхъ, провинціальныхъ и національныхъ выборахъ. Прежній законъ 20 окт. 1875 г. въ настоящее время отмѣненъ закономъ 9 янв. 1881 г. (Saripolos, II, стр. 282).

Авторитетные изслѣдователи (Hilty) указывали на то, что пропорціональное избирательное право совершенно излишне при существованіи референдума. «Представительство меньшинства опоздало у насъ (т. е. въ Швейцаріи) по крайней мѣрѣ лѣтъ на десять; собранія представителей утратили свое прежнее значеніе... Нынѣ эти собранія, а также и союзное собраніе въ силу легко рсуществляемаго референдума, стали по своему истинному существу и значенію лишь предварительно обсуждающими учрежденіями... Система представительства меньшинства несоединима съ современной демократіей...» Въ этихъ соображеніяхъ упущено изъ виду то, что референдумъ дѣйствуетъ только или отрицательно — разрушающе, или положительно — утверждающе, отвергая или принимая продукты чужого творчества. Самостоятельно-творческаго значенія референдумъ, — а стало быть и народъ, ограничивающійся однимъ только референдумомъ — имѣть не можетъ. Созидающе народъ выступаетъ только тогда, когда онъ пропорціонально представленъ въ законодательной власти (Klōti, цит. с., стр. 195 сл.).

2. Такъ называемый «primary law» (первичный или партійный законъ).

Американское государственное право нашло другое средство уравнить цѣнность избирательнаго права cadaго избирателя. Исходя изъ вполне правильнаго

основного возрѣнія, что чаще всего цѣнность отдѣльнаго голоса подавляется внутри самой партіи тѣмъ, что партійные агитаторы (wirepullers и bosses) проводятъ только своихъ кандидатовъ, а не тѣхъ, кто желателенъ партійному большинству на партійныхъ собраніяхъ (primaries, а также conventions), — правительство ставитъ подъ юридическій контроль самую партійную машину, ея избирательный аппаратъ. Особенно подробной законодательной обработкѣ подвергается первичная клѣтка партіи, а именно мѣстное собраніе всѣхъ партійныхъ избирателей (primary). Поэтому относящееся сюда законодательство называется «primary law». На мѣсто прежней автономіи политическихъ партій выступаютъ обязательныя правовыя нормы государственнаго вмѣшательства и государственнаго контроля. Съ предсѣдателя партійнаго собранія снимается присяга, какъ съ обыкновеннаго чиновника, служащаго по парламентскимъ выборамъ; предсѣдатели иногда даже назначаются государствомъ. Право отдѣльнаго партійнаго товарища на подачу своего голоса охраняется въ государственныхъ цѣляхъ, и рѣшеніе о томъ, принадлежитъ ли онъ къ партіи вообще, выносится обыкновенными судами, даже и вопреки волѣ партійныхъ товарищей. Иногда, какъ на примѣръ въ Нью-Йоркѣ, избраніе и срокъ полномочій партійныхъ органовъ (general committee of the party) опредѣляется закономъ, попытка смѣстить съ должности правильно избраннаго партійнаго дѣятеля считается противозаконной. Наиболее совершенные изъ этихъ primary laws имѣются нынѣ въ штатахъ Миннесота, Висконсинъ и Орегонъ (см. объ этомъ E. Ch. Meyer, Nominating Systems, Madison Wis. 1902). Различаютъ открытую, «open-primary-system», отъ закрытой, «closed-primary-system». При первой системѣ право

выбирать не зависеть отъ особо устанавливаемой принадлежности къ партіи посредствомъ присяги или письменнаго объясненія, при второй системѣ такое установленіе необходимо. Юридически это крупное ограниченіе партійной жизни государствомъ оправдывается тѣмъ, что оно какъ бы служитъ вознагражденіемъ за тѣ выборныя затраты, которыя несетъ больше не партія, а государство. Въ частности введеніе партійныхъ законовъ, *primary laws*, находится въ связи съ такъ называемымъ *Australian Ballot*. Государство на свои средства печатаетъ избирательныя записки, на которыхъ напередъ уже соотвѣтствующими партіями намѣчены имена партійныхъ кандидатовъ. Партія, если она только потребуеъ того отъ государства, становится по господствующему мнѣнію (см. Freund, *Police Power*, 1904, стр. 521) учрежденіемъ *publici juris*, т. е. публичнымъ должностнымъ лицомъ и, тѣмъ самымъ, начинаетъ мурмироваться государствомъ.

3. Контроль надъ распредѣленіемъ избирательныхъ округовъ.

Одно изъ наиболее важныхъ средствъ къ восстановленію равноцѣнности каждаго голоса въ избирательномъ процессѣ — къ чему современная демократія въ особенности должна стремиться — есть регулированіе избирательныхъ округовъ, недопущеніе того, чтобы путемъ «избирательной геометріи» (носящей въ Соединенныхъ Штатахъ названіе «*Gerrymander*»), путемъ неравенства избирательныхъ округовъ можно было въ одномъ округѣ существенно понизить удѣльный вѣсъ голоса отдѣльнаго избирателя, а въ другомъ округѣ, удаленномъ всего быть можетъ на нѣсколько километровъ, чрезмѣрно повысить его. Въ общемъ, почти во всѣхъ демократіяхъ проведено на-

чало, провозглашенное еще въ «Agreement of the People», что опредѣленному, повсюду одинаковому числу избирателей должно соотвѣтствовать одинаковое число представителей.

Совершенно радикальное рѣшеніе даетъ этой проблемѣ пропорціональное избирательное право. Введеніе послѣдняго было бы одновременно освобожденіемъ отъ территоріально-ограниченнаго избирательнаго округа. Это было бы освобожденіемъ сувереннаго народа отъ прикрѣпощенія къ землѣ. Такъ, уже Консидеранъ говоритъ: «Le procédé électoral véridique consiste à briser la glèbe, à laquelle est enchaîné l'électeur, c'est-à-dire à laisser le corps électoral former lui-même librement ses collègues. L'électeur est souverain dans l'exercice de son droit d'élection. N'enchaînez pas le souverain. Que tous les électeurs d'une même opinion puissent se réunir, se grouper et se choisir en proportion de leur nombre et de leur droit, les représentants qui leur conviennent, voilà le principe.» *)

Въ томъ же духѣ, но еще рѣзче, высказывается одинъ современный пропорціоналистъ (Karl Bürkli, Meine Proporzperle, Zürich, 1891, стр. 23): «Свобода выборовъ означаетъ отмѣну системы избирательныхъ округовъ, такъ называемой избирательной геометріи.

*) «Истинный избирательный процессъ состоитъ въ разрушеніи той крѣпостной зависимости отъ земли, къ которой прикованъ избиратель, т. е. въ предоставленіи избирательному корпусу свободно составляться изъ своихъ членовъ. Избиратель есть суверенъ въ осуществленіи своего избирательнаго права. Не связывайте суверена. Принципъ состоитъ въ томъ, чтобы всѣ избиратели одинаковаго мнѣнія могли соединяться, группироваться и выбирать пропорціонально своему числу и праву тѣхъ представителей, которые имъ понравятся.» (Пр. пер.)

Свободный избиратель не долженъ быть связанъ участкомъ, какъ отбывшій срокъ наказанія каторжанинъ. Необходима свобода передвиженія избирательной воли черезъ всю избирательную территорію, ѳмансипація или освобожденіе избирателя отъ избирательнаго округа. Подобно тому, какъ въ 30-хъ годахъ сословныя и профессиональныя группы, т. е., политическая власть породскихъ цеховъ была вынесена за стѣны городовъ въ мѣстныя группы, т. е. въ избирательные округа, такъ и теперь тѣсныя мѣстныя группы должны быть превращены въ широкія группы интересовъ, идей и мнѣній. Таковъ болѣе глубокой смыслъ пропорціональнаго представительства безъ избирательныхъ округовъ... Свободный избиратель долженъ имѣть возможность объединяться со своимъ единомышленникомъ безпрепятственно, на всемъ пространствѣ кантона, голосовать за того, кому онъ довѣряетъ и выбирать его въ совѣтъ. Кто не можетъ обойтись безъ помочей избирательнаго округа, тому не возбраняется голосовать внутри предѣловъ избирательнаго округа и искать своего представителя вкругъ своей колокольни; но пусть онъ тогда предоставитъ другимъ свободу выходить за предѣлы прихода, голосовать и выбирать любого жителя кантона.»

Это полное освобожденіе отъ территоріальной основы, которое въ странахъ съ пропорціональнымъ избирательнымъ правомъ превращается въ требованіе того, чтобы все государство превратилось въ одинъ избирательный округъ, не проведено еще даже въ Швейцаріи (см. Klöti, стр. 211). Это требованіе имѣло въ результатъ одно важное опредѣленіе, — опредѣленіе, которое встрѣчается, на примѣръ, въ конституціонномъ правѣ кантона Тессинъ, — оно уста-

новило въ конституціонномъ порядкѣ най-
высшее число избирательныхъ округовъ и наимень-
шее число народныхъ представителей, приходящихся
на одинъ избирательный округъ.

Въ штатахъ Сѣверной Америки введены еще дру-
гія средства борьбы съ избирательной геометрией. Та-
ково, напр., т. наз. «автоматическое распредѣленіе из-
бирательныхъ округовъ.» Конституція устанавливаетъ
коэффициентъ представительства, т. е. число депута-
товъ, приходящихся на опредѣленное число населенія,
это число автоматически растетъ съ каждой народной
переписью. Обыкновенные суды наблюдаютъ за тѣмъ,
чтобы государственные органы, вѣдающіе это дѣло
(законодательная власть), поступали согласно консти-
туціи (см. Reinsch, цит. соч. стр. 208 слл.; таковы
напр. Мичиганъ, Висконсинъ и Индіана. Въ послѣд-
ней верховный судъ объявилъ: «The legislature has
no discretion to make an apportionment in disregard
of enumeration of inhabitants authorized to vote, as
provided for in the Constitution.» *)

Въ нѣкоторыхъ штатахъ Сюза (напр., въ Вир-
гиніи) съ тою же цѣлью предписывается, чтобы из-
бирательные округа были сплошными (compact) и что
въ случаѣ, если избирательный округъ состоитъ изъ
двухъ или трехъ графствъ, они не должны быть
раздѣлены графствами, принадлежащими къ другому
избирательному округу (см. Stimson, American Statue
Law, I, стр. 218).

Большинство только что приведенныхъ средствъ
къ устраненію послѣдствій неограниченнаго господ-

*) «Законодательная власть не вправѣ произвести
распредѣленіе въ несоотвѣтствіи съ предусмотрѣн-
нымъ въ конституціи числомъ имѣющихъ право го-
лоса жителей.» (Пр. пер.)

ства большинства можетъ найти примѣненіе во всѣхъ трехъ формахъ демократіи. Но нѣкоторыя изъ этихъ средствъ обусловлены своеобразіями той или иной формы демократіи. Такъ, напр., пропорціональные выборы лучше всего могутъ преуспѣвать въ Швейцаріи, primary laws суть слѣдствіе господства партій въ Соединенныхъ Штатахъ. Тамъ, гдѣ партіи дѣйствительно господствуютъ, т. е. черезъ посредство высшихъ учрежденій государства существенно вліяютъ на управленіе государствомъ и на правительство, какъ, напр., въ Соединенныхъ Штатахъ, тамъ рѣчь главнымъ образомъ идетъ о томъ, чтобы это господство партій подчинить контролю государственнаго законодательства. Иначе дѣло обстоитъ въ Швейцаріи, гдѣ партіи, правда, существуютъ, но гдѣ нѣтъ того смѣняющагося господства партій, при которомъ у кормила государственной власти становится то одна, то другая партія. Тутъ нѣтъ government by party, господства партій (Lowell, Government and Parties, II стр. 297). Здѣсь было бы возможно допустить въ высшія учрежденія рядомъ съ представителями большинства также и представителей меньшинства.

III. Право избраннаго.

1. Современная демократія, которая преимущественно означаетъ господство народа черезъ посредство парламентскаго избирательнаго права, имѣетъ сильную склонность превратить отношенія избраннаго къ избирателямъ въ форму отношеній порученія, мандата. Императивный мандатъ, т. е. воззрѣніе, по которому избранный является только рупоромъ своихъ избирателей, коренится повидимому въ существѣ современной демократіи. Гдѣ непосредственная

демократія ввела пропорціональное избирательное право, тамъ представляется необходимымъ слѣдствіемъ признаніе партій должностными лицами (Funktionäre) государства (партійные списки, партійные кандидаты какъ единственные кандидаты въ представители), и превращеніе отношеній избраннаго къ избирателямъ въ императивный мандатъ. Ибо если избранный могъ бы независимо отъ всякой партійной программы представлять также интересы другихъ партій, то этимъ была бы уничтожена вся цѣль пропорціональнаго избирательнаго права, которая именно въ томъ и состоитъ, чтобы обезпечить представительство всѣмъ интересамъ а въ томъ числѣ и интересамъ меньшинства. Если это все же не наблюдается въ Швейцаріи, то это объясняется отсутствіемъ партійнаго духа въ смыслѣ жажды партійнаго господства. Но кромѣ того, конечно, народъ располагаетъ необходимымъ контролемъ надъ плохимъ представительствомъ своихъ интересовъ въ видѣ референдума (см. объ этомъ Lilian Toran'a въ введеніи къ *Deploige, Referendum in Switzerland, 1898*, стр. 26).

Но тамъ, гдѣ господство партій вполне признано, какъ, напр., въ Соединенныхъ Штатахъ, тамъ господствуетъ и императивный мандатъ. Пропорціональные выборы и партійныя собранія — *primaries* (см. выше) — дѣйствуютъ также въ этомъ направленіи. Поэтому императивный мандатъ и признанъ здѣсь категорически въ конституціяхъ нѣкоторыхъ штатовъ Союза. А именно, онѣ предоставляютъ гражданамъ основное право собираться съ другими, чтобы наставлять, и н с т р у и р о в а т ь партійныхъ кандидатовъ, значить въ особенности, народныхъ представителей («the citizens have a right in a peaceable manner to assemble together for

the common good, tho instruct their representatives» *), таковы, напр., конституція 1857 г. Bill of rights Art. 18, Теннеси 1870 г., I, § 23; Арканзасъ 1864 г., II, § 20; далѣе Нью-Гэмпширъ, Массачузетсъ, Мэнъ, Вермонтъ, Нью-Джерсей, Огіо, Индіана, Иллинойсъ, Мичиганъ, Іова, Западная Виргинія, Сѣверная Каролина, Калифорнія, Невада, Флорида, Аризона, Орегонъ).

Въ парламентарной республикѣ, гдѣ также имѣется господство партій, но гдѣ оно проявляется за официальными кулисами, тамъ тоже имѣется императивный мандатъ, какъ, напр., во Франціи (см. Эсмень, стр. 354). Но подобно тому, какъ здѣсь официально неизвѣстны праву самыя партіи, такъ и фактически существующій императивный мандатъ не только не признанъ правомъ, но категорически запрещенъ и объявленъ «ничтожнымъ» (см. Loi organique 30 ноября 1875 г., ст. 13).

2. Избранный народный представитель получаетъ во всѣхъ демократіяхъ суточное довольствіе или опредѣленное жалованье. Именно демократія больше всего заинтересована въ привлеченіи наиболѣе дѣльныхъ лицъ въ депутаты, ибо она не ограничена, да и не должна быть ограничена въ выборахъ ни рангомъ, ни классовыми различіями. На этомъ основаніи отцы союзной конституціи, первой конституціи, введшей современныя діэты народнымъ представителямъ (о старыхъ англійскихъ діэтахъ см. мое Engl.Staatsrecht, I, стр. 271 слл., 339 слл.), высказались противъ англійскаго прообраза, не признающаго и нынѣ такихъ діэтъ, и за введеніе суточнаго довольствія (см. Baldwin, Modern Political institutions, 1898, стр. 325 сл.).

*) «Граждане имѣютъ право собираться мирнымъ образомъ для общаго блага съ цѣлью давать наставленія своимъ представителямъ.» (Пр. пер.)

Необходимымъ ограниченіемъ демократической законодательной власти, могущей стать слишкомъ щедрой, является то опредѣленіе нѣкоторыхъ штатовъ Союза, по которому выдаваемое народнымъ представителямъ вознагражденіе не должно быть ни увеличено, ни уменьшено на пользу или во вредъ установившимъ это вознагражденіе (сюда относятся Мэнъ, Коннектикутъ, Огайо, Индіана, Іова, Миннезота, Делаваръ и др.). Въ четырехъ штатахъ вознагражденіе вообще не можетъ быть увеличено (Пенсильванія, Виргинія, Арканзасъ, Невада), въ двухъ штатахъ оно не можетъ быть измѣнено простымъ закономъ (Монтана и Тексасъ). Аналогичное опредѣленіе имѣется также въ Кубъ (ст. 52), Панамъ (ст. 61), Сальвадоръ (ст. 67, п. 19), Венецуэлъ (ст. 45) и Мексикъ (ст. 120), гдѣ кромѣ того установлено, что нельзя отказываться отъ вознагражденія, далѣе Колумбіи (ст. 112) и др. Въ Бразиліи (очевидно по португальскому образцу) конституція опредѣляетъ, что жалованіе (subsídio) народнаго представителя или сенатора устанавливается въ концѣ періода легислатуры на слѣдующій періодъ (ст. 22).

§ 7.

Средства контроля надъ законодательной властью, въ особенности референдумъ.

І. Средства контроля вообще.

Изъ природы демократическаго народнаго представительства, какъ собранія уполномоченныхъ народа, слѣдуетъ, что довѣритель, народъ, долженъ располагать средствами контроля надъ уполномоченнымъ, т. е. законодательною властью. Каждая изъ трехъ формъ

демократіи развила свои особыя, специфическія средства контроля.

Гдѣ существуетъ ярко выраженное господство партій, какъ, напр., въ демократіи съ раздѣленіемъ властей, и гдѣ это господство въ особенности старается использовать присущую всякой демократіи склонность законодательства къ захвату государственной власти въ свои руки и тѣмъ угрожаетъ совершенно разрушить раздѣленіе властей, — тамъ контроль народа долженъ состоять въ тщательномъ надзорѣ за законодательной процедурой и въ особенности за парламентскимъ дѣлопроизводствомъ. Ибо партійное господство особенно охотно пользуется парламентскимъ дѣлопроизводствомъ для достиженія своихъ цѣлей.

Гдѣ господства партій нѣтъ, какъ въ непосредственной демократіи, — гдѣ избирательная борьба идетъ не за лицъ или установленіе ихъ господства, а за мѣропріятія, — тамъ нѣтъ и смысла устанавливать контроль народа при помощи порядка дѣлопроизводства законодательной власти. Гораздо лучше въ этомъ случаѣ, чтобы народъ утверждалъ установленныя законодательной властью мѣропріятія, либо чтобы народъ самъ приступалъ къ этимъ мѣропріятіямъ въ случаѣ замедленій со стороны законодательной власти. Словомъ, здѣсь умѣстенъ въ качествѣ народнаго контроля референдумъ. При ярко выраженномъ господствѣ партій и референдумъ потерялъ бы свое значеніе, ибо онъ точно такъ же оказался бы монополизированъ партіями, какъ и сама законодательная власть. Поэтому референдумъ не прививается въ Соединенныхъ Штатахъ (см. Meyer, Nominating Systems, стр. 460 слл.), хотя онъ и тутъ встрѣчается.

Парламентарная демократія точно также основана на колеблющемся подобно маятнику господствѣ партій. Вожди одной партіи покидаютъ свои государственные посты, чтобы уступить мѣсто вождямъ другой, враждебной имъ партіи. — что и предполагается при правильномъ господствѣ партій. Слѣдовательно, контроль надъ законодательной властью въ видѣ референдума здѣсь такъ же мало у мѣста, какъ въ демократіи съ раздѣленіемъ властей. Но и контроль посредствомъ фиксаціи порядка дѣлопроизводства и суженія принадлежащей легислатурѣ широты власти при установленіи *modus procedendi* противорѣчитъ государственной формѣ, усматривающей въ парламентѣ высшаго представителя сувереннаго народа. Поэтому предложеніе, сдѣланное Ваддингтономъ въ 1893 г. во французскомъ сенатѣ, о предоставленіи права почина по финансовымъ дѣламъ правительству, было сочтено попыткой ограниченія не только парламента, но и сувереннаго народа (см. Bodley, *La France*, 2-ое изд. 1904 г., стр. 345). Парламентарная республика выработала третье средство контроля, это — обращеніе, апелляція къ народу путемъ исходящаго отъ главы государства роспуска народной палаты.

II. Контроль надъ законодательной властью посредствомъ порядка дѣлопроизводства.

1. Господство комитетовъ (*government by committee*).

Стремленіе демократической законодательной власти къ захвату всего въ свои руки, а въ особенности дѣлъ, относящихся къ исполнительной власти и управленію, стремленіе, отмѣченное уже «Fede-

ralist'омъ», — находить свое особо яркое выражение въ господствѣ парламентскихъ комиссій, сосредоточивающихъ, подобно государственнымъ учрежденіямъ, функции государственнаго управленія въ своихъ рукахъ, въ то время, какъ сами государственныйя учреждения становятся въ подчиненное положеніе и исполняютъ только порученія парламентскихъ комитетовъ. Это господство комитетовъ встрѣчается не только въ Соединенныхъ Штатахъ и въ легислатурахъ отдѣльныхъ штатовъ Союза, но и въ непосредственной и парламентарной демократіяхъ. Въ непосредственной демократіи это господство существуетъ уже потому, что въ основѣ ея конституціи лежитъ перевѣсъ законодательной власти надъ исполнительной. Въ парламентарной демократіи оно было бы невозможно, если бы въ ней былъ полно проведенъ англійскій типъ, по которому министры и члены парламентскихъ комиссій должны сотрудничать какъ равноправные члены и вносить свои предложенія въ парламентъ, остающійся при всякихъ условіяхъ *dominus negotii*. Фактически, однако, и во Франціи выработалось подчиненіе министровъ парламентскимъ комиссіямъ и въ особенности парламентской бюджетной комиссіи, фактъ, которому выдающійся финансовый политикъ Леонъ Сэ далъ слѣдующее выраженіе: «Бюджетная комиссія считаетъ себя самымъ правительствомъ, а министровъ своими докладчиками.»

Фактъ существованія во Франціи комитетскаго господства вполне правильно ставятъ въ связь съ системою бюро (Bodley, цит. соч., стр. 338). Палата депутатовъ каждый мѣсяць дѣлится на 11 бюро по жребію. Каждое бюро даетъ одного члена комиссіи. Благодаря этому составленіе бюро предоставлено случаю и общимъ правиломъ является то, что министръ

не участвуетъ въ дѣятельности комиссіи; такое исключеніе министра было бы невозможно въ Англіи, по крайней мѣрѣ для важнѣйшихъ комиссій. Французскіе авторитеты усматриваютъ въ этомъ (см. Pierre, № 711 слл.) главное различіе между англійскимъ и французскимъ парламентаризмомъ.

Система бюро является, однако, плодомъ французской революціи и съ тѣхъ поръ тамъ удержалась. Если глубже вдуматься, то окажется, что вообще система комитетовъ, какъ она выше обрисована, является продуктомъ революціи. Американское господство комитетовъ также ставится въ связь съ распространеніемъ пуританскихъ революціонныхъ идей (см. Jameson, Political Science Quarterly IX, стр. 246—267). Уже ранѣе англійскій парламентъ пытался сосредоточить въ рукахъ комитетовъ все управленіе государствомъ, такъ что Карль I счелъ себя вынужденнымъ энергично протестовать противъ этого («We are not ignorant how much that House hath of late years, endeavoured to extend their Privileges, by setting up General Committees, for Courts of Justice, for Trade, and the like; a course never heard of till of late» *): заявленіе Карла I въ засѣданіи нижней палаты 10 марта 1629 г., см. мое Engl. Staatsrecht, I, стр. 542). Этотъ модусъ сохранился и во время пуританской революціи при Кромвелѣ; этимъ путемъ, при помощи коллегіальнаго строя, надѣялись ограничить произволь отдѣльнаго чиновника (см. Jenks, Constitutional Experi-

*) «Намъ не безъизвѣстно, насколько эта палата стремилась за послѣдніе годы расширять свои привилегіи, создавая генеральные комитеты по дѣламъ судебнымъ, торговымъ и другимъ, — приемъ, о которомъ приходилось слышать только въ самое послѣднее время.» (Пр. пер.)

ments, 1649—1660, стр. 11 сл.). Изъ Англии эта идея управленія черезъ посредство парламентскихъ комиссій перешла въ Новую Англию, гдѣ она осуществлена уже съ давнихъ временъ. Въ нынѣшнемъ конгрессѣ, какъ въ сенатѣ, такъ и въ палатѣ представителей, имѣется большое число постоянно функционирующихъ комитетовъ (въ послѣдней около 50 постоянныхъ комитетовъ), въ которыхъ выступаютъ министры, не имѣющіе права засѣдать въ конгрессѣ, даютъ отчеты и объясненія, получаютъ директивы и т. д. Это и есть раскритикованное Вудро Вильсономъ «Congressional Government», — управление конгресса (см. его книгу подъ заглавіемъ Congressional Government, Boston 1887, и Bryce, American Commonwealth, I, Ch. XV). Историческій опытъ, однако, указываетъ, что такое управленіе черезъ комитеты свойственно — и должно быть свойственно — всякой демократіи. На этой почвѣ господство партій въ Соединенныхъ Штатахъ достигло безграничной силы. Ему все подвластно. Спикеръ, организующій комитеты, председатели комитетовъ — это все партійные вожди, такъ что вся законодательная власть безраздѣльно подчиняется партійному господству. Это вѣрно не только по отношенію къ конгрессу, но и для законодательныхъ властей отдѣльныхъ штатовъ Союза (см. Reinsch, цит. соч. ch. V). Поэтому контроль надъ законодательною властью долженъ здѣсь заключаться въ конституціонномъ контролѣ надъ порядкомъ парламентскаго дѣлопроизводства.

2. Конституціонный контроль надъ порядкомъ дѣлопроизводства.

Прежде всего въ цѣломъ рядѣ штатовъ конституціи устанавливаютъ очень короткій срокъ продолжительности сессіи. Далѣе въ нѣкоторыхъ штатахъ

встрѣчается опредѣленіе о томъ, что парламенты должны собираться не ежегодно, но каждые 2 года, а то даже и каждые 4 года (Миссисиппи и Алабама) и только въ шести штатахъ предусмотрѣнъ ежегодный созывъ (какъ-то: Георгія, Массачузетсъ, Нью-Джерсей, Родъ-Айлэндъ, Нью-Йоркъ и Южная Каролина). Краткосрочность сессіи достигается въ нѣкоторыхъ штатахъ тѣмъ, что діэты уплачиваются только за опредѣленное число сессіонныхъ дней. Такъ, напр., по конституціи Теннеси уплачивается только за 75 дней, въ Техасѣ — только за 60 дней. Въ Делаварѣ, Флоридѣ, Индіанѣ, Кентукки, Луизианѣ и др. сессія вообще можетъ продолжаться только 60 дней, въ Алабамѣ, Георгіи, Канзасѣ и Невадѣ — 50 дней, въ Южной Каролинѣ и Уомингѣ — всего 40 дней. Этими двумя средствами, краткосрочностью и рѣдкостью сессіи, стараются предохранить законодательную машину отъ слишкомъ поспѣшной работы.

Рядъ другихъ конституціонныхъ предписаній еще подробнѣе регулируетъ порядокъ дѣлопроизводства. Такъ, напр., нѣкоторыя конституціи предписываютъ, что законъ, творящій новое право (въ противоположность голому указу законодательной власти: *ordipance*), долженъ содержать особую статью о приведеніи закона въ дѣйствіе — *enacting clause*. Это должно служить препятствіемъ правотворчеству законодательной власти путемъ простыхъ резолюцій, въ обходъ губернаторскаго вето. Другое предписаніе конституцій гласитъ, что законъ не можетъ регулировать больше одного, указаннаго въ заглавіи предмета. Этимъ предписаніемъ, особенно предписаніемъ о заглавіи, достигается то, что публика обращаетъ вниманіе на значеніе билля. Предписаніе о томъ, что только одинъ предметъ можетъ быть регулированъ

закономъ, сталкивается съ такъ наз. Log-rolling законодательной власти, т. е. съ соединеніемъ совершенно разнородныхъ нормъ въ одинъ законъ, съ цѣлью примиренія различныхъ интересовъ, представители которыхъ только путемъ такого компромисса и могутъ голосовать за данный законъ. Такое log-rolling есть самое грубое вырожденіе демократической «общей воли», *volonté générale*. Рядъ конституцій (какъ-то: Арканзаса, Сѣверной Дакоты, Пенсильваніи, Уоминга, Вашингтона и др.) требуетъ, чтобы ни одинъ законъ не могъ быть исправленъ вносимыми поправками настолько, чтобы этимъ была измѣнена его первоначальная цѣль. Это предписаніе препятствуетъ излюбленной практикѣ законодательныхъ палатъ въ такихъ размѣрахъ исправлять билль, что отъ первоначальнаго билля остается только enacting clause и можетъ быть еще вводящее въ заблужденіе заглавіе. Чтобы воспрепятствовать легкомысленной законодательной работѣ, запрещается при ссылкѣ на прежде изданный законъ ограничиться голымъ цитированіемъ заглавій и параграфовъ законовъ, а слѣдуетъ при такой ссылкѣ точно указать на произведенное по отношенію къ существующему праву измѣненіе. Во избѣжаніе излишняго накопленія биллей въ послѣдніе дни сессіи, когда законодательный корпусъ старается по возможности скорѣе проголосовать ихъ, нѣкоторыя конституціи предписываютъ, что билли должны быть вносимы къ извѣстному сроку по открытіи сессіи. Этотъ промежутокъ времени равенъ, напр., въ Колорадо 30 днямъ послѣ начала сессіи, въ Калифорніи — 50 днямъ; Мэрилэндъ и Вашингтонъ запрещаютъ внесеніе биллей въ послѣдніе 10 дней сессіи и т. д. Аналогичныя предписанія имѣются и въ конституціяхъ Миннезоты и Индіаны. Въ послѣдней за-

прещается передавать губернатору билль съ цѣлью возможнаго наложенія имъ вето черезъ 2 дня по закрытіи сессіи, въ первой запрещается проводить билль въ день закрытія сессіи.

28 конституцій предписываютъ, что три чтенія законопроекта должны происходить въ 3 различныхъ дня. Часто встрѣчается предписаніе, что третье чтеніе билля можетъ и не состояться, если за него высказываются и такъ $\frac{2}{3}$ — $\frac{4}{5}$ присутствующихъ членовъ. Но въ нѣкоторыхъ штатахъ третье чтеніе должно быть рѣшающимъ, оно становится излишнимъ только въ случаѣ единогласнаго рѣшенія палаты.

Какъ далеко можно пойти въ дѣлѣ ограниченія порядка дѣлопроизводства, показываетъ опредѣленіе конституціи Нью-Йорка (ст. 3, разд. 15):

«Ни одинъ билль не можетъ пройти или стать правомъ, если онъ по крайней мѣрѣ за 3 дня до окончательнаго своего принятія не будетъ отпечатанъ и положенъ въ послѣдней редакціи на пюпитрѣ каждаго депутата, — развѣ только губернаторъ или его замѣститель засвидѣтельствуетъ своею подписью и приложеніемъ печати штата необходимость немедленнаго прохожденія билля. При послѣднемъ чтеніи билля не могутъ быть внесены никакія поправки.»

Конституція Кентукки 1891 г. точно также предписываетъ предварительное печатаніе билля. Во избѣжаніе затяжекъ во всесильныхъ комитетахъ эта же конституція предписываетъ, что въ случаѣ, если комитетъ запоздаетъ представленіемъ доклада по какому-либо мѣропріятію (т. н. report), то каждый членъ палаты имѣетъ право обратитъ на эту мѣру вниманіе палаты и вызвать пренія. Въ Миссури и Кентукки каждое прохожденіе билля сопровождается формальнымъ актомъ, подписью предсѣдателя па-

латы. Эта подпись до известной степени удостоверяетъ фактъ правильнаго прохожденія билля. Въ Миссури каждый членъ палаты можетъ протестовать противъ такого удостовѣренія, и если его поддерживаютъ еще четыре члена, то этотъ протестъ долженъ быть занесенъ въ протоколъ преній. Чтобы воспрепятствовать прохожденію билля при участіи меньшинства палаты, конституціи обыкновенно устанавливаютъ, что для окончательнаго принятія билля за него должно голосовать большинство избранныхъ членовъ (въ Кентукки даже $\frac{2}{5}$ избранныхъ членовъ). Нѣкоторыя конституціи требуютъ, чтобы въ протоколъ преній были занесены всѣ голосовавшіе за и противъ, другія конституціи постановляютъ, что такое занесеніе должно послѣдовать только по предложенію одного члена. Самое радикальное ограниченіе, встрѣчающееся въ нѣкоторыхъ конституціяхъ, состоитъ въ томъ, что законодательству совершенно запрещено касаться нѣкоторыхъ отдѣльныхъ предметовъ. Конституція Южной Дакоты насчитываетъ такихъ предметовъ 45, конституція Вашингтона — 84, а конституція Сѣверной Дакоты даже цѣлыхъ 90 (см. Barthélémy, стр. 74).

Особыя предписанія имѣются относительно финансовыхъ и особенно бюджетныхъ законовъ (appropriation acts); такъ, напр., въ рядѣ штатовъ примѣняется система постоянныхъ апроприацій, назначеній, по которой нѣкоторыя статьи считаются всегда принятыми согласно конституціи (сюда относятся: Колорадо, Коннектикутъ, Иова, Миннесота, Нью-Гэмпширъ, Сѣверная Дакота, Южная Каролина, Вермонтъ, Западная Виргинія и Восконсинъ). Рядъ конституцій другихъ штатовъ, какъ-то: Алабамы, Арканзаса, Калифорніи, Пенсильваніи и др. требуетъ, чтобы бюджетный законъ содержалъ только обыкновенные рас-

ходы на государственныя учреждения и на государственный долгъ. Этимъ можно избѣгнуть особыхъ льготныхъ ассигнованій, «Liebesgaben», отдѣльнымъ мѣстностямъ или частнымъ корпораціямъ, которыхъ обыкновенно добиваются депутаты въ пользу своихъ избирателей, — злоупотребленіе, которое встрѣчается также и во Франціи (см. Bodley, цит. соч.). Общераспространенной конституціонной нормой въ связи съ уже указанной является та, по которой назначенія, предусматривающія другіе расходы (такъ наз. special appropriations), могутъ быть вотированы только особо, каждое въ видѣ отдѣльнаго закона. Конституція Миссури предписывала особый порядокъ преемства для отдѣльныхъ статей расхода бюджетнаго закона: по ранѣе помѣщенной статьѣ и ассигновка должна послѣдовать раньше.

Всѣ вышеприведенныя предписанія конституціи находятся подъ охраной обыкновенныхъ судовъ, и въ этомъ заключается дѣйствительная сила этихъ средствъ контроля.

III. Референдумъ.

Референдумъ есть средство привлечь народъ къ участию въ законодательствѣ безъ посредства представителей, т. е. путемъ народнаго голосованія. Онъ устроенъ такъ, что народъ, т. е. совокупность всѣхъ гражданъ, имѣющихъ избирательное право, вотируетъ постановленія, принятыя законодательнымъ корпусомъ, либо *ipso jure*, либо по требованію опредѣленнаго числа гражданъ или учрежденія.

1. Историческое развитіе (см. по этому поводу Th. Curti, *Geschichte der schweiz. Volksgesetzgebung*, Bern, 1882).

Въ Швейцаріи встрѣчаются первыя попытки референдума, которая, конечно, никогда бы не приняла формы современнаго народнаго законодательства, если бы имъ не пришли на помощь ученія и законодательство французской революціи. Въ ютдѣльныхъ швейцарскихъ кантонахъ (Ури, Швицъ, Объ-и Нидвальденъ, Цугъ, Гларусъ, обоихъ Аппенцеляхъ и др.) существовалъ уже въ сѣдой древности германской до-исторической эпохи суверенный народный органъ, совѣщательная и рѣшающая земская община — *Landsgemeinde*, состоявшая изъ активныхъ гражданъ-мужчинъ, принимавшая законы, обсуждавшая важнѣйшія дѣла и избиравшая кантональных чиновниковъ. Въ нѣсколько видоизмѣненной формѣ она сохранилась до сегодняшняго дня въ шести кантонахъ (перечисленныхъ выше, за исключеніемъ Цуга и Гларуса; см. объ этомъ Ruffel, *Die Schweizer Landsgemeinden*, 1903). И въ другихъ кантонахъ также существовалъ институтъ народнаго опроса по важнѣйшимъ дѣламъ. Иногда этотъ народный опросъ имѣлъ федеративную основу. Такъ, напримѣръ, въ Валлисѣ существовало 12 общинъ, каждая изъ которыхъ посылала своего посла на общее собраніе кантона. Но это общее собраніе не могло само издавать законы, его постановленія черезъ посредство пословъ должны были подвергнуться санкціи общинъ, что и называлось *ad referendum*, — выраженіе, свойственное дипломатическому стилю того времени. Подобныя отношенія имѣлись также и въ Граубинденѣ, представлявшемъ союзъ общинъ. Въ этой государственной практикѣ мы можемъ усмотрѣть первые корни референдума, которые настолько укрѣпились въ сознаніи швейцарскаго народа, что уже Фатіо, Михели въ Женевѣ и Генци въ Бернѣ въ началѣ 18-го столѣтія отстаивали аналогичный институтъ народнаго опроса.

На исходѣ 18-го столѣтія вмѣстѣ съ французскимъ оружіемъ утвердились и французскія революціонныя идеи. Во Франціи подъ вліяніемъ американскаго прообраза и дальнѣйшаго развитія идей Руссо конвентъ принялъ 21 сент. 1792 г. слѣдующее рѣшеніе: всякая конституція должна быть принята народомъ. Что здѣсь сказалось именно вліяніе Руссо, доказываютъ слова Кутона въ томъ же засѣданіи (*Moniteur, Reimpr. XIV, стр. 6 сл.*): «Мы собраны здѣсь со всѣхъ концовъ государства для того, чтобы составить проектъ общественнаго договора, *contrat social*; я говорю только о проектѣ, потому что полагаю, что всѣ опредѣленія конституціи должны быть санкціонированы народомъ.» Впослѣдствіи Кондорсэ разработалъ отъ имени Жиронды проектъ конституціи (февраль 1793 г.), проводившій различіе между законами и декретами, принимаемыми представительнымъ корпусомъ. Только тѣ законы, предметы коихъ были подробно перечислены въ проектѣ, должны были быть поданы народу для «цензуры», эта послѣдняя и осуществлялась народомъ, если онъ считалъ эти законы противорѣчащими народной волѣ. Декреты-же являлись окончательными рѣшеніями законодательной власти. Конституція партіи Горы, дополнившая проектъ Кондорсэ, — но, впрочемъ, никогда не проведенная на практикѣ, несмотря на принятіе ея народомъ — приписывала народу право протеста, «*réclamation*», который долженъ былъ быть заявленъ въ теченіе 40 дней по опубликованіи закона; впрочемъ эта рекламация имѣла силу только тогда, если была заявлена въ $\frac{1}{2} + 1$ всѣхъ департаментовъ по крайней мѣрѣ $\frac{1}{10}$ всѣхъ избирательныхъ собраній cadaго департамента. По воспослѣдованіи этой рекламации всеобщее народное голосованіе окончательно рѣшало о принятіи или непринятіи закона.

Эта цензура или рекламация есть не что иное, какъ то, что нынѣ называется вето посредствомъ референдума — *Referendum veto*. Héault de Séchelles, которому пришлось обосновывать введение этого института, сказалъ, что цѣлью его является излѣчение отъ маніи фабрикаціи законовъ, которая можетъ погубить самое законодательство (*Moniteur, Réimpr. XXVI, стр. 617*). Конечно, онъ при этомъ ясно сознавалъ, что съ введеніемъ этого института Франція теряетъ свою чисто представительную конституцію и вступаетъ на путь непосредственной демократіи («*c'est que la constitution française ne peut pas être exclusivement appelée représentative, parce qu'elle n'est pas moins démocratique que représentative*» *) Школа Гракха Бабефа развила во Франціи еще далѣе ученіе о референдумѣ, она раскрыла всѣ формы народныхъ рѣшеній, такъ что она ближе всего подошла къ нынѣшней непосредственной демократіи. Подъ давленіемъ и вліяніемъ этихъ идей Швейцарія и подвергла народному голосованію свою конституцію 20-го мая 1802 года. Проектъ этой конституціи былъ составленъ нотаблями и предложенъ на утвержденіе всѣмъ гражданамъ старше 20 лѣтъ. Голосованіе происходило въ общинахъ, и голосующіе могли въ теченіе 4 дней записываться за или противъ въ реестрахъ общинныхъ канцелярій. Неголосующіе причислялись къ принимающимъ проектъ. Такъ въ первый разъ въ Швейцаріи происходило голосованіе съ индивидуальнымъ подсчетомъ на мѣстѣ жительства безъ того, чтобы одновременно собираться въ одномъ мѣстѣ и

*) «Французская конституція не можетъ быть названа исключительно представительною, потому что она является не менѣ демократическою, нежели представительною.» (Пр. пер.)

одновременно голосовать, какъ это имѣло мѣсто при системѣ Landsgemeinde. Въ этомъ пунктѣ можно ясно отмѣтить то, чѣмъ швейцарскій референдумъ обязанъ родинѣ и чѣмъ — Франціи.

Въ отдѣльныхъ кантонахъ референдумъ былъ введенъ лишь значительно позже. Раньше всего въ качествѣ вето противъ законовъ онъ былъ введенъ въ кантонѣ С.-Галленъ въ 1830/31 г., за нимъ слѣдуютъ Базель — городъ въ 1832 г., Валлисъ въ 1839 г., Люцернъ въ 1841 г. Кантонъ Ваадтъ ввелъ въ 1845 г. факультативный референдумъ, однако съ тѣмъ ограниченіемъ, что онъ могъ исходить только отъ большого совѣта, а не отъ отдѣльныхъ гражданъ. Въ какой сильной степени здѣсь сказывались идеи Бабефа, доказывается современниками (см. цитату изъ книги историка Vulliamin у Курти, стр. 150). Въ теченіе времени отъ 1848 г. до 1870 г. всѣ кантоны кромѣ Фрейбурга ввели у себя референдумъ въ той или иной формѣ. Въ 1874 г. союзная конституція ввела факультативный референдумъ (см. ст. 89), а въ 1891 г. была введена уже народная инициатива для частичныхъ пересмотровъ конституціи (Partialrevisionen) (см. ст. 121).

2. Формы референдума суть:

а) Вето.

Если въ теченіе установленнаго конституціей промежутка времени опредѣленное число гражданъ заявитъ протестъ противъ принятаго законодательною властью закона, то этотъ законъ подвергается народному голосованію. Лицъ, воздержавшихся отъ голосованія, причисляютъ къ лицамъ, голосующимъ за законъ. Вето есть только переходная форма къ референдуму въ собственномъ смыслѣ и поэтому почти повсюду исчезло въ Швейцаріи.

в) Референдумъ.

О конституціонномъ референдумѣ мы уже выше говорили (§ 3). Законодательный референдумъ отличается отъ вето тѣмъ, что онъ по отношенію къ закону имѣетъ не только кассационное значеніе, но что онъ требуется еще и для усовершенствованія закона. Вето противостоитъ готовому закону, референдумъ — только законопроекту. При референдумѣ голоса подсчитываются только за и противъ. Различаютъ двѣ формы референдума, обязательный и факультативный. При первомъ всѣ акты законодательной власти, отмѣченные конституціей (законы, договоры, финансовыя постановленія, декреты), должны быть подвергнуты народному голосованію. При послѣднемъ народное голосованіе должно послѣдовать только тогда, когда того потребуетъ опредѣленное конституціей число гражданъ (какъ, напр., въ Базелѣ — городѣ, С.-Галленѣ и Цугѣ). Швейцарія представляетъ въ этомъ отношеніи слѣдующую интересную картину (Schollenberger, I, стр. 66 сл.):

Предметомъ референдума являются въ цѣломъ рядъ кантоновъ только законы въ матеріальномъ смыслѣ, т. е., содержащія юридическія нормы, сюда относятся: Ааргау, Аппенцель-Иннерроденъ, оба Унтервальдена. Въ другихъ кантонахъ (какъ-то: Аппенцель-Ауссерроденъ, Люцернъ, Шаффгаузенъ и Цюрихъ) референдуму подлежатъ также и договоры. Но иногда народному голосованію подвергаются также и простыя рѣшенія (постановленія) законодательной власти, если предметы этихъ постановленій категорически перечислены въ конституціи (какъ, напр., въ конст. Граубиндена, ст. 2, п. 5: «постановленія Большого Совѣта, коими вводятся новыя кантональныя учрежденія»), или-же если они обязательны и ка-

саются всѣхъ, но не спѣшны (сюда относятся Нейенбургъ, С.-Галленъ, Тессинъ, Цугъ). Особый родъ постановлений составляютъ т. н. финансовыя постановленія, имѣющія своимъ предметомъ финансы государства. Въ видѣ обыкновенныхъ финансовыхъ постановлений они касаются бюджета и смѣты, въ видѣ чрезвычайныхъ финансовыхъ постановлений они касаются налоговъ, чрезвычайныхъ расходовъ, государственныхъ имуществъ, государственныхъ займовъ. Если эти финансовыя постановленія подвергаются референдуму, то говорятъ о финансовомъ референдумѣ. Бюджетъ нынѣ нигдѣ не утверждается народомъ (ранѣе это имѣло мѣсто въ Ааргау и Бернѣ). Финансовый референдумъ въ той или иной формѣ встрѣчается во всѣхъ кантонахъ за исключеніемъ кантоновъ: Базеля — города, С.-Галлена, Нейенбурга и Союза. Въ Валлисѣ имѣется только финансовый референдумъ. Кромѣ только что перечисленныхъ предметовъ, законодательныя собранія могутъ сами отъ себя подвергнуть еще и другіе предметы референдуму, какъ это предусматрѣно конституціями девяти кантоновъ (Ааргау, Граубинденъ, Люцернъ, Шаффгаузенъ, Швицъ, Золотурнъ, Тургау, Ваадтъ и Цюрихъ).

Что касается рода референдума, то въ цѣломъ рядѣ кантоновъ существуетъ только факультативный референдумъ, а именно въ Базель — городъ, Люцернъ, С.-Галленъ, Тессинъ и Цугъ.

Другіе кантоны ввели рядомъ съ факультативнымъ и обязательный референдумъ, какъ-то: Швицъ, Ури и Ваадтъ. Во всѣхъ трехъ кантонахъ обязательный финансовый референдумъ. Въ Ури и Швицѣ обязательный также и референдумъ по поводу законовъ въ собственномъ смыслѣ, по остальнымъ постановленіямъ референдумъ факультативенъ. Во всѣхъ осталь-

ныхъ кантонахъ существуетъ только обязательный референдумъ, за исключеніемъ Фрейбурга, гдѣ референдума вообще нѣтъ, и Валлиса, гдѣ имѣется только финансовый обязательный референдумъ.

Иногда въ конституціяхъ (напр. въ конст. С.-Галлена и Шаффгаузена) предусмотрѣнъ родъ предварительнаго голосованія, т. е. предварительный опросъ народа о томъ, должны ли быть положены въ основу будущаго закона тѣ или иные принципы. Это есть референдумъ «для обсужденія», мы еще встрѣтимся съ нимъ ниже, когда рѣчь пойдетъ о Соединенныхъ Штатахъ.

с) народная инициатива — новѣйшій отпрыскъ референдума, есть право извѣстнаго числа гражданъ сдѣлать починъ опроса народа по опредѣленному предмету. Народная инициатива имѣетъ три формы. Первая форма состоитъ: 1) въ побужденіи законодательной власти къ тому, чтобы она предложила народу извѣстный законопроектъ и, 2) въ случаѣ отказа законодательной власти въ правѣ организовать народный опросъ о томъ, слѣдуетъ ли законодательной власти разработать такой проектъ. Вторая, болѣе радикальная форма, состоитъ въ томъ, что предложившіе законопроектъ и инициаторы могутъ сами разработать проектъ и сами подвергнуть его народному голосованію. Третья, самая радикальная форма инициативы, встрѣчается въ общинахъ, *Landsgemeinden*, въ видѣ такъ называемаго «права предложенія» со стороны отдѣльнаго лица, имѣющаго право голоса. Въ Ури, обоихъ Унтервальденахъ, Гларусѣ, Аппенцелѣ, Иннерроденѣ, право предложенія предоставлено каждому отдѣльному правомочному члену кантона и поселившемуся въ кантонѣ не-члену по всѣмъ предметамъ общины, кромѣ конституцион-

наго законодательства (а въ Гларусѣ и Аппенцелъ-Ауссерроденѣ даже и безъ этого исключенія) (см. Ryffel, стр. 281).

d) Особымъ и въ высшей степени своеобразнымъ видомъ является вето противъ передачи общиною права законодательства въ Обвальденѣ. Здѣсь община, *Landsgemeinde*, можетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ передавать изданіе закона кантональному совѣту. Но если въ теченіе двухъ мѣсяцевъ послѣ обнародованія такого закона 400 лицъ, обладающихъ правомъ голоса, изъявятъ желаніе, чтобы этотъ законъ былъ предложенъ общинѣ, то исполненіе его пріостанавливается и самый законъ предлагается общинѣ на утвержденіе. Эта форма вето противъ делегации не есть факультативный референдумъ (какъ полагаетъ Schollenberger, I, стр. 70), ибо здѣсь дѣло идетъ не объ утвержденіи закона, необходимомъ для его усовершенствованія, но о полномъ правѣ возраженія противъ самого по себѣ готоваго закона (см. Ryffel, стр. 288 сл.).

Въ Соединенныхъ Штатахъ (см. объ этомъ Oberholtzer, *The Referendum in America*, 2. ed., 1900) законодательный референдумъ не нашелъ такого широкаго распространенія, какъ въ Швейцаріи, несмотря на то, что именно въ нихъ референдумъ въ качествѣ конституціоннаго референдума былъ осуществленъ гораздо раньше (стр. 31 сл.) и нынѣ такъ же широко распространенъ, какъ и въ Швейцаріи. Виновато въ этомъ упорство судовъ, настаивающихъ на принципѣ «*delegata potestas non delegatur*»*), т. е. на мнѣннн, будто власть, переданная конституціею зако-

*) «Делегированная власть не делегируется.» (Пр. пер.)

нодательной власти, не можетъ быть обратно передана народу, если только это не предусмотрено самой конституціею. Поэтому въ новѣйшее время цѣлый рядъ штатовъ категорически установилъ референдумъ въ конституціи. Въ 1898 году конституція Южной Дакоты была исправлена, такъ что нынѣ она предусматриваетъ народную инициативу и факультативный референдумъ. Этому примѣру послѣдовали Ута въ 1900 г., Орегонъ въ 1902 г. и Невада въ 1904 г. (см. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1906, стр. 63). Обычная власть губернаторскаго вето прекращается въ тотъ самый моментъ, какъ только законъ предложенъ народу на голосованіе (Конституція Орегона: «The veto power of the governor shall not extend to measures referred to the people»*), то же говоритъ и конст. Южной Дакоты). Слѣдуетъ во всякомъ случаѣ имѣть въ виду, что такое широкое распространеніе, какое референдумъ получилъ въ Швейцаріи, — гдѣ повсюду говорятъ о непосредственномъ народномъ законодательствѣ — было бы недопустимо въ Соединенныхъ Штатахъ уже потому, что оно противорѣчило бы какъ представительной формѣ демократіи, такъ и раздѣленію властей, послѣднему по той причинѣ, что референдумъ исключаетъ вето губернатора. Но и обязательный референдумъ, какъ единственная форма референдума, недопустимъ, ибо онъ противорѣчитъ представительной формѣ демократіи. Ибо, по мнѣнію верховнаго суда Орегона, высказанному въ 1903 г., введеніе референдума не должно ни суще-

*) «Власть губернаторскаго вето не должна распространяться на мѣропріятія, переданныя на голосованіе народа.» (Пр. пер.)

ственно измѣнять, ни устранять обычныя функціи трехъ властей. Наконецъ слѣдуетъ замѣтить, что въ Соединенныхъ Штатахъ законы, установленные путемъ референдума, не должны быть непременно отмѣнены тѣмъ же порядкомъ, для этого достаточно простого закона. Въ Швейцаріи это было бы невозможно по отношенію къ законамъ, установленнымъ путемъ обязательнаго референдума. Особой популярностью и покровительствомъ судовъ пользуется референдумъ для обсуждения, т. н. «*advisory referendum*». Такъ, напр., *public opinion law* штата Иллинойсъ, изданный въ 1901 г., опредѣляетъ, что 10% избирателей штата или 25% коммунальныхъ гражданъ коммунальнаго союза могутъ предложить народу какой-нибудь вопросъ внутренней политики (не больше трехъ сразу), чтобы узнать его мнѣніе по этому поводу. Въ Техасѣ и Калифорніи примѣняется такой же порядокъ.

Во Франціи уже неоднократно было сдѣлано предложеніе о введеніи законодательнаго референдума, но до сихъ поръ палата депутатовъ высказывалась противъ него — и даже противъ референдума «для обсуждения», — потому что это будто бы противорѣчитъ представительной конституціи (см. Esmein, стр. 348). Противъ этого, однако, высказывается Дюги, который, подобно американскимъ судамъ, считаетъ допустимымъ референдумъ «для обсуждения». — Во всякомъ случаѣ во Франціи референдумъ противорѣчилъ бы ст. 1, § 1 конституціоннаго закона 25 февр. 1875 г., гласящему: «законодательная власть осуществляетсяъ обѣими палатами, палатою депутатовъ и сенатомъ». Референдумъ довѣрилъ бы законодательную власть обѣимъ палатамъ и народнымъ избирателямъ.

IV. Парламентарная республика, особенно Фран-

ція, развила специфическое средство контроля надъ законодательной властью, въ видѣ права роспуска, предоставленнаго президенту республики по отноше- нію къ народной палатѣ. Это «droit de dissolution», право роспуска (см. объ этомъ книгу Matter, La dissolution des Assemblées Parlamentaires, 1898) явля- ется во всякомъ случаѣ неорганической составной частью всякой республики и до сихъ поръ не примѣнялось ни въ одной изъ нихъ. Поэтому во время обсужденія французскихъ конституціонныхъ законовъ депутатъ Vertauld и сказалъ: «Безотвѣтственность и право рос- пуска составляютъ часть королевскихъ правъ. Я ихъ вполне понимаю, если государственный суверенитетъ находить свое воплощеніе въ династіи.... Но въ принципѣ я не могу понять, какъ можно соединить де- мократію съ правомъ роспуска» (Journal officiel отъ 3 февр. 1875 г. цит. у Matter, стр. 100). Въ дѣйствитель- ности со временъ Локка принято считать роспускъ парламента частью прерогативъ монарха. Во Франціи постарались сгладить лежащую въ основѣ вышеприве- деннаго упрека истину тѣмъ, что осуществленіе пре- зидентомъ права роспуска обусловили согласіемъ сена- та. Отецъ парламентарной республики, Прево-Парадоль, далъ и этому свое обоснованіе (Nouvelle France, стр. 106): «Сенатъ можетъ представить прочную точку опоры для мнѣнія правительства въ тѣхъ именно случаяхъ, когда другая палата необдуманно захочетъ злоупотре- бить своею властью. Самое право роспуска будетъ осуществляться менѣе робко, если правительство бу- детъ пользоваться согласіемъ и помощью сената въ томъ, чтобы представить другую палату на судъ на- родныхъ избирателей, которымъ принадлежитъ по- слѣднее слово» («aux quels appartient le dernier mot»).

Но это средство не имѣетъ повидимому во Фран-

ціи большого значенія. Оно до сихъ поръ было осуществлено только одинъ разъ (въ 1877 году, см. Matter, стр. 117 слл.). Противъ противозаконнаго примѣненія права роспуска выступаетъ законъ 15 февр. 1872 г., который устанавливаетъ, что въ этомъ случаѣ тотчасъ же должны собраться генеральные совѣты департаментовъ и выбрать по 2 делегата отъ cadaго совѣта во временное собраніе, въ которое должны войти также остатки неправомѣрно распущенной законодательной власти. Оно считается правомочнымъ, если половина департаментовъ послала своихъ делегатовъ, и принимаетъ всѣ мѣры къ возстановленію порядка и особенно законодательной власти (см. 3 слл. этого закона).

V. Въ то время, какъ каждое изъ приведенныхъ средствъ контроля болѣе или менѣе отвѣчало спеціальному виду демократіи: конституціонный контроль надъ дѣлопроизводствомъ соотвѣтствовалъ демократіи съ раздѣленіемъ властей, референдумъ — непосредственной демократіи, *droit de dissolution*, право роспуска — парламентарной республикѣ, — контрольное средство, къ которому мы сейчасъ переходимъ, и которое принадлежитъ новѣйшему времени, встрѣчается во всѣхъ демократіяхъ въ болѣе или менѣе развитой формѣ, это есть такъ наз. право отозванія народомъ законодательнаго собранія.

Раньше всего идея о правѣ отозванія встрѣчается въ Соединенныхъ Штатахъ. Когда союзная конституція была подана на утвержденіе конвентамъ отдѣльныхъ штатовъ, то нашлись штаты, которые, будучи недовольны отдѣльными опредѣленіями проекта, предложили свои поправки къ нему. Часть этихъ поправокъ была затѣмъ принята, другая — нѣтъ. Къ поправкамъ, впослѣдствіи не принятымъ, относились двѣ поправки,

предложенныя Нью-Йоркомъ и Родъ-Айлэндомъ, по которымъ законодательнымъ камерамъ отдѣльныхъ штатовъ должно было быть дано право отозвать избранныхъ ими въ союзный конгрессъ сенаторовъ («and the legislatures of the respective states may recall their senators or either of them, and elect others in their stead, to serve the remainder of the time for which the senators so recalled were appointed,» *), см. поправки штата Нью-Йоркъ въ «Federalist» въ изд. Ford'a, стр. 645). Въ новѣйшее время отдѣльные города въ Соединенныхъ Штатахъ получили на основаніи статутовъ — charters — право отозванія одного или нѣсколькихъ городскихъ избирателей. Такое право съ 1903 г. получили Лосъ-Анджелось (въ Калифорніи) и др. города (см. Annals of the American Academy цит., стр. 69 сл.).

Такое же право отозванія избирателями цѣлыхъ законодательныхъ корпусовъ существуетъ въ кантонахъ Швейцаріи: Ааргау, Базель, Бернъ и Люцернъ.

Въ парламентарной демократіи отношеніе между избирателями и законодательной палатой регулируется неписанными нормами, конвенціональными правилами, подобно отношеніямъ между парламентомъ и министрами. Такъ, напр., во Франціи установился обычай, по которому избирательные комитеты, поддерживавшіе кандидатуру какого-нибудь лица, заблаговременно получаютъ отъ этого лица заявленіе объ отказѣ его отъ званія депутата. Если въ послѣдствіи избиратели недовольны своимъ представителемъ, это заявленіе объ отказѣ посылается комитетомъ предсѣдателю па-

*) «И законодательныя собранія соотвѣтственныхъ штатовъ въправѣ отозвать своихъ сенаторовъ или кого-либо изъ нихъ и избрать на ихъ мѣсто другихъ на остатокъ того срока, на который были избраны отозванные сенаторы.» (Пр. пер.)

латы депутатовъ (Эсмень, стр. 354). Въ 1896 г. въ палату депутатовъ поступило даже предложеніе даровать избирательному корпусу даннаго избирательнаго округа либо числу избирателей, превосходящему то число, которое въ свое время голосовало за депутата, право отозвать своего депутата (Journal officiel отъ 7 ноября палаты депутатовъ, стр. 1559).

§ 8.

Исполнительная власть.

I. Глава государства.

1. Организациа.

Основной догмой современной демократіи служить то положеніе, что во главѣ исполнительной власти, а также важнѣйшихъ государственныхъ учрежденій должно стоять по возможности не одно лицо, а совокупность нѣсколькихъ лицъ, потому что одно лицо можетъ стать опаснымъ для народной свободы, между тѣмъ какъ коллегія, или лучше, ея отдѣльные члены, стоя во главѣ исполнительной власти, взаимно ограничиваютъ другъ друга. Съ этимъ началомъ выступало уже ученіе Кальвина о государствѣ, которое, какъ мы знаемъ, представляетъ изъ себя одинъ изъ корней современной демократіи. Въ своей «Institution chrétienne» (IV, XX, 8) Кальвинъ говоритъ, что онъ предпочитаетъ ту форму правленія, при которой нѣсколько правителей совместно отправляютъ свою должность, взаимно поддерживая другъ друга, такъ, что если одинъ изъ нихъ возносится слишкомъ высоко, другіе становятся какъ бы его цензорами и господами («où plusieurs gouvernants ensemble, aidant les uns aux autres, s'avertissent de leur office, de sorte,

que si quelqu'un s'élève trop haut, les autres lui soient comme censeurs et maîtres»).

Этотъ принципъ проникъ въ реформированную церковную конституцію, а съ ней и въ міръ идей пуританской революціи. Такъ, напр., Оливеръ Кромвель (см. мое Engl. Staatsrecht II, стр. 112) говоритъ: «Въ виду того, что тамъ, гдѣ правленіе принадлежитъ одному лицу, это лицо мнитъ себя судьей закона и внѣ предѣловъ права насильственно притѣсняетъ всякаго по своему усмотрѣнію, заключая одного въ тюрьму, требуя отъ другого денегъ, отнимая по возможности у третьяго и свободу, и деньги.... я предпочитаю одноголовой исполнительной власти многоголовую». Въ томъ же идейномъ направленіи идетъ и законъ 17 марта 1648 г., отмѣнившій въ Англіи королевство: «And whereas it is and hath been found by experience that the Office of a king in this Nation... and to have the power thereof in any single person, is unnecessary, burthensom and dangerous to the liberty safety and the public interest of the people....: and that usually and naturally any one person in such power, makes it his interest to incroach upon the just freedom and liberty of the people, and to promote the setting up of their will and power above the Laws, that so they might enslave these kingdoms to their Lust: Be it therefore enacted and ordained... *) (Scobell, Collection of Acts

*) И въ виду того, что опытъ показалъ, что должность короля среди этого народа... и сосредоточеніе въ какомъ-либо одномъ лицѣ присущей этой должности власти, является ненужнымъ, обременительнымъ и опаснымъ для свободы, безопасности и общественнаго интереса народа...; что каждое лицо,

and Ordinances, стр. 7 слл.). Эту отмѣну королевства законъ называетъ «правильнымъ путемъ», по которому народъ сможетъ «возвратиться къ справедливому и древнему праву управляться своими собственными представителями или національными собраніями, избранными народомъ для этой цѣли...»

Пуританскія идеи достигли въ Новой Англіи полнаго расцвѣта и въ частности высшія государственныя учрежденія были здѣсь организованы коллегіально. Во главѣ колоніи стоялъ, правда, губернаторъ, но при немъ состоялъ особый совѣтъ, безъ согласія котораго губернаторъ ничего не могъ предпринять по наиболее важнымъ дѣламъ управленія. Это также соответствовало идеалу пуританъ. Такъ, напр., Милтонъ въ своей «Защитѣ англійскаго народа» (Предисловіе) говоритъ: «Въ твоёмъ преслѣдованіи высшаго совѣта (здѣсь имѣется въ виду Государственный Совѣтъ Кромвеля), а также его предсѣдателя ты (т. е. Салмазій, противъ котораго и была направлена эта полемическая книга) кажешься поистинѣ смѣшнымъ; ибо тотъ совѣтъ, о которомъ ты мечталъ, есть вовсе не высшій совѣтъ, онъ созванъ только на опредѣленное время въ силу авторитета парламента... Но никогда не было ничего необычнаго въ томъ, что нашъ парламентъ, который у насъ является сенатомъ, назначалъ, когда онъ это считалъ удобнымъ, изъ числа своихъ членовъ, нѣсколькихъ выборныхъ, къ которымъ и переходила власть собираться въ особомъ

надѣленное такою властью, обыкновенно и естественно полагаетъ себѣ цѣлью угнетать истинную вольность и свободу народа и стремится поставить свою волю и власть превыше законовъ, чтобы имѣть возможность поработить эти королевства своему произволу. Посему да будетъ постановлено и повелѣно... (Пр. пер.)

мѣстѣ и составлять какъ бы малый сенатъ. Имъ часто передаются и довѣряются наиболѣе важныя дѣла съ цѣлью наиболѣе скорого и конфиденціального обсуждения, какъ-то: забота и управление флотомъ, войскомъ, казною, словомъ, всѣми должностями мирнаго и военнаго времени». Пуританская идея получила крѣпкую почву въ Америкѣ, но и отцы французской революціи признали тотъ принципъ, что исполнительная власть въ демократіи должна быть организована коллегіально. Это убѣжденіе настолько укоренилось въ нихъ, что, напр., Сійэсъ строилъ на этомъ даже самое различіе между монархіей и республикой. Онъ говоритъ (Политическ. труды, II, стр. 215 сл., издание Usteri), что республика имѣется въ томъ случаѣ, если во главѣ исполнительной власти стоитъ исполнительный совѣтъ, обсуждающій дѣла по большинству голосовъ, наоборотъ, если незыблемое единство правительства представляетъ одинъ индивидъ, который отъ имени народа безотвѣтственно осуществляетъ нѣкоторыя должностныя функціи, то передъ нами имѣется монархія. Общеизвѣстно, что національный конвентъ довелъ эту догму о необходимой коллегіальности демократической исполнительной власти до крайнихъ предѣловъ.

Въ нынѣшней демократіи одна лишь непосредственная демократія послѣдовательно провела коллегіальный типъ. Въ Швейцаріи исполнительная власть какъ въ союзѣ, такъ и въ кантонахъ, представляетъ коллегію, состоящую изъ нѣсколькихъ лицъ (Бундесратъ, регирунгсратъ).

Демократія съ раздѣленіемъ властей для проведенія своей идеальной схемы раздѣленія властей избрала единоличнаго главу, который, со всею мощью опираясь на народъ, могъ-бы стать дѣй-

ствительнымъ противовѣсомъ чрезмѣрно сильной законодательной власти и не сваливать отвѣтственность магистрата на чужія плечи (см. «Federalist» № 70). Впрочемъ, даже и здѣсь нельзя отмѣтить полного уклоненія отъ демократическаго идеальнаго типа, ибо и президентъ Соединенныхъ Штатовъ связанъ соглашеиъ сената по важнымъ административнымъ вопросамъ. Въ отдѣльныхъ штатахъ Союза при главѣ штата состоятъ еще совѣты штата (напр. Массачузетсъ, Мэнъ, Нью-Гэмпширъ), въ нѣкоторыхъ республикахъ центральной и южной Америки при главѣ государства находится либо парламентскій комитетъ (какъ, напр., въ Мексикѣ, ст. 72 слл.; Уругваѣ, ст. 54 слл.; Парагваѣ, ст. 78 слл.), либо государственный совѣтъ, тождественный съ совѣтомъ министровъ (Гондурасъ, ст. 88; Перу, ст. 97 слл., но не въ Эквадорѣ, ст. 108), либо, наконецъ, государственный совѣтъ и совѣтъ министровъ (Гватемала, ст. 62 слл., ст. 79 слл.; Коста-Рика ст. 92 слл. и ст. 111 сл.).

Прототипомъ этого государственнаго учрежденія служить государственный совѣтъ время пуританской революціи. Такъ, § 5 «Agreement of the People» говоритъ: «That the Representative (т. е. легислатура) shall within twenty days after their first meeting, appoint a Council of State for the managing of public affairs until the tenth day after the meeting of the next Representative, unless that next Representative think fit to put an end to the that trust sooner. And the same Council to act and proceed therein, according to such instructions and limitations as the Representative shall give, and not otherwise» *).

*) «Представительство имѣеть назначить въ двад-

Парламентарная республика обнаруживает наибольшее уклонение отъ коллегіальнаго типа. Это объясняется не только необходимостью того, чтобы единоличный глава государства призывалъ угодныхъ парламенту министровъ и отставлялъ неугодныхъ (какъ то полагаетъ Эсменъ, стр. 537), но и тѣмъ еще, что отцамъ французской конституціи представлялось возможнымъ только право роспуска (*droit de dissolution*), исходящее отъ единоличнаго главы государства, ибо лишь такой глава могъ обезпечить необходимую при этомъ безпартійность. Но эта безпартійность президента была главною цѣлью, и ее-то Прево-Парадолъ выставилъ какъ идеальную предпосылку. Что право роспуска и единоличность высшей магистратуры въ республикѣ находятся въ функциональной зависимости другъ отъ друга, лучше всего доказываетъ тѣмъ, что парламентарная республика Чили, не предоставляющая президенту право роспуска, ограничиваетъ его, подобно демократіи съ раздѣленіемъ властей, государственнымъ совѣтомъ (ст. 93 слл. конституціи) и постояннымъ парламентскимъ комитетомъ (ст. 48 слл.). Насколько, однако, трудно отказаться при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ отъ коллегіальнаго главы, напр., во Франціи, доказываетъ ст. 7 закона 25 февр. 1875 г., согласно которой въ случаѣ смерти президента республики или въ случаѣ ва-

цатидневный срокъ послѣ перваго своего собранія Государственный Совѣтъ для управленія общественными дѣлами до десятаго дня послѣ собранія будущаго Представительства, развѣ что будущее Представительство сочтетъ правильнымъ прекратить дѣятельность Совѣта ранѣе. И этотъ Совѣтъ долженъ дѣйствовать и поступать согласно тѣмъ инструкціямъ, кои будутъ ему даны Представительствомъ, но не инымъ образомъ.» (Пр. пер.)

кантности этой должности по другимъ причинамъ, исполнительная власть передается совѣту министровъ вплоть до новыхъ выборовъ («Dans l'intervalle, le Conseil des ministres est investi du Pouvoir exécutif» *); а между тѣмъ конституція второй республики 1848 г., стремившаяся совершенно покончить съ коллегіальной системой, призывала въ этихъ случаяхъ вице-президента республики (ст. 45). Впрочемъ и въ нынѣшней Франціи раздаются голоса, требующіе замѣну единоличнаго главы государства коллегіею (Эсмень, стр. 536).

2. Возникновеніе и прекращеніе должности.

Во всѣхъ демократіяхъ почетная должность главы государства обосновывается выборами: либо народными выборами, какъ въ Соединенныхъ Штатахъ, а также и въ остальныхъ американскихъ демократіяхъ, поскольку онѣ придерживаются принципа раздѣленія властей, либо выборами представительнаго собранія въ тѣхъ республикахъ, гдѣ раздѣленіе властей не проведено, въ частности, во Франціи, Гаити и въ Швейцаріи. Но въ большинствѣ кантоновъ народъ выбираетъ правительство, сюда кромѣ кантоновъ съ Landesgemeind'ами относятся еще: Цюрихъ, Цугъ, Золотурнъ, оба Базеля, Шаффгаузенъ, Граубинденъ, С.-Галленъ, Тургау, Тессинъ и Женева (см. Curti, Schweizerische Volksrechte, 1900, I, стр. 82). Во всякомъ случаѣ раздѣленіе властей съ одной стороны и выборы демократическаго главы государства представительнымъ собраніемъ съ другой въ принципѣ несоединимы (см. «Federalist» № 71, стр. 477, ed. Ford), ибо такіе выборы создаютъ зависимость ис-

*) «Въ промежуткѣ Совѣтъ министровъ облакается исполнительной властью.»

полнительной власти отъ законодательной, что не согласуется съ принципомъ раздѣленія властей и независимостью обособленныхъ властей («The same rule, which teaches the propriety of a partition between the various branches of power teaches us likewise that this partition ought to be so contrived as to render the one independent of the other», «Federalist»). *)

Большинство демократій требуютъ наличности опредѣленныхъ условій для полученія избирательной правоспособности: опредѣленнаго возраста, государственнаго гражданства, а нѣкоторыя и имущественнаго ценза. Тамъ, гдѣ выборы производятся народомъ, они либо прямыя, либо не-прямыя; преобладаетъ всеобщее избирательное право. Иногда, а именно въ непосредственной демократіи, встрѣчаются пропорціональныя выборы, но эти послѣдніе примѣнимы только тогда, когда главу исполнительной власти представляетъ коллегія (какъ, напр., въ кантонахъ Тессинъ и Цугъ).

Кромѣ смерти прекращеніе должности главы имѣетъ мѣсто въ случаѣ истеченія срока и отказа. Продолжительность должности колеблется между 1 годомъ (такъ, напр., въ швейцарскомъ кантонѣ Аппенцель-Ауссерроденъ) и 7 годами (Франція, Гаити). Вторичное избраніе въ общемъ допустимо (исключая Делавара и Миссури). Не допускается только постоянное переизбраніе. Отказъ, какъ причина прекращенія должности, допускается повсюду. Въ нѣкоторыхъ центральныхъ и южно-американскихъ республикахъ

*) «То самое правило, которое показываетъ правильность раздѣленія различныхъ отраслей власти, также учитъ насъ, что это раздѣленіе должно быть устроено такъ, чтобы сдѣлать одну власть независимую отъ другой.» (Пр. пер.)

конгрессъ или палата депутатовъ должны утвердить этотъ отказъ, сюда относятся Аргентина (ст. 76), Мексика (ст. 72), Перу (ст. 59, п. 11), Боливія (ст. 54, п. 4). Президенту или главѣ государства предоставлены помимо должностныхъ функцій (см. объ этомъ въ слѣдующемъ параграфѣ) еще извѣстныя почетныя и имущественныя права, въ частности жалованіе, соответствующее монархическому цивильному листу.

Спорятъ о различіи между главою государства въ монархіи и въ республикѣ. Большой популярностью пользуется тотъ взглядъ, что монархическій глава есть органъ государства съ собственнымъ правомъ на государственную должность, и что республиканскій глава есть только служащій. Послѣдній взглядъ не мирится съ тѣмъ обстоятельствомъ, что въ демократіи глава государства есть непосредственный органъ государства, т. е. его положеніе выводится непосредственно изъ конституціи, а не опредѣляется, какъ у обыкновеннаго чиновника, должностнымъ порученіемъ другого органа. На нашъ взглядъ дѣло представляется иначе. Прежде всего различіе между обоими видами главъ государства заключается въ томъ, что монархическій глава государства наследственъ, между тѣмъ какъ демократическій глава ограниченъ временемъ или подвергается избранію (см. Barthélemy, *Le rôle du Pouvoir Exécutif* 1907, стр. 50 сл.). Это было очень удачно выяснено уже Мильтономъ въ его «защитѣ англійскаго народа» (глава 6): «Я перехожу—отвѣчаетъ онъ Салмазію—къ твоему второму доводу, похожему на первый. Если бы народу было позволено вернуть себѣ власть, то не было бы никакой другой разницы между народной и королевской конституціей, какъ только та, что въ послѣдней существуетъ одинъ властитель, между тѣмъ

какъ въ первой — нѣсколько. Но что за бѣда, если бы не было никакой другой разницы? Пострадало ли бы отъ этого государство? Но обратись къ другимъ тобою же приведеннымъ различіямъ: народные властители большею частью правятъ только годъ, короли же, если они ни въ чемъ не провинились, — постоянные правители и происходятъ въ большинствѣ случаевъ изъ одной и той же фамиліи.»

Затѣмъ сюда еще слѣдуетъ присоединить другое главное различіе, разобранное выше (см. часть I) болѣе подробно. Монарху во всѣхъ государственныхъ актахъ принадлежитъ окончательное рѣшеніе, главѣ же демократическаго государства такая власть не принадлежитъ; здѣсь на мѣсто монарха-суверена выступаетъ народъ. На случай, если президентъ почему-либо отсутствуетъ, его, по большинству американскихъ конституцій, замѣщаетъ вице-президентъ, который также избирается народомъ и предсѣдательствуетъ въ сенатѣ. Въ Швейцаріи эту роль исполняетъ членъ коллегіи, во французской республикѣ съ 1848 г. нѣтъ больше должности вице-президента. Замѣстительство допускается здѣсь лишь въ единственномъ упомянутомъ выше случаѣ и осуществляется совѣтомъ министровъ.

II. Министры.

Въ современной демократіи правовое положеніе министровъ опредѣляется ихъ отношеніемъ къ главѣ государства и законодательной власти. Демократія съ раздѣленіемъ властей, проводящая строгую границу между законодательною и исполнительною властью и признающая принципъ, по которому ни одна изъ этихъ властей прямо или косвенно не должна ока-

зывать рѣшающаго вліянія на дѣйствія другихъ («Federalist» № 48: «that none of them ought to possess, directly or indirectly, an overruling influence over the others, in the administration of their respective powers»), — такая демократія должна, конечно, наблюдать за тѣмъ, чтобы министры не стали членами законодательной власти и не управляли ею. Въ виду этого парламентный режимъ здѣсь совершенно невозможенъ. Не слѣдуетъ думать, что отцы союзной конституціи по своему незнанію парламентарнаго режима не послѣдовали британскому образцу, или будто бы потому, что такого режима вообще не было въ тогдашней Англіи (см. Barthélemy, цит. соч. стр. 98 сл.). Наоборотъ, этотъ британскій институтъ они изучили до тонкости, но считали его несогласующимся съ безусловной отвѣтственностью американскаго главы государства, а эта отвѣтственность въ свою очередь была слѣдствіемъ раздѣленія и необходимаго равновѣсія властей. Такъ, Гамильтонъ въ № 70 «Federalist'a» говоритъ: «Но въ республикѣ, гдѣ каждый магистратъ долженъ быть лично отвѣтствененъ за исполненіе своей должности, отнюдь не исчезаетъ причина, которая порождаетъ въ британской монархіи цѣлесообразность совѣта министровъ, наоборотъ, она обращается противъ этого института. Въ британской монархіи институтъ совѣта министровъ служитъ замѣною несуществующей отвѣтственности высшаго магистрата, каковая замѣна служитъ народу до известной степени гарантіею правильнаго исполненія этой должности. Въ американской демократіи этотъ институтъ разрушилъ бы и во всякомъ случаѣ уменьшилъ нарочито-установленную и необходимую личную отвѣтственность высшаго магистрата.» По этой-то причинѣ въ Соединенныхъ Штатахъ нѣтъ той парла-

ментарной системы, которая господствует во французской республикѣ, т. е. не требуется назначать министровъ изъ среды даннаго парламентскаго большинства. Такъ какъ далѣе, какъ мы уже показывали, въ демократіи съ раздѣленіемъ властей законодательная власть не пользуется довѣріемъ, то здѣсь нѣтъ мѣста и для швейцарской системы непосредственной демократіи, согласно которой министры назначаются законодательною властью безъ того, однако, чтобы стать ея полноправными членами. Впрочемъ, это противорѣчило бы также системѣ раздѣленія властей. Такимъ образомъ мы можемъ въ современной демократіи различать 3 различныхъ типа положенія министровъ:

1) въ демократіи съ раздѣленіемъ властей (Соединенные Штаты и отдѣльные штаты Союза) — кабинетъ министровъ, отвѣтственный только передъ главою государства, назначаемый этимъ главою и обязанный слѣдовать только его указаніямъ;

2) въ парламентарной республикѣ (Франція, Чили и др.) — кабинетъ министровъ, принадлежащій къ парламентскому большинству и въ качествѣ такового назначаемый главою государства согласно волѣ парламентскаго большинства;

3) въ непосредственной демократіи — совѣтъ министровъ, совпадающій однако съ главою государства и подчиненный законодательной власти. Непосредственная демократія стремится поставить во главѣ исполнительныхъ учрежденій коллегіи, а это при несовпаденіи совѣта министровъ и главы государства дало бы изобиліе коллегій. Однако, это совпаденіе отнюдь не вытекаетъ изъ сущности непосредственной демократіи. Наоборотъ, уже давно въ Швейцаріи поднято требованіе о различеніи между коллегіей въ каче-

ствѣ высшей управляющей инстанціи (глава государства) и между административными инстанціями, подчиненными этой коллегіи (Curti, Schweizerische Volksrechte, 1900, стр. 140 сл.). Это требованіе осуществлено на дѣлѣ постольку, поскольку установлено различіе въ порядкѣ разсмотрѣнія дѣлъ, смотря по тому, дѣйствуетъ ли коллегія въ качествѣ главы государства или въ качествѣ совѣта министровъ. Чисто административныя дѣла рѣшаются отдѣльными членами коллегіи съ послѣдующимъ формальнымъ утвержденіемъ коллегіи. Этой послѣдней предоставлены лишь важнѣйшія дѣла внѣшней и внутренней политики.

Своеобразные переходы между типомъ демократіи съ раздѣленіемъ властей и типомъ парламентарной демократіи представляютъ южно- и центрально-американскія демократіи, подверженныя постояннымъ измѣненіямъ.

При удержаніи общаго типа демократіи съ раздѣленіемъ властей мы находимъ здѣсь слѣдующія переходныя формы:

Министры могутъ вступать въ сношенія съ палатами, между тѣмъ какъ чистый американскій типъ демократіи съ раздѣленіемъ властей запрещаетъ это и допускаетъ развѣ только письменныя сношенія. Письменныя сношенія разрѣшены, напримѣръ, конституціею Бразиліи (ст. 51: «Os Ministros de Estado não poderão comparecer ás sessões do Congresso e só se communicarão com'elle escripto» *). Дальше идутъ

*) Министры не должны присутствовать на засѣданіяхъ конгресса и могутъ вступать съ нимъ лишь въ письменныя сношенія. (Пр. ред.)

тѣ конституціи, которыя разрѣшаютъ министрамъ являться въ парламентъ и отвѣчать по предъявляемымъ запросамъ, напр., конституція С.-Доминго (ст. 62 *). Еще дальше идутъ тѣ конституціи, которыя разрѣшаютъ министрамъ являться въ парламентъ для защиты внесенныхъ ими законовъ (Гаити, ст. 117) или даже во всякое время для участія въ обсужденіяхъ; такова, напр., ст. 76 конституціи Гватемалы.**). Иногда министрамъ разрѣшается участвовать въ преніяхъ безъ права голоса, либо безъ особыхъ на то разрѣшеній (напр., ст. 84 конституціи Никарагуа,***) ст. 110 конст. Коста Рики), либо съ особаго на каждый случай разрѣшенія законодательной власти, какъ, напр., по ст. 103 конст. Перу****). Очень близко къ парламентарному режиму подходит консти-

*) Эта статья гласитъ: «Los Secretarios de Estado estarán obligados á dar todos los informes escritos o verbales que se les pidan por el Congreso» — (статсъ-секретари обязаны давать конгрессу всѣ устные или письменныя сообщенія, которыя только будутъ потребованы конгрессомъ. Пр. ред.)

***) «Los Secretarios de Estado pueden concurrir á las sesiones de la Asamblea y tomar parte en sus deliberaciones.» (Гос. Секретари могутъ присутствовать въ засѣданіяхъ палаты и принимать участіе въ преніяхъ. Пр. ред.)

****) „y tomar participacion en los debates pero sin voto» («принимаютъ участіе въ дебатахъ, но безъ права голосованія.» Пр. ред.)

*****) Статья эта гласитъ: „Concurrirán igualmente, á la discusión siempre que el Congreso do cualquiera de las Cámaras los ilame» («однако и здѣсь министры имѣютъ право вносить законопроекты и защищать ихъ въ палатахъ, а равно участвовать въ преніяхъ всегда, когда конгрессъ или каждая изъ камеръ ихъ пригласитъ.» Пр. ред.)

туція, устанавлюючая безусловную обязанность отвѣта на запросы. Въ нѣкоторыхъ конституціяхъ сдѣланы исключенія для запросовъ, касающихся войны и иностранныхъ дѣлъ, какъ напр., конституція Гондураса, ст. 93, но иногда даже и этихъ исключеній нѣтъ, такъ что законодательная власть можетъ требовать отвѣта и на такіе запросы и министры обязаны отвѣчать. Это предписано конституціею Никарагуа (ст. 184: «En este caso el Ministro puede excusar la respuesta cuando se trate de asuntos de Guerra ó de Relaciones Exteriores, de carácter reservado: la Asamblea tomará en consideración la excusa, y si no la juzgase admisible, obligará al Ministro á responder.»).

Кромѣ запросовъ еще высшій надзоръ парламента перекидываетъ мостъ между демократіей съ раздѣленіемъ властей и парламентарной демократіей. По конституціи Колумбіи такой надзоръ предоставленъ конгрессу*). Тѣсно къ границамъ парламентарнаго режима, однако, примыкаетъ Колумбія, въ которой осуществляется политическій надзоръ народной палаты за политическими дѣйствіями министра**). Однако, это еще не истинное парламентарное правленіе, ибо этотъ надзоръ имѣетъ «цѣлью лишь видоизмѣненіе тѣхъ политическихъ мѣропріятій, которыя намѣчены исполнительною властью»***).

*) Ст. 78 п. 3 гласитъ: „Dar votos de aplauso ó censura respecto de actos oficiales.“ (Пр. ред. очевидная ошибка, ибо въ ст. 78 сказано „Es prohibido“ — т. е. запрещается и „вмѣшиваться“ и давать свое одобреніе или порицаніе официальнымъ актамъ).

***) Наряду съ запрещеніемъ вмѣшательства въ администрацію легислативъ дается надзоръ «политическій». Пр. ред.

****) Ст. 73: «Las Cámaras pueden, á iniciativa de sus respectivos miembros, acordar la censura de los actos

Этотъ надзоръ не можетъ такимъ образомъ вынудить министровъ выйти въ отставку. Таковъ прогрессивный типъ, водворившійся въ Венецуэлѣ.

Истинно-парламентарнаго режима добилась Венецуэла, въ которой министры, хотя и не могутъ быть членами ни одной изъ обѣихъ палатъ (ст. 45), но за то они должны уйти въ отставку въ случаѣ востума недовѣрія палаты депутатовъ (ст. 34, разд. 1*).

Въ большинствѣ демократій назначеніе должностныхъ лицъ зависитъ отъ главы государства, но въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ и американскихъ штатахъ Союза назначеніе зависитъ отъ законодательной власти, либо опредѣляется народными выборами. Во всѣхъ демократіяхъ только законъ можетъ создать министерства, какъ учрежденія. Нѣкоторыя центрально- и южно-американскія конституціи устанавливаютъ даже число министровъ.

Внутреннее устройство такихъ министерствъ въ большинствѣ случаевъ организовано по системѣ бюро, изрѣдка — по коллегіальной системѣ.

III. Отвѣтственность высшихъ исполнительныхъ органовъ.

Всякая демократія естественно стремится сдѣлать свои высшіе органы отвѣтственными передъ народомъ. Понятно, что и исполнительные органы не могутъ избѣгнуть этой тенденціи. («Federalist» № 70,

de mera politica del Ejecutivo, dirigéndola contra los Ministros de Estado, separada o conjuntamente según el caso, con el solo fin de obtener una modificación en el procedimiento politico.»

*) «Dar voto de censura á los Ministros del Despacho, y por eslo techo quedarán vacantes sus puestos.»

стр. 967: «The ingredients which constitute safety in the republican sense are first, a due dependence on the people, secondly a due responsibility.» *). Во всѣхъ демократіяхъ глава государства подлежитъ отвѣтственности и въ этомъ заключается главное отличие ихъ отъ монархіи. Во всѣхъ демократіяхъ эту отвѣтственность обыкновенно осуществляетъ законодательная власть, какъ представительница народа. Насколько при этомъ отвѣтственны министры, зависитъ прежде всего отъ принципиальныхъ различій между тремя видами демократіи.

Въ непосредственной демократіи, гдѣ глава государства и министры совпадаютъ, нѣтъ и рѣчи объ особой отвѣтственности министровъ. Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей установлена принципиальная отвѣтственность главы государства (см. «Federalist» № 467) и рядомъ съ нею отвѣтственность министровъ, назначаемыхъ главою государства безъ всякаго участія законодательной власти, исключительно только передъ главою государства. Но отдѣльныя центрально- и южно-американскія республики не придерживаются этого чистаго типа демократіи съ раздѣленіемъ властей и категорически санкціонируютъ отвѣтственность также и передъ законодательною властью (Гватемала, ст. 74: «La responsabilidad de los Secretarios de Estado es solidaria con la del Presidente por todos los actos de éste que autorizen con sa firma»**) и ст. 67, преду-

*) «Составныя части, которыя образуютъ безопасность въ республиканскомъ смыслѣ, суть, во-первыхъ, необходимая зависимость отъ народа, во-вторыхъ, необходимая отвѣтственность.»

***) «Отвѣтственность статсъ-секретарей солидарно съ отвѣтственностью президента по всѣмъ актамъ, скрѣпленнымъ его подписью.»

смаатривающаа отвѣтственность президента передъ законодательною властью. Ст. 139 конст. Сальвадора, аналогично приведеннымъ гласить: «Президентъ республики, министры государства отвѣтственны передъ Собраніемъ»). Въ парламентарной же демократіи эта двойная отвѣтственность передъ главою государства и передъ законодательною властью является общей нормой.

Средствомъ сдѣлать министровъ отвѣтственными служить контрасигнатура (скрѣпа), а въ частности, въ парламентарной демократіи такимъ средствомъ служить запросъ. По объему своему отвѣтственность эта охватываетъ слѣдующіе виды:

1. Повсюду дѣйствуетъ уголовная отвѣтственность за общія преступленія, т. е. за такія, которыя могутъ быть совершены также всякимъ гражданиномъ государства.

2. Въ большинствѣ демократій глава государства въ гражданско-правовомъ отношеніи не отвѣтственъ, такъ, напр., во Франціи и Сѣверо-Американскомъ Союзѣ (см. Goodnow, Principles of the Administrative Law, 1905, стр. 91 слл.). Въ Швейцаріи гражданско-правовая отвѣтственность членовъ союзнаго совѣта за дѣйствія по должности обуславливается предварительнымъ рѣшеніемъ союзнаго собранія (Escher, Schweizer Bundesbeamtenrecht, 1903, стр. 178). Аналогичныя опредѣленія имѣются и въ отдѣльныхъ кантонахъ (Schollenberger, I, стр. 163).

Но существуютъ также и демократіи, которыя запрещаютъ какую бы то ни было защиту органовъ исполнительной власти привиллегіями или предварительными рѣшеніями высшаго учрежденія. Такъ, напр., конституція Мексики говоритъ (ст. 108): «Въ жалобахъ по гражданскимъ дѣламъ не можетъ быть

признана никакая привилегія и никакой иммунитетъ въ пользу какого-либо должностного лица» («En demandas del orden civil no hay fueros ni inmunidad para ningún funcionario público»).

Въ гражданско-правовомъ отношеніи министры принципиально такъ же отвѣтственны, какъ и другіе чиновники, но на дѣлѣ они часто не подлежатъ отвѣтственности въ виду того, что изданные ими акты, въ качествѣ актовъ государственнаго верховенства (во Франціи: acte de gouvernement, Соединенные Штаты: political act, см. Goodnow, стр. 49), судебному разбирательству не подлежатъ.

3. Политическая или государственно-правовая отвѣтственность есть отвѣтственность за всякое вредное для государства дѣйствіе, проистекающее изъ особаго положенія высшихъ исполнительныхъ учреждений. Въ парламентарной, а также и въ другихъ демократіяхъ (напр., въ С.-Ам. Союзѣ) составъ этихъ дѣяній устанавливается конвенціональными правилами, т. е. государственной практикой отъ случая къ случаю. Тогда говорятъ о чисто политической отвѣтственности. Но составъ дѣянія можетъ быть охарактеризованъ и въ частностяхъ, какъ, напр., въ нѣкоторыхъ центрально-и южно-американскихъ республикахъ, въ Бразиліи (ст. 54) и Коста-Рикѣ (ст. 102), гдѣ исполнительная власть привлекается къ отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда она своими злоумышленными дѣйствіями способствуетъ интересамъ чужой націи, покушается на независимость, свободу и цѣлость государства, стремится ограничить свободу выборовъ, затрагиваетъ свободу собраній конгресса или его независимость и свободу обсуждения, когда она отказывается обнародовать законы, изданные законодательною властью, несмотря на то, что она согласно конституціи обязана это

сдѣлать, когда она пріостанавливаетъ дѣятельность общихъ судовъ.

Непосредственная демократія, которая рассматриваетъ исполнительную власть только какъ проявленіе своихъ собственныхъ рѣшеній, не можетъ признать политической отвѣтственности органовъ исполнительной власти, хотя бы и высшихъ (см. Barthélemy, цит. соч., стр. 336 слл. относительно Швейцаріи).

Процессъ, преслѣдующій задачи осуществленія политической отвѣтственности, исходитъ преимущественно изъ стремленія создать для нея особые трибуналы, особое производство и особыя наказанія, отличные отъ судовъ и наказаній общаго уголовного права и процесса.

Органомъ обвиненія служитъ въ большинствѣ случаевъ народная палата, приговоръ выносится первой палатой (сенатомъ) или судомъ, обыкновенно верховнымъ судомъ соотвѣтствующаго государства. Въ случаѣ признанія одной только политической отвѣтственности, слѣдствіемъ осужденія является отрѣшеніе отъ должности (наступающее иногда даже во время процесса). Прочія карательныя слѣдствія зависятъ отъ опредѣленій закона даннаго государства. Но обыкновенно соблюдается такой порядокъ, что, при признаніи политической отвѣтственности, ведется особый процессъ, *impeachment*, передъ особымъ трибуналомъ (Сенатомъ и пр.), при обыкновенныхъ же деликтахъ признаются, какъ всегда, компетентными обыкновенные суды (см., напр., конституцію С.-Ам. Союза, ст. 1, Разд. 3, § 7: «Judgement in cases of impeachment shall not extend further than to removal from office and disqualification to hold and enjoy any office of honor trust and profit under the United States: but the party convicted shall nevertheless be liable and subject to indictment,

trial, ludgement, punishment according to law;» *), Мексика, ст. 104: «Si el delito fuere común, la Cámara de Representantes, erigida en gran jurado, declarará, a mayoría absoluta de votos, si ha ó no lugar á proceder contra el acusado. En caso negativo no habrá lugar á ningún procedimiento ulterior. En el afirmativo el acusado queda, por el mismo hecho, separado de su encargo y sujeto á la acción de los tribunales comunes.» **)

§ 9.

Отношение между демократическою законодательною властью и исполнительною.

I. Вліяніе исполнительной власти на дѣятельность законодательной.

Созывъ, отсрочка, закрытіе, а равно и роспускъ законодательныхъ палатъ является по англійскому образцу существенною прерогативою монарха въ современной монархіи. Наоборотъ, современная демократія проникнута догмой непрерывности законодательной

*) Въ случаѣ суда надъ должностными лицами, самымъ высшимъ наказаніемъ можетъ быть отрѣшеніе отъ должности и лишеніе права занимать въ будущемъ какую-либо почетную или основанную на довѣрїи или платную должность, зависящую отъ правительства Соединенныхъ Штатовъ. Но осужденное лицо тѣмъ не менѣе подлежитъ на основанїи закона обвиненію, судебному слѣдствію, осужденію и наказанію. (Пр. ред.)

**) Если дѣло идетъ о проступкѣ противъ общаго права, то палата представителей, обращенная въ большое жюри, объявляетъ по абсолютному большинству голосовъ, должно-ли быть возбуждено дѣло противъ обвиняемаго. Въ отрицательномъ случаѣ нѣтъ необходимости ни въ какихъ дальнѣйшихъ мѣрахъ. При утвердительномъ рѣшеніи обвиняемый тѣмъ самымъ отрѣшается отъ должности и передается въ распоряженіе общихъ судовъ. (Пр. ред.)

власти. Она встрѣчается во всѣхъ демократіяхъ то въ болѣе, то въ менѣе сильной формѣ. Нѣтъ ничего страннаго въ томъ, что демократія съ раздѣленіемъ властей придерживается этой догмы. При ея помощи созывъ и засѣданія законодательной палаты становятся независимыми отъ воли исполнительной власти, а зависятъ исключительно отъ воли законодательной власти. Это вполнѣ соотвѣтствуетъ схемѣ раздѣленія властей, согласно которой исполнительная власть не должна подвергаться вмѣшательству со стороны законодательной власти и наоборотъ. Но эта догма полезна и для другихъ формъ демократіи, ибо она проистекаетъ изъ народнаго суверенитета. Народъ, представленный въ парламентѣ, не долженъ признавать надъ собой никакого господина, онъ долженъ быть самому себѣ господиномъ и поэтому законодательная власть по своей собственной волѣ должна рѣшить, когда ея члены должны собираться и когда — опять расходиться.

Когда при обсужденіи нынѣшней французской конституціи зашелъ вопросъ о непрерывности законодательной власти, то въ національномъ собраніи отставали взглядъ, будто она одна только и соотвѣтствуетъ республиканскимъ традиціямъ. (*Annales de l'Assemblée Nationale*, t. 36, p. 221: Laboulaye: «Jusqu'à présent dans nos Constitutions républicaines, on a toujours admis que la délégation de la souveraineté nationale reposait entre les mains des Assemblées, qu'elles étaient permanentes de droit et que à elles seules il appartenait de s'ajourner ou de se proroger» *). И на самомъ дѣлѣ

*) «До сихъ поръ наши республиканскія конституціи всегда признавали, что полномочія народнаго суверенитета находятся въ рукахъ Собраній, что они

эта догма относится ко временамъ возникновенія современной демократіи. Уже во время столкновеній долгаго парламента съ Карломъ I англійскимъ, въ 1640 г. съ согласія короля былъ изданъ законъ, по которому парламентъ не могъ быть распущенъ безъ своего на то согласія (см. Hallam Constitutional History, 2. ed. I, стр. 153 сл.). Въ «Agreement of the People» Кромвеля парламенту предоставляется право собираться по собственной волѣ (ст. III). Государственный Совѣтъ, въ качествѣ комитета, долженъ былъ защищать интересы «Representativ'»ы, т. е. законодательной власти, въ промежуткѣ между періодами легислатуры и долженъ былъ созывать ее при чрезвычайныхъ обстоятельствахъ (ст. VI). Въ конституціяхъ французской революціи непрерывность законодательной власти также играла большую роль. Она была признана французскими конституціями 1791 г., 1793 г., третьяго года и, наконецъ, 1848 г.

Строгая система непрерывности должна выставить слѣдующихъ 3 принципа:

1. Такъ какъ законодательная власть непрерывна, то нѣтъ сессій, а есть только періоды легислатуры, длящіяся отъ однихъ выборовъ до другихъ.

2. Засѣданія законодательной власти могутъ быть отсрочены только въ силу собственнаго ея постановленія.

3. Когда законодательная власть не засѣдаетъ, ее замѣняетъ комитетъ, защищающій ея интересы, или президіумъ, бюро (а иногда государственный совѣтъ). Въ частности они должны наблюдать за исполнитель-

суть непрерывны по праву и что имъ однимъ принадлежитъ право откладывать или отсрочивать свои засѣданія.»

ной властью и, въ случаѣ необходимости, созвать законодательное собраніе еще до истеченія срока отсрочки его засѣданій.

Этотъ строгій принципъ, соотвѣтствующій республиканскимъ традиціямъ, замѣненъ менѣе строгимъ. Что касается парламентарной республики, то она должна признать такое ослабленіе непрерывности, такъ какъ она хочетъ — или должна — дать главѣ государства право роспуска; но съ другой стороны парламентарный образъ правленія упрочиваетъ эту непрерывность постольку, поскольку необходимость ежегоднаго парламентарскаго утвержденія бюджета требуетъ и ежегоднаго созыва парламента. Но и при другихъ формахъ демократіи ослабляется непрерывность, такъ какъ здѣсь стараются создать какія-нибудь ограниченія для законодательной власти и перепроизводства законовъ, а поэтому не можетъ быть и допущена безграничная сессія, зависящая только отъ собственной воли законодательной власти. Эта система ослабленной непрерывности (перманентности), которая, впрочемъ, проведена въ большинствѣ демократій, выражается въ слѣдующихъ положеніяхъ:

1. Сессіи законодательной власти категорически закрѣплены въ конституціи, начала сессій, а часто и ихъ продолжительность установлены конституціей или государственной практикой, либо, какъ въ Швейцаріи, порядкомъ дѣлопроизводства обоихъ совѣтовъ союзнаго собранія (національнаго совѣта и совѣта государствъ, ст. 86). Установленіе продолжительности сессіи имѣетъ цѣлью огражденіе отъ чрезмѣрной фабрикаціи законовъ, но съ другой стороны, установленіе во Франціи, напр., наименьшей продолжительности сессій палатъ — 5 мѣсяцевъ въ году (ст. 1 конституціоннаго закона 16 іюля 1875 г.), имѣетъ цѣлью обез-

печатить законодательной власти независимую отъ исполнительнѣйшей власти законодательную работу.

Ограниченіе продолжительности сессіи посредствомъ ея фиксаціи изъ - за недовѣрія къ законодательной власти встрѣчается уже въ «Agreement of the People» (ст. 3). Другая мѣра, встрѣчающаяся въ нынѣшней Франціи и состоящая въ обезпеченіи палатамъ минимальнаго срока работъ, впервые была установлена въ «Instrument of Government». Конституція 16 дек. 1653 г., изданная Кромвелемъ, въ ст. 8 опредѣляетъ, что, хотя парламентъ и можетъ распустить себя во всякое время, онъ можетъ быть распущенъ и отсроченъ лишь спустя 5 мѣсяцевъ со дня созыва. («That neither the Parliament to be next summoned, nor any successive Parliaments, shall, during the time of five months, to be accounted from the day of their first meeting, be adjourned, prorogued, or dissolved, without their own consent.»). Протекторъ въ то время имѣлъ право распустить парламентъ, какъ нынѣ президентъ французской республики. Сходство сказывается еще и въ томъ, что протекторъ, подобно президенту, имѣлъ право требовать вторичнаго обсужденія принятыхъ парламентомъ законовъ (ст. 24, см. Gardiner, цит. соч., стр. 321).

2. Право палатъ требовать своего созыва, а иногда и право собираться самимъ *de jure*, когда того требуютъ чрезвычайныя обстоятельства.

3. Праву палатъ требовать своего созыва соответствуетъ, какъ коррелятъ, право исполнительной власти созвать ихъ при чрезвычайныхъ случаяхъ. Это право имѣется почти во всѣхъ современныхъ демократіяхъ, въ демократіяхъ типа раздѣленія властей (конституція Сѣв.-Ам. Союза, ст. II, разд. III), въ непосредственной демократіи (швейцарск. союзн. конст.,

ст. 86, разд. 2) и парламентарной (франц. конституціонный законъ 16 іюля 1875 г., ст. 2). Иногда права исполнительной власти идутъ въ этомъ отношеніи еще дальше, а именно, при разногласіи обѣихъ палатъ относительно срока отсрочки, въ этомъ случаѣ конституція С.-Ам. Союза (ст. II, разд. III) и конституція Кубы (ст. 68, § 3) предоставляютъ окончательное рѣшеніе этого вопроса президенту. Въ Венецуэлѣ право окончательнаго рѣшенія вопроса объ отсрочкѣ принадлежитъ конгрессу, въ соединенномъ засѣданіи обѣихъ палатъ (ст. 44).

4. Въ нѣкоторыхъ южно- и центрально-американскихъ республикахъ на время отсрочки парламента назначается парламентскій комитетъ, функціи котораго проникнуты духомъ строгой системы непрерывности, слѣдовательно, онъ въ частности имѣетъ право созыва парламента, когда того потребуютъ обстоятельства (см. конституціи Мексики, ст. 47, № II; Чили, ст. 49, п. 4 и Гватемалы, ст. 63, п. 3).

II. Распредѣленіе функцій между исполнительной и законодательной властью.

Что демократія съ раздѣленіемъ властей надѣляетъ исполнительную власть только административными функціями, а законодательную власть — исключительно только правотворческими функціями, — вытекаетъ изъ самой сущности этой формы демократіи. Двѣ другія формы демократіи свободны отъ оковъ раздѣленія властей. Непосредственная демократія разсматриваетъ исполнительную власть какъ своего слугу, и поэтому разрѣшаетъ себѣ вмѣшиваться въ область чистаго управленія, но такъ, чтобы эти вмѣшательства происходили на основаніи категорическаго предпи-

санія конституціи. Напротивъ, парламентарная демократія, проникнутая недоувѣріемъ къ законодательной власти и доувѣріемъ къ исполнительной, при разграниченіи разбираемыхъ отношеній должна была бы, подобно демократіи съ раздѣленіемъ властей, воздерживаться отъ предоставленія законодательной власти чисто конституціонныхъ, учредительныхъ полномочій, и на самомъ дѣлѣ формальный текстъ конституціи и выражаетъ это стремленіе. Но на практикѣ парламентарное правленіе въ демократіи приводитъ къ тому, что парламентъ, или лучше сказать, народная палата захватываетъ руководство управленіемъ въ свои руки и чисто фактически, не измѣняя конституціи, создаетъ такія отношенія между законодательною и исполнительною властью, какія *de jure* встрѣчаются въ непосредственной демократіи. Обѣимъ этимъ формамъ демократіи присуще игнорированіе различія между специфически законодательными и исполнительными функціями, отстаиваемаго раздѣленіемъ властей. Но въ непосредственной демократіи это различіе игнорируется въ силу конституціоннаго закона, въ парламентарной же демократіи — въ силу конвенціональнаго правила.

1. Въ области законодательства ученіе о раздѣленіи властей требовало бы того, чтобы исполнительная власть была лишена всякой законодательной инициативы, но за то обладала бы правомъ вето, по крайней мѣрѣ суспензивнымъ вето (см. «Federalist» № 73). Этому взгляда придерживаются Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты. Въ Швейцаріи, слѣдовательно въ непосредственной демократіи, точно такъ же, какъ и въ парламентарной республикѣ Франціи, исполнительная власть имѣетъ право почина, инициативы, но не имѣетъ права вето. Во Франціи пре-

зидентъ только уполномоченъ отослать переданный ему для обнародованія законопроектъ, принятый обѣими палатами, обратно въ теченіе мѣсяца, для вторичнаго обсужденія (ст. 7 конституц. закона 16 іюля 1875 г.). Если проектъ вторично проходитъ черезъ обѣ палаты, то онъ долженъ стать закономъ. Это ослабленное средство участія исполнительной власти въ законодательствѣ столь же мало осуществилось на практикѣ въ парламентарной демократіи, какъ и право санкціи монарха въ парламентарной монархіи; доказывається это тѣмъ фактомъ, что оно до сихъ поръ ни разу не было примѣнено (см. Bompard, *Le Veto du Président de la République et la Sanction Royale*, 1906, стр. 268). Поэтому другая парламентарная демократія, Венецуэла, совершенно отбросила вето (конст. ст. 80, п. 1). Наоборотъ, въ Соединенныхъ Штатахъ вето президента весьма дѣйствительно (см. Mason, *The veto power*, Boston, 1890), какъ того ожидали отцы конституціи («Federalist») и для каковой цѣли они и ввели вмѣсто абсолютнаго суспензивное вето («Instead of an absolute negative, it is proposed to give the Executive the qualified negative already described. This is a power which would be much more readily exercised than the other» *).

Статистика даетъ слѣдующую картину (см. Mason, цит. соч., Appendix, стр. 214). Въ законодательствѣ Сѣв.-Ам. Союза на 22.650 биллей пришлось 433 вето. Отъ 1789 г. до 1865 г., т. е. въ промежуткѣ 76 лѣтъ, на 11.136 биллей пришлось

*) «Вмѣсто абсолютнаго вето предположено дать исполнительной власти квалицированное уже описанное вето. Это есть власть, которая гораздо скорѣе можетъ быть осуществляема, нежели другая.» (Пр. пер.)

только 52 вето. Съ 1865 г. по 1889 г., въ промежуткѣ 24 лѣтъ, на 10.623 билля послѣдовало 387 вето.

Въ центрально- и южно-американскихъ республикахъ, которыя всѣ стоятъ на точкѣ зрѣнія раздѣленія властей, только что описанный типичный порядокъ не соблюдается. Однѣ изъ этихъ республикъ предоставляютъ исполнительной власти право законодательной инициативы (сюда относятся Мексика, ст. 65, № 1; Перу, ст. 67, п. 26), другія устанавливаютъ право вето исполнительной власти только для опредѣленныхъ законовъ (напр., Никарагуа, ст. 68 и 70), третьи признаютъ за исполнительной властью даже неограниченное право санкціи (напр., Панама, ст. 73, п. 7: «Sancionar у promulgar los leyes.»).

2. Въ области управленія непосредственная демократія присвоила себѣ цѣлый рядъ административныхъ полномочій, какъ-то: назначеніе чиновниковъ, право помилованія и т. д., даже право общаго административнаго надзора, принадлежащее къ специфической сферѣ исполнительной власти. Парламентарная демократія не заходитъ во всякомъ случаѣ такъ далеко, она, подобно демократіи съ раздѣленіемъ властей, передаетъ право помилованія и назначенія чиновниковъ въ руки исполнительной власти, но все же она въ силу конвенціональныхъ правилъ предоставляетъ законодательной власти широкое право надзора за управленіемъ. Какъ общее правило, въ демократіяхъ объявленіе войны и осаднаго положенія принадлежитъ законодательной власти, — опредѣленіе, которое встрѣчается даже въ демократіи съ раздѣленіемъ властей.

Борьба за предоставленіе законодательной власти права объявленія войны ведется даже съ самыхъ раннихъ зачатковъ демократіи. Проектъ кон-

ституціи, разработанный парламентомъ 11 ноября 1645 г. и противопоставленный «Instrument'у of Government» Кромвеля, въ главѣ 52 говоритъ: «That the power of making war is only in the Lord Protector and the Parliament»*) (см. Gardiner, Документы, цит. соч. стр. 369).

И наоборотъ, почти во всѣхъ демократіяхъ высшее управление арміей и флотомъ, а также иностранными дѣлами, находится въ рукахъ исполнительной власти. Въ парламентарной и непосредственной демократіяхъ требуется согласіе законодательной власти на заключаемые договоры, въ демократіи съ раздѣленіемъ властей оно не безусловно требуется, ибо здѣсь каждая власть самостоятельна въ своей сферѣ. Стараясь обосновать тотъ фактъ, что по праву американскаго Союза законодательная власть не должна выражать своего согласія на заключеніе договора, ибо оно есть актъ исполнительной власти (требующій, однако, одобренія большинствомъ $\frac{2}{3}$ въ сенатѣ, ст. II, разд. II, § 2), — «Federalist» говоритъ слѣдующее: «Нѣкоторые недовольны тѣмъ, что заключенные договоры имѣютъ обязательную силу юридическихъ нормъ, безъ того, чтобы они были заключены тѣми лицами, которымъ принадлежитъ законодательная власть. Но эти господа, кажется, забываютъ, что приговоры судовъ, административныя порученія нашихъ губернаторовъ столь же дѣйствительны и общеобязательны, какъ и наши законы. Всѣ конституціонные акты государственной власти, исходятъ ли они отъ исполнительной или отъ судебной власти, имѣютъ такую же юридическую силу и обязанность, какъ и тѣ, которые исхо-

*) «Что власть объявленія войны принадлежитъ только Лорду Протектору и Парламенту.» (Пр. пер.)

дять отъ законодательной власти» («All constitutional acts of power, wheter in the executive or in the judicial department, have as much legal validity and obligation as if they proceeded from the legislature.» «Federalist» № 69 ed. Ford., стр. 430).

§ 10.

Судебная власть.

I. Проблемы и типы.

Современная демократія стремится назначить во всѣ учрежденія, а въ числѣ ихъ и въ судебныя, лицъ, избранныхъ народомъ. Она призываетъ лицъ, пользующихся довѣріемъ народа и умѣющихъ это довѣріе оправдать, поэтому она требуетъ выборовъ, а именно выборовъ черезъ наивозможно короткіе промежутки. Чѣмъ короче срокъ избранія, тѣмъ сильнѣе вліяніе народа на его чиновниковъ. Но это стремленіе демократіи находится въ противорѣчьи съ двумя главными требованіями, предъявляемыми современнымъ государствомъ къ своимъ судьямъ, къ магистратурѣ: — съ юридическою освѣдомленностью и независимостью, предполагающими въ свою очередь существованіе несмѣняемости. Юридическое образованіе ограничиваетъ свободные выборы народа и является поэтому само по себѣ недемократическимъ принципомъ. Тѣмъ не менѣе современная демократія такъ или иначе должна считаться съ этимъ постулятомъ, такъ какъ современное государство съ его усложненными жизненными и юридическими отношеніями необходимо требуетъ отъ судей юридической образованности. Въ этомъ заключается первая проблема. Но далѣе должна быть защищена

независимость судьи. Эта независимость въ современной демократіи состоитъ не только въ независимости отъ исполнительной власти, какъ въ монархіи, но и въ независимости отъ государя-народа. Но какъ осуществить подобную независимость, если судьи должны періодически избираться народомъ на все болѣе короткіе промежутки? Въ этомъ состоитъ вторая проблема. Рѣшеніе этой проблемы можетъ быть найдено только въ компромиссѣ упомянутыхъ здѣсь постулатовъ. Отъ пригодности этого компромисса въ немалой степени зависитъ самое существованіе демократіи, ибо оно покоится на верховномъ господствѣ законовъ, въ особенности законовъ конституціонныхъ, и какъ мы скоро увидимъ, именно въ современной демократіи судебная власть надѣлена особой почетной обязанностью, *po bile officium*. Она, по крайней мѣрѣ въ большинствѣ современныхъ демократій, призвана быть хранительницей конституціонныхъ законовъ. Такимъ образомъ, проблема организациі этой власти не только трудна, но и крайне важна, ибо дѣло идетъ о жизненномъ нервѣ демократіи.

Рѣшеніе этой проблемы въ общемъ и цѣломъ зависитъ отъ формы той или иной демократіи. Демократія съ раздѣленіемъ властей въ своемъ стремленіи къ независимости судебной власти отъ двухъ другихъ властей склонна назначать судей всецѣло посредствомъ народнаго избранія, но путемъ наивозможныхъ уступокъ всѣмъ партіямъ, она стремится освободить судебную власть отъ абсолютнаго господства партій. Непосредственная демократія, которая не въ такой мѣрѣ заботится о раздѣленіи властей, стремится передать избраніе судей законодательной власти. Парламентарная демократія, наиболѣе приближающаяся къ монархіи и

стремящаяся сдѣлать каждаго министра отвѣтственнымъ за подчиненныхъ ему должностныхъ лицъ, охотно сохраняетъ назначеніе судей за исполнительной властью. Насколько важна эта тенденція парламентарной демократіи, доказываетъ конституціонное опредѣленіе несомнѣнно относящейся къ этому типу республики Чили, по которому всегда должно существовать учрежденіе, завѣдывающее управленіемъ юстиціи въ болѣе тѣсномъ смыслѣ слова, т. е., высшимъ надзоромъ за правосудіемъ, изданіемъ директивъ и хозяйственной стороною организациі судовъ (ст. 104: «Habrà en la República una magistratura á cuyo cargo esté la superintendencia directiva correccional y economica sobre todos los tribunales y juzgados de la Nación con arreglo á la ley que determine su organizaci3n y atribuciones.»).

Таковы идеальные типы, но практика иногда уклоняется отъ нихъ.

II. Назначеніе судей въ государственной практикѣ демократій.

Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей, какъ уже сказано было, преобладаетъ избраніе судей народомъ. Но здѣсь имѣются два исключенія. Существуютъ демократіи съ раздѣленіемъ властей, въ которыхъ исполнительная власть, либо глава исполнительной власти назначаютъ судей, сюда относится С.-А. Союзъ (ст. II, разд. II, § 1, однако «съ вѣдома и согласія сената»), далѣе 8 отдѣльныхъ штатовъ Союза (см. К. Ulrich, die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, Zürich 1904, S. 48), а также отдѣльныя центрально- и южно-американскія республики (какъ-то: Аргентина, ст. 86, п. 5, съ согласія сената, то же и Куба, ст. 47 п. 4; Бразилія

ст. 48, п. 12; Парагвай, ст. 113, Панама устанавливаетъ такой порядокъ для верховнаго суда, ст. 73, п. 17, что судьи низшихъ судовъ назначаются высшимъ судебнымъ учрежденіемъ, ст. 92: *Los Magistrados y Jueces serán nombrado por la Corte, Tribunal ó Juez inmediatamente superior en jerarquía*). Но существуютъ и такія демократіи съ раздѣленіемъ властей, которыя поручаютъ избраніе судей законодательной власти, какъ цѣлому. Сюда относятся отдѣльные штаты Союза: Родъ-Айлэндъ, Виргинія, Сѣверная и Южная Каролины, Георгія и Вермонтъ; далѣе большинство центрально-американскихъ республикъ, — кромѣ Панама, гдѣ судьи назначаются исполнительной властью, и Гватемалы (ст. 52, п. 9), гдѣ судьи выбираются народомъ, — и, наконецъ, большинство южно-американскихъ республикъ. Особо здѣсь слѣдуетъ упомянуть только о Боливіи, гдѣ судьи верховнаго суда избираются палатою депутатовъ на основаніи предложенія сената (ст. 116), а судьи низшихъ судовъ назначаются высшими судами (ст. 117), и о Перу, гдѣ верховные судьи назначаются конгрессомъ на основаніи предложенія исполнительной власти, а прочіе назначаются исполнительной властью на основаніи предложенія высшихъ судовъ (ст. 126).

Нѣкоторыя демократіи съ раздѣленіемъ властей пытались ослабить партійныя вліянія, сказывающіяся при выборахъ судей, созданиемъ представительства меньшинства въ судахъ. Такъ, напр., штатъ Нью-Йоркъ устанавливаетъ, что при выборахъ въ апелляціонный судъ каждый избиратель можетъ избирать помимо предсѣдателя только четырехъ судей изъ шести. Благодаря этому ограниченному голосованію становится возможнымъ представительство меньшинства. Тотъ же порядокъ установила конститу-

ція Иллинойса 1870 г. для окружного суда, circuit court, одного графства (Cook), и Пенсильванія (въ 1873 г.) для выборовъ въ верховный судъ. Штатъ Огайо ввелъ для этихъ выборовъ въ верховный судъ кумулятивное голосованіе (въ 1873 г.).

2. Въ парламентарной демократіи исполнительной власти принадлежитъ назначеніе судей (Франція, ст. 3 Loi const. 22 февр. 1875 г.; Гаити, ст. 133; Чили, ст. 73, п. 67). Тѣ юридическія мѣры, которыя предусматрѣны монархіей противъ злоупотребленій властью назначенія, съ необходимыми измѣненіями примѣняются и тутъ. Но мировые судьи, на долю которыхъ приходится главная масса разбирательствъ низшей подсудности, даже въ парламентарной демократіи выбираются народомъ (кромѣ Гаити, гдѣ они назначаются главою исполнительной власти). Въ Венецуэлѣ судьи верховнаго суда избираются конгрессомъ, при чемъ принимаются во вниманіе кандидаты всѣхъ провинцій (ст. 91 сл.). Прочіе же судьи назначаются главою исполнительной власти (ст. 80, п. 24).

3. Въ непосредственной демократіи господствуетъ принципъ избранія судей законодательною властью; этотъ принципъ мы встрѣчаемъ въ Швейцаріи и при томъ какъ въ Союзѣ (ст. 107), такъ и въ большинствѣ кантоновъ. Народные выборы встрѣчаются въ общемъ только въ кантонахъ съ Landesgemeind'ами (т. е. земскими общинами: см. выше), далѣе въ кантонахъ Базель—городъ и Тессинъ. Въ Швицѣ и Аппенцелѣ-Ауссерроденѣ одни только уголовные суды изъяты отъ народныхъ выборовъ. Въ остальныхъ кантонахъ избраніе судей, по крайней мѣрѣ судей высшихъ судовъ, поручается законодательной власти (Большому Совѣту либо законодательному учрежденію другого наименованія) (см. Ulrich,

цит. соч. стр. 115 сл.). Во всѣхъ кантонахъ, кромѣ Фрейбурга, Ваадта и Женевы, мировые судьи избираются всѣми гражданами ихъ округа (участка), имѣющими право голоса. Въ нѣкоторыхъ кантонахъ при выборахъ въ суды должно соблюдаться пропорціональное представительство меньшинства (сюда относятся: Золотурнъ, ст. 11; Люцернъ, ст. 96 конст.; Тессинъ, ст. 22: «Le nomine generali dei membri dei Tribunali di Prima Instanza e del Tribunale di Appello e dei loro supplenti hanno luogo col sistema del voto limitato»); въ кантонѣ Цугъ избирательнымъ закономъ 17 апр. 1902 г., изданнымъ во исполнение конституціи 1894 г., введены пропорціональные выборы по системѣ конкурирующихъ списковъ). Въ Союзѣ при назначеніи на судейскія должности въ союзномъ судѣ (Bundesgericht) должны быть приняты во вниманіе всѣ три національныхъ языка (ст. 107). Конечно при судебныхъ выборахъ пропорція не имѣетъ даже приблизительно того значенія, что при выборахъ въ законодательныя и правительственныя учрежденія, потому что судебныя установленія не должны подобно законодательной власти выражать въ своихъ рѣшеніяхъ народную волю, они связаны только закрѣпленною въ законѣ, а стало быть, уже выраженною волею (Klōti, цит. соч. стр. 230 сл.), или, говоря словами Консидерана, судьи имѣютъ рѣшающій голосъ — *vote décisif*, но не представительный — *vote représentatif*. Но помимо того, повидимому опасно превратить партійное вліяніе на судебную власть въ своего рода юридическій институтъ. Ибо это легко могло бы повредить судейской независимости.

Тамъ, гдѣ въ демократіяхъ предписываются выборы, къ кандидатамъ предъявляются извѣстныя требованія, такъ, напр., обладаніе правами гражданина

государства, мужской полъ (за исключеніемъ штатовъ Уомингъ, Колорадо, Ута, Канзасъ и Идаго). Важно только требованіе юридической подготовки, но оно предъявляется только въ маломъ числѣ демократій (больше всего въ центрально- и южно-американскихъ республикахъ).

Тамъ, гдѣ установлены выборы, иногда судьи не могутъ отказаться ютъ должности, таковъ порядокъ въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ общинахъ — *Landsgemeinden*, — затѣмъ въ С.-Галленѣ, Люцернѣ и нѣкоторыхъ центрально- и южно-американскихъ республикахъ (напр. въ Эквадорѣ, ст. 114). Судейское званіе требуетъ опредѣленнаго профессиональнаго положенія, т. е. несовмѣстимости съ другими должностями и профессіями, которыя могли бы отвлечь судью отъ его главной цѣли. Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей сюда еще привходитъ требованіе полного обособленія судейскихъ функцій отъ законодательныхъ. Поэтому большинство демократій объявило исполненіе судейскихъ обязанностей несовмѣстимымъ съ функціями народнаго представителя.

III. Прекращеніе судейской должности.

При народныхъ выборахъ или вообще при выборахъ причиною увольненія отъ должности служить истеченіе срока. Вторичные выборы очень рѣдко запрещены. Въ республикахъ срокъ назначенія на должность колеблется между однимъ годомъ (Аппенцель-Иннерроденъ и Ауссерроденъ) и двадцать однимъ годомъ (въ Пенсильваніи). Но даже и тамъ, гдѣ судьи назначаются не пожизненно, а на совершенно опредѣленный срокъ, за ними въ томъ смыслѣ признана несмѣняемость, что они могутъ быть уволены отъ должности только на законныхъ основаніяхъ и на

основаніи судебного приговора. И въ республикахъ къ судьямъ примѣняется дисциплинарное производство, въ сѣверно-, центрально- и южно-американскихъ республикахъ оно облекается въ форму *Impeachment*'а. Въ Перу установлено публичное обвиненіе судей (*Popularklage*) за измѣну, взяточничество, отказъ въ правосудіи, за умаленіе и нарушеніе основныхъ правъ (ст. 130).

IV. Изъ всѣхъ функцій судебной власти самая главная — это юрисдикція. Нѣкоторыя сѣверно- и южно-американскія республики (какъ, напр., Эквадоръ, ст. 116) приписываютъ этой власти извѣстное право инициативы или, по крайней мѣрѣ, участіе при обсужденіи законодательною властью законовъ о юстиціи.

Въ большинствѣ демократій, особенно въ тѣхъ, которыя принадлежатъ къ типу демократій съ раздѣленіемъ властей, законъ предоставляетъ судебной власти право провѣрки конституціонности законовъ. Впервые пришли къ этой мысли отцы союзной конституціи; они обосновали это право провѣрки не тѣмъ, чтобы было создано превосходство судебной власти надъ законодательною, а тѣмъ, чтобы судьи, какъ слуги сувереннаго народа, были связаны прежде всего конституціею, а затѣмъ уже закономъ. («Federalist» № 71, стр. 521: «The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact and must be regarded by the judges, as a fundamental law... If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred: or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute.... Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the

judicial to the legislative power. It only supposes that the people is superior to both...»).*) Но эти доводы, приведенные въ пользу судебного контроля надъ законодательствомъ, по смыслу своему ограничиваются не только одною демократіею съ раздѣленіемъ властей, а въ равной мѣрѣ дѣйствительны для всѣхъ демократій. Во всѣхъ демократіяхъ какъ законодательная власть, такъ и судебная, являются въ одинаковой степени слугами народа, во всѣхъ демократіяхъ народъ есть господинъ надъ этими властями и одинъ слуга призванъ контролировать другого. Поэтому въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ Landsgemeinden (общинахъ), гдѣ въ остальномъ трудно обнаружить раздѣленіе властей, мы встрѣчаемъ такое судебное право провѣрки даже по отношенію къ законамъ Landsgemeinde, — таковы, напр., кантоны Ури (ст. 51, разд. 2—4) и Нидвальденъ (ст. 43). Здѣсь допускается право обращенія къ судамъ по поводу нарушенія правъ частныхъ лицъ, учиненнаго постановленіями законодательствующей общины, Landsgemeinde (см. Ryffel, цит. соч. стр. 222); такъ, напр., ст. 43 конституціи Нидвальдена гласитъ: «Если кто-либо считаетъ нарушенными свои частныя права постановленіемъ Lands-

*) «Толкованіе законовъ есть собственное и особое призваніе судовъ. Конституція есть на самомъ дѣлѣ основной законъ и судьи должны считать ее таковою. Если бы оказалось между ними (т. е. конституціей и закономъ) непримиримое противорѣчіе, то та, которая имѣетъ преимущественную обязательность и силу, должна быть и на дѣлѣ предпочтена, или, другими словами, Конституція должна быть предпочтена закону... Но это слѣдствіе не предполагаетъ, какъ это думаютъ нѣкоторые, превосходства судебной власти надъ законодательной. Предполагается только, что народъ выше обѣихъ этихъ властей.» (Пр. пер.)

gemeinde, онъ можетъ обратиться къ законному судѣ.» Аналогична съ ней ст. 51 конституціи Ури: «То, что Landsgemeinde постановляетъ въ предѣлахъ своихъ полномочій, является закономъ страны и должно соблюдаться какъ законъ. Если же кто-либо считаетъ свои частныя права нарушенными постановленіемъ Landsgemeinde, то онъ можетъ обратиться къ обыкновенному суду. Этотъ послѣдній обязанъ добросовѣстно, на основаніи актовъ, разобрать споръ между народомъ и истцомъ.» Въ остальныхъ швейцарскихъ кантонахъ и во Франціи не установлено матеріальнаго права провѣрки законовъ судьями, хотя именно во Франціи часто раздавались голоса въ пользу этого права (Дюги, цит. соч., стр. 656 сл.). Но что это право провѣрки по существу своему не противорѣчитъ парламентарной демократіи, доказываютъ двѣ республики, въ конституціяхъ которыхъ категорически признано это право: Гаити (ст. 147) и Венецуэла (ст. 95, п. 10).

§ 11.

Государственная служба.

I. Общія начала.

Идеальный типъ народоправства не даетъ бюрократіи вырости въ профессиональную обособленную касту. Поэтому демократія переноситъ центръ тяжести назначенія чиновниковъ на періодически повторяющіеся народные выборы, она предоставляетъ чиновникамъ права и возлагаетъ на нихъ и обязанности, но она не идетъ такъ далеко, чтобы предоставить чиновникамъ соціальныя и другія привилегіи, не связанныя по необходимости съ должностнымъ положеніемъ и превращающія чиновниковъ въ гражданъ пер-

ваго класса; вмѣстѣ съ тѣмъ демократія не охраняетъ особо чиновниковъ, если прочіе граждане привлекаютъ ихъ къ суду за нарушение обязанностей. Наконецъ она препятствуетъ образованію *esprit du corps*, обособленнаго духа чиновничества, съ особой профессиональной и сословной честью. Поэтому въ демократіи обыкновенно нѣтъ и особаго дисциплинарнаго права, оно цѣликомъ поглощается общимъ уголовнымъ правомъ. Нарушеніе должностныхъ обязанностей здѣсь во всякомъ случаѣ карается, но если даже высшія начальствующія учрежденія налагаютъ соответствующее наказаніе, — что иногда бываетъ, — то это подлежитъ послѣдующей провѣркѣ обыкновенныхъ судовъ. Однако, устраненіе отъ должности, какъ слѣдствіе нарушеній обязанностей службы, можетъ послѣдовать только на основаніи приговора общаго суда. Таковъ идеальный типъ демократіи. Онъ стремится сдѣлать изъ чиновника не простаго государственнаго служащаго, а свободный органъ съ определенными установленными закономъ правами и обязанностями. Но на практикѣ осуществленію этого идеальнаго типа мѣшаютъ тѣ обстоятельства, что государство должно располагать образованнымъ профессиональнымъ чиновничествомъ для упорядоченія современныхъ сложныхъ жизненныхъ отношеній, что оно должно требовать отъ своихъ чиновниковъ полнѣйшаго посвященія себя службѣ и профессиональнаго образованія, — вознагражденіемъ чего и служатъ особія права чиновничьяго корпуса. Какъ мы сейчасъ увидимъ, практика современной демократіи пытается создать болѣе или менѣе удачный компромиссъ между этими двумя тенденціями.

II. 1. Назначеніе чиновниковъ. Непосредственная демократія въ Швейцаріи исходитъ изъ принципа на-

родныхъ выборовъ, только высшія учрежденія (правительство и высшій судъ) иногда выбираются законодательною властью. Посредствующія учрежденія замѣщаются въ французскихъ кантонахъ по назначенію высшаго учрежденія (см. Schollenberger I, стр. 118 сл.). Основаніе къ этому было указано еще Руссо въ его «Contrat social»: «Носители исполнительной власти не суть господа народа, а его служащіе: онъ можетъ ихъ назначать и смѣщать, когда ему угодно» (liv. III, ch. XVIII: «Les dépositaires de la puissance exécutive ne sont point les maîtres du peuple, mais ses officiers: il peut les établir et les destituer quand il lui plaît.»). Преобладаетъ принципъ неограниченной переизбираемости.

Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей дѣйствуетъ принципъ, по которому исполнительная власть отвѣтственна передъ народомъ, но не передъ законодательною властью, ибо это противорѣчило бы принципу раздѣленія властей. Эта отвѣтственность осуществляется двояко: 1) въ крайнихъ случаяхъ при помощи impeachment'a, предъявляемаго законодательною властью отъ имени народа, 2) народными выборами: чиновникъ, плохо исполняющій свои обязанности, вторично не переизбирается. Но такъ какъ введенная въ Соединенныхъ Штатахъ президентомъ Джексономъ система народныхъ выборовъ дала на опытѣ, въ періодѣ 1830—50 г.г., очень плохіе результаты, то съ тѣхъ поръ наступила реакція противъ этого когда-то всесильнаго принципа. Нынѣ эту отвѣтственность передъ народомъ видятъ въ томъ, чтобы только высшія должности исполнительной власти замѣщались путемъ народныхъ выборовъ, между тѣмъ какъ подчиненныя должности замѣщаются въ порядкѣ назначеній со стороны главъ исполнительной власти.

(Goodnow, Principles of Administrative States in the U. S. 1905, стр. 233). Чтобы ослабить здѣсь систему «spoils», — т. е. военной добычи, каковой считаются должности при смѣнѣ партійнаго господства, — ибо онѣ распредѣляются между алчущими должностей партійными дѣятелями, — въ Союзѣ, а также въ большинствѣ штатовъ введена система государственныхъ экзаменовъ, которая, однако, оставляетъ желать многого, главнымъ образомъ потому, что большая часть чиновниковъ еще не подвергается испытаніямъ (Fich, The Civil Service and Patronage, 1905, Harvard Historical Studies, vol. XI, ch. 11). Почти совершенно упраздненъ также и принципъ непереизбираемости (т. н. rotation in office), весьма способствовавшій системѣ грабежей «Spoils» и слишкомъ быстрой смѣнѣ должностныхъ лицъ, хотя и по сію пору два штата, Массачусетсъ и Виргинія, считаютъ этотъ принципъ необходимымъ принципомъ республики — что вполне согласуется съ его пуританскимъ происхожденіемъ, ибо онъ былъ выдвинутъ еще Гаррингтономъ въ его «Осеана», — а конституція Мэриленда еще понынѣ гласитъ, что долготнее отправленіе должности исполнительной власти опасно для народной свободы, смѣна же должностныхъ лицъ (Rotation) является будто бы однимъ изъ лучшихъ средствъ обезпеченія этой свободы.

Парламентарная демократія очень ограничиваетъ принципъ народныхъ выборовъ, ибо только благодаря назначенію чиновниковъ главою исполнительной власти, либо министрами, законодательная власть можетъ требовать отъ этихъ главъ необходимой отвѣтственности за должностныя и административныя дѣйствія всѣхъ чиновниковъ вплоть до низшихъ. И только благодаря такому порядку замѣщенія должностей парламентарная демократія можетъ дѣйствительно сохра-

нить эту отвѣтственность и обезпечить необходимое для всякаго парламентарнаго режима вліяніе законодательной власти на управленіе. Поэтому во всѣхъ парламентарныхъ демократіяхъ мы встрѣчаемъ назначеніе чиновниковъ главою исполнительной власти, либо — специально назначенными для того исполнительною властью учрежденіями. (Франція, ст. 3 конституціоннаго закона 25 февр. 1875 г.; Гаити, ст. 100; Чили ст. 73, п. 6 и 8; Санъ-Доминго, ст. 51, п. 13 слл. и Венецуэла, ст. 80, п. 24).

2. Права и обязанности чиновниковъ современной демократіи подобны правамъ и обязанностямъ чиновниковъ монархіи. Разница только въ томъ, что здѣсь нѣтъ чиновничьихъ привилегій, и не создается особаго привилегированнаго положенія для должностнаго лица. Даже право на пенсію и въ непосредственной демократіи и въ демократіи съ раздѣленіемъ властей разсматривается какъ институтъ, противорѣчащій государственному устройству и принципамъ республики (для Соед. Штатовъ см. Goodnow, стр. 290 сл., для Швейцаріи см. Escher, цит. соч., стр. 23 и Dubs, Das öffentliche Recht d. Eidgenossenschaft, I, стр. 123). Иначе смотреть на это парламентарная демократія, по всему своему существу приближающаяся къ монархіи. Но почти всѣ демократіи считаютъ существеннымъ условіемъ должностнаго положенія то, чтобы чиновники не были членами законодательныхъ учреждений, такъ какъ дѣятельность послѣднихъ могла бы быть легко искажена исполнительной властью. Эта несовмѣстимость установлена еще съ первыхъ шаговъ современной демократіи. Впервые она была высказана въ такъ наз. *selfdenying Ordinance* Долгаго Парламента, въ 1644 году; съ тѣхъ поръ она стала догмой современной демократіи, хотя имѣются и исключенія, а именно: въ

парламентарной демократіи — въ пользу министровъ, но также и въ демократіяхъ другихъ формъ (такъ напр., въ непосредственной демократіи: во внутреннихъ швейцарскихъ кантонахъ, въ Нидвальденѣ, гдѣ даже Landammann есть не только предсѣдатель правительственнаго совѣта, но и предсѣдатель земскаго совѣта (Landrat) и земской общины (Landsgemeinde); въ демократіи съ раздѣленіемъ властей напр., въ Перу, ст. 51.

3. Причинами прекращенія службы является: истечение срока — тамъ, гдѣ чиновники избираются народомъ, далѣе отказъ (но существуютъ исключенія, гдѣ отказы недопустимы, такъ, напр., въ нѣкоторыхъ Landsgemeinden; см. Schollenberger I, стр. 149) и, наконецъ, смерть и увольненіе со службы (отрѣшеніе отъ должности). Въ демократіи съ раздѣленіемъ властей, равно какъ и въ непосредственной демократіи отрѣшеніе отъ должности, замѣщаемой на основаніи народныхъ выборовъ, возможно обыкновенно только въ силу приговора общаго уголовнаго суда или какъ слѣдствіе Impeachment. Въ парламентарной демократіи отрѣшеніе отъ должности можетъ послѣдовать въ порядкѣ дисциплинарнаго производства, въ непосредственной демократіи такой порядокъ отрѣшенія является исключеніемъ (онъ существуетъ, напр., въ Шаффгаузенѣ и Бернѣ подъ названіемъ права отозванія (Abberufungsrecht), см. Schollenberger). Отвѣтственность чиновниковъ въ непосредственной демократіи и демократіи съ раздѣленіемъ властей носить въ большинствѣ случаевъ только гражданскій или уголовный характеръ, при чемъ преданіе суду не должно зависѣть отъ предварительнаго постановленія высшаго начальства обвиняемаго (это категорически выражено, напр., въ конституціи Мексики ст. 108; Сальвадоръ, ст. 143 и др.).

Но имѣются исключенія также и въ непосредственной демократіи, такъ что и здѣсь для судебного преслѣдованія чиновниковъ требуется предварительное постановленіе высшаго начальства (сюда относятся Фрейбургъ, Тургау и Бернъ). Нерѣдки также въ демократіи и болѣе короткіе давностные сроки для жалобъ противъ чиновниковъ.

Дисциплинарная отвѣтственность, какъ дополненіе уголовной, почти совершенно отсутствуетъ въ непосредственной демократіи и въ демократіи съ раздѣленіемъ властей, такъ какъ она предполагаетъ существованіе особаго духа, *esprit du corps*, который не долженъ развиваться въ чиновникѣ (см. Goodnow, Principles, цит. соч. стр. 303 сл.). Наоборотъ, парламентарная демократія не можетъ достаточно хорошо обойтись безъ нея, такъ какъ только дисциплинарная отвѣтственность, сплачивая чиновничество, можетъ создать правильную отвѣтственность министровъ передъ парламентомъ.

§ 12.

Самоуправленіе.

Самоуправленіе и демократію слѣдовало бы считать неразрывными союзниками, хотя бы уже потому, что только благодаря переложенію бóльшаго числа государственныхъ функцій на плечи самоуправления становится возможнымъ тотъ идеальный типъ демократіи, въ которомъ избранная народомъ должностныя лица отодвигаютъ на задній планъ профессиональное чиновничество. Но въ дѣйствительности дѣло обстоитъ не такъ. Большинство демократій современности установило очень ограниченное самоуправленіе коммунальныхъ союзовъ. Только въ нѣмецкихъ кан-

тонахъ Швейцаріи имѣется широкая автономія, какъ слѣдствіе ранѣе процвѣтавшей Landsgemeinde (см. Schollenberger, I, стр. 331). Въ остальныхъ кантонахъ, особенно въ итальянскихъ, въ южно- и центрально-американскихъ республикахъ самоуправленіе, будучи построено по наполеоновскому образцу, настолько же сужено въ пользу центральной власти, какъ и въ нынѣшней французской республикѣ (см. Bodley, La France, 1904, стр. 320, о нынѣшней парламентской практикѣ см. Pierre, № 527, 648, 1223, 1233). Но и въ сѣверо-американскихъ демократіяхъ самоуправленіе также очень слабо развито (см. Goodnow, Municipal Home Rule, 1906). Здѣсь въ слишкомъ сильной степени былъ перенятъ англійскій порядокъ, при которомъ законодательство обуздываетъ самоуправленіе при помощи системы частныхъ и мѣстныхъ актовъ, — private и local acts (см. мое *Englisches Staatsrecht*, I, стр. 503 слл. и II, стр. 452 слл.). Лишь въ новѣйшее время и въ Америкѣ стремятся при помощи категорическихъ конституціонныхъ опредѣленій искусственно создать право на самоуправленіе въ противовѣсъ законодательной власти (см. Goodnow, цит. соч., гл. V). Причина, по которой демократія не обращаетъ особаго вниманія на введеніе широкаго права на самоопредѣленіе, заключается прежде всего въ преобладаніи законодательной власти, на которомъ построена парламентарная демократія. Здѣсь полагаютъ, что система отвѣтственности министровъ достаточно контролируетъ правительство въ его отношеніи къ самоуправленію и поэтому парламентарная демократія не допускаетъ мысли о томъ, что законодательная власть должна быть ограничена въ интересахъ самоуправления. Демократія съ раздѣленіемъ властей и непосредственная демократія

усматриваютъ въ другихъ средствахъ контроля надъ законодательною властью, особенно въ правѣ судей провѣрять законы и въ референдумѣ, достаточныя средства защиты коммунальныхъ союзовъ противъ центральной власти, — справедливъ ли такой взглядъ — другой вопросъ.

§ 13.

Конституціонныя гарантіи: права свободы.

I. Историческое происхожденіе.

Права свободы возникли въ борьбѣ противъ всеобъемлющей полицейской власти абсолютнаго государства. Борьба эта впервые зародилась на англосаксонской почвѣ, гдѣ при Тюдорахъ и первыхъ Стюартахъ полицейская власть государства достигла своего расцвѣта. Творцомъ правъ свободы является революція пуританъ; эти права провозглашены уже въ «Agreement of the People» (ст. 8). Въ Новой Англии эти права получили дальнѣйшее развитіе. Представленіе о томъ, что каждый англичанинъ имѣетъ извѣстныя «прирожденныя права» — «birth right» — было перенесено ими изъ родины. Подъ вліяніемъ такихъ англійскихъ теоретиковъ, какъ Mathew Hale (Хэль) (1609 г. — 1676 г.) и Джонъ Локкъ (1632 г. — 1704 г.), пришли къ убѣжденію, что эти первоначальныя права англичанина существовали еще до возникновенія государственнаго общенія, что они принадлежатъ человѣку еще въ естественномъ состояніи, и что поэтому каждый законодатель долженъ считать ихъ неотчуждаемыми правами.

Одна изъ наиболѣе раннихъ декларацій правъ человѣка имѣется въ «General Fundamentals» Нью-

Плимута 1671 г. (см. Capen. History of Democracy, Hartford 1774 г., стр. 146 сл.). Прежде всего подписавшие, какъ свободнорожденные подданные англійскаго государства — «Freeborn subjects of the State of England», — другъ другу гарантируютъ, что ими безъ взаимнаго согласія не будетъ принятъ ни одинъ законъ и ни одно предложеніе, ибо только это соотвѣтствуетъ свободамъ англійскаго государства («which is acording to the free Liberties of the State of England»). Далѣе, особенно въ ст. III и слл., гарантируется равенство передъ закономъ и правосудіемъ, свобода личности, жизни, чести и собственности (ст. IV: «That no person in this government shall be endamaged in respect of Life, Limb, Liberty, Good name or Estate»). Гарантируется судъ присяжныхъ, свобода вѣры и совѣсти, свобода культа. Въ заключеніе дѣлается заявленіе о томъ, что эти неотчуждаемыя права человѣка не могутъ быть отмѣнены никакимъ человѣческимъ законодательствомъ (ст. IX: «And finally it is Ordered and Declared by this Court and Authority thereof, that al these foregoing Orders and Constitutions, are so Fundamentally essentials to the just Rights, Liberties, Common good and special end of this Colony, as that they shall and ought to be involiabile preserved»). *) Правда, здѣсь еще отсутствуетъ та строгая формулировка субъективнаго права, которая спустя столѣтіе появилась въ декла-

*) «И въ заключеніе постановляется и объявляется этимъ судомъ и его авторитетомъ, что всѣ предыдущія постановленія и конституціи суть столь существенныя основы справедливыхъ правъ, вольностей, общаго блага и спеціальной цѣли этой колоніи, что они будутъ и должны быть неизмѣнно сохраняемы.»

раціяхъ правъ человѣка ново-англійскихъ колоній, отпавшихъ отъ Англіи подѣ вліяніемъ такихъ учителей естественнаго права, какъ Хэлъ, Локкъ, Пуффендорфъ и Блэкстонъ. Замѣчательна конституція Виргиніи отъ 12 іюня 1776 г., которой предпосланъ такъ наз. «bill of rights», декларація правъ человѣка. За нею въ томъ же направленіи слѣдовали конституціи Пенсильваніи (28 сент. 1776 г.), Мэриленда (11 ноября 1776 г.), Сѣверной Каролины (18 дек. 1776 г.), Вермонта (8 іюля 1777 г.), Массачузетса (2 марта 1780 г.) и Нью-Гэмпшира (1783 г.). Онѣ служили прообразами для французскаго учредительнаго собранія 1789 г., которое подѣ вліяніемъ Лафайета приступило къ обнародованію «декларации правъ человѣка». Эта декларація помѣчена 26 авг. 1789 г. и буквально повторена во французской конституціи 1791 г. Отсюда она совершила свое шествіе черезъ Европу, а затѣмъ — центральную и южную Америку.

Французы (въ особенности Бутми) утверждаютъ, что французская декларація правъ человѣка является самобытнымъ продуктомъ французскаго національнаго духа, и въ частности будто бы извлечена изъ произведеній Руссо. Это воззрѣніе уже потому неправильно, что Руссо, какъ мы ниже увидимъ, не признавалъ по отношенію ко всемогущей «общей волѣ» — *volonté générale* — какихъ-либо неотчуждаемыхъ правъ человѣка. Еллинекъ въ своемъ трудѣ «*Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895*» совершенно опрокинулъ эту теорію французскаго самолюбія и обнаружилъ американское происхожденіе деклараціи. Если Еллинекъ выводитъ ученіе о субъективныхъ правахъ человѣка изъ предпосылокъ англійскаго объективнаго права, опираясь при этомъ на Блэкстона, въ трудѣ котораго „*Analysis of the laws*

of England“ 1754 г. будто бы уже имѣется такая формулировка правъ индивида, то Еллинекъ упустилъ изъ виду (см. мое *Engl. Staatsrecht*, I, стр. 18), что уже Hale въ своемъ «*Analysis of the Civil Part of the Laws*» въ разд. XIII далъ удачную формулировку правъ свободы англичанъ, какъ субъективныхъ правъ. Подъ заглавиемъ «о правахъ народа или подданнаго» (стр. 28) онъ пишетъ: «Права народа и его свободы по отношенію къ королю и ко всѣмъ подчиненнымъ королю магистратамъ заключаются въ томъ, что имъ (т. е. членамъ народа) должны быть обезпечены ихъ жизнь, свобода и собственность» («*The rights and liberties to be enjoyed by the people both in relation to the king and all his subordinate magistrates are, that they be protected by them and treated according to Their lives, Their liberties, Their estates.*»). Самъ Блэкстонъ въ предисловіи къ своему «*Analysis*» — который, впрочемъ, является только копіей «*Analysis'a*» Hale — говоритъ: «Изъ всѣхъ схемъ, созданныхъ до сихъ поръ для систематизаціи англійскаго права, самой естественной и научной является схема Mathew Hale...» Впрочемъ, не слѣдуетъ, по моему, переоцѣнивать значеніе «*Analysis'a*» въ разбираемомъ вопросѣ; вѣдь всѣмъ извѣстно, какъ мало оригинальны и въ наши дни такъ называемые «*Grundrisse*». Со временъ англійской революціи формулировка правъ свободы какъ бы нависла уже въ воздухѣ, а та или иная юридическая формула была поэтому наименѣе важна. Не духъ французовъ, но духъ пуританъ создалъ права свободы.

II. Функція правъ свободы въ современной демократіи.

Главная функція правъ свободы въ демократіи состоитъ въ выставленіи каталога субъективныхъ правъ, который предпосылается всякой конституціи, который долженъ быть признанъ всякою конституціею государства и быть неприкосновеннымъ для обычнаго законодателя. Это своеобразіе правъ свободы челоуѣка, состоящее въ томъ, что они составляютъ какъ бы договоръ, служащій основой государства, придаетъ имъ ту таинственную силу, какую этимъ правамъ приписывали прежніе демократическіе конституціонные законодатели. Эта таинственная сила состоитъ въ томъ, что права эти какъ бы гарантируются тѣми конституціями, которымъ они предпосланы. Они, такимъ образомъ, суть гарантіи конституціи.

Этотъ взглядъ на функцію правъ свободы или правъ челоуѣка встрѣчается прежде всего у отцовъ Сѣверо-Американскаго Союза. Хотя Гамильтонъ въ «Federalist'ѣ» (№ 82) и указывалъ на ненужность выставленія особаго билля о правахъ, «bill of rights», ссылаясь на то, что союзная власть есть только власть съ ограниченными и точно перечисленными полномочіями, и что въ извѣстной степени конституціи отдѣльныхъ штатовъ уже представляютъ bills of rights. Но тѣмъ не менѣе союзная конституція была утверждена отдѣльными штатами лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы къ конституціи въ формѣ поправки былъ присоединенъ каталогъ правъ свободы, что въ дѣйствительности и было сдѣлано тотчасъ же по вступленіи въ силу Союза. Джефферсонъ говоритъ о тогдашнемъ возрѣніи слѣду-

ющее (цит. у Cooley, Constitutional Limitations, стр. 315, 4 изд.): «Цѣли нашего государственнаго общества не требуютъ полнаго упраздненія всѣхъ нашихъ правъ въ пользу нашихъ обычныхъ правителей. Существуютъ извѣстныя части нашихъ правъ, которыя не нужны имъ для дѣйствительнаго управленія и которыя, какъ показываетъ опытъ, всегда подвергаются ихъ нападеніямъ, если предоставить имъ эти права. Существуютъ извѣстныя ограниченія, которыя оказались особенно пригодными противъ несправедливости...»

Эти слова Джефферсона напоминаютъ слова Руссо, который въ своемъ «Contrat social» говоритъ (I. II, chap. IV) въ главѣ: «Des bornes du pouvoir souverain»: «On convient que tout ce que chacun aliène par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté». *)

Подобно этому во французскомъ учредительномъ собраніи стремились создать такую декларацію правъ человѣка, которая могла бы представить на будущія времена общественный договоръ, обязательный для всѣхъ будущихъ правительствъ. Такъ, Лалли-Толлендаль тогда сказалъ: «что создана декларація, декларація правъ всѣхъ, которая до извѣстной степени является общественнымъ договоромъ, всеобщимъ соглашеніемъ» («qui soit pour ainsi dire un pacte

*) «О предѣлахъ суверенной власти»: «Надо согласиться, что изъ всего того, что каждый отчуждаетъ, путемъ общественнаго соглашенія, изъ своего могущества, имущества и свободы, обществу важно имѣть возможность располагать только частью этого.» (Пр. пер.)

social, un contrat universel» Archives parl. I, ser. VIII, стр. 222) и Деменье прибавилъ, что такая декларация правъ челоуѣка есть «принципъ, примѣняемый при всѣхъ правленіяхъ» («principe applicable à tous les gouvernements») (цит. источникъ, стр. 334).

Если, такимъ образомъ, это основное воззрѣніе на права свободы и ихъ функціональное значеніе типично для всѣхъ демократій, то практическое осуществленіе ихъ не во всѣхъ демократіяхъ одинаково. Наболѣе полно эти права осуществлены въ представительной демократіи американскаго типа. Здѣсь введенные конституціею органы считаются только агентами народа, за правильнымъ функціонированіемъ которыхъ слѣдитъ судебная власть. Обособленіе трехъ частей государственной власти и ихъ подчиненіе народу имѣетъ своимъ слѣдствіемъ, какъ мы видѣли, то, что судебная власть провѣряетъ акты двухъ другихъ частей государственной власти, — исполнительной и законодательной, съ цѣлью установленія того, согласуются ли они съ конституціею и не противорѣчатъ ли эти акты гарантированнымъ въ конституціи правамъ свободы. Такимъ образомъ дѣйствительность правъ свободы обеспечивается въ американскихъ конституціяхъ правомъ судебной провѣрки законовъ, которые могутъ быть объявлены отмѣненными, коль скоро они противорѣчатъ правамъ свободы. Поэтому Джефферсонъ «изъ страха передъ законодательствомъ» требуетъ выставленіе правъ свободы, гарантированныхъ конституціею. (Джефферсонъ въ письмѣ къ Мадисону отъ 15-го марта 1789 г., цит. у Cooley, цит. соч., стр. 317, примѣчаніе).

Иначе дѣло обстоитъ въ парламентарной демократіи, на примѣръ, во Франціи. Здѣсь парламентъ замѣ-

няетъ мѣсто суверена. Подчиненіе его дѣятельности судьямъ и судамъ есть нѣчто немыслимое. Отсутствуетъ также, какъ мы видѣли, тройкое раздѣленіе государственной власти и обособленіе властей въ духѣ демократіи съ раздѣленіемъ властей. По этой причинѣ французы (см. Дюги, цит. с., стр. 658) отклоняютъ практическое осуществленіе правъ свободы судами по американскому образцу и удовлетворяются тѣмъ, что устанавливаютъ чисто теоретически неконституціонность закона, противорѣчащаго «правамъ челоуѣка».

Непосредственная демократія могла лучше всего обойтись безъ «правъ челоуѣка» и ихъ практическаго осуществленія. Это доказывается уже примѣромъ античной демократіи! Такъ какъ каждый гражданинъ государства былъ властителемъ и подвластнымъ въ одно и то же время, то онъ не нуждался въ собственной охранѣ себя самого отъ себя-же, какъ властителя. Точнѣе всего это было выведено Руссо, главнымъ представителемъ непосредственной демократіи (Общ. договоръ, кн. I, гл. VII): «Суверень, будучи образованъ изъ составляющихъ его частныхъ лицъ, не имѣетъ и не можетъ имѣть интересовъ, противоположныхъ интересамъ послѣднихъ, поэтому суверенная власть не нуждается въ гарантіи противъ подданныхъ («Le souverain n'étant formé que des particuliers qui les composent n'a ni ne peut avoir d'intêret contraire au leur, par conséquent la puissance souveraine n'a nul besoin de garants envers les sujets.»). Такимъ образомъ, по мнѣнію Руссо, гарантіи конституціи не нужны.

Въ другомъ мѣстѣ Руссо высказывается и противъ сохраненія въ его идеальной непосредственной демократіи прирожденныхъ правъ (Общ. дог. кн. I, гл. VI): «такъ какъ это отчужденіе (т. е. отчужденіе

правъ индивида въ пользу общества) производится безъ оговорокъ, то союзъ становится совершеннымъ, насколько вообще онъ можетъ быть такимъ, и ни у одного изъ участниковъ нѣтъ болѣе особыхъ требованій («nul associé n'a plus rien à réclamer»); ибо, если бы у отдѣльныхъ личностей остались нѣкоторыя права, то, за отсутствіемъ высшей власти, которая могла бы рѣшать споры между ними и обществомъ, каждый, будучи въ нѣкоторыхъ вопросахъ своимъ собственнымъ судьей, скоро началъ бы претендовать стать таковымъ во всѣхъ вопросахъ: естественное состояніе продолжало бы существовать... («car s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui doit prononcer entre eux et le public, chacun étant en quelque point son propre juge, prétendrait bientôt l'être en tout: l'état de nature subsistait...»). Такимъ образомъ, если въ непосредственной демократіи и признаны конституціею права свободы, все же ни одинъ судья не можетъ гарантировать ихъ проведеніе, ибо этимъ онъ поставилъ бы себя выше *volonté générale*, воли общества, воплощенной въ законодательной власти. Поэтому изъ всѣхъ швейцарскихъ кантональных конституцій только двѣ снабдили судью правомъ провѣрки законовъ по американскому образцу. Но союзная швейцарская конституція 1848 г. повидимому находилась подъ вліяніемъ воззрѣній Руссо, когда она предоставила союзному собранію право провѣрки того, нарушилъ ли законодатель гарантированныя союзной конституціею права гражданъ (ст. 105 конституціи 1848 года: «Союзный судъ судить далѣе о нарушеніи гарантированныхъ союзною конституціею правъ, если къ нему по этому поводу поступить жалоба отъ союзаго собранія»). Лишь по предложенію Dubs'a, имѣвшаго въ виду

раздѣленіе властей по американскому образцу, союзный судъ въ настоящей союзной конституціи 1874 г. облеченъ правомъ провѣрки законодателя въ случаѣ нарушенія имъ конституціонныхъ правъ гражданъ. Но и это право контроля было признано лишь надъ кантональнымъ законодателемъ, чтобы по крайней мѣрѣ въ Союзной организации судебная власть не была поставлена выше законодательной (см. Burckhardt, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, 1905, стр. 848).

III. Содержаніе правъ свободы.

Содержаніе правъ свободы и челоѣка почти совпадаетъ съ соотвѣтственными формулами монархій (см. Часть I), только здѣсь эти формулы подробнѣе. Какъ доказательство, я приведу одну изъ новѣйшихъ американскихъ конституцій, конституцію Кубы 21 февраля 1902 г. Въ качествѣ правъ свободы и челоѣка тутъ фигурируютъ:

1. Равенство передъ закономъ, упраздненіе всякихъ личныхъ привиллегій (*privilegios personales*, ст. 11).

2. Законъ обратной силы не имѣетъ, кромѣ уголовнаго закона, болѣе снисходительнаго къ обвиняемому (ст. 12).

3. Никакой законъ и никакое распоряженіе административныхъ учрежденій не можетъ отмѣнить, либо измѣнить заключенныхъ договоровъ гражданъ (ст. 13).

4. Смертная казнь не можетъ быть вынесена политическимъ преступникамъ (ст. 14).

5. Гарантія свободы личности (ст. 15).

6. Обезпеченіе *Habeas-Corpus*, представленіе обвиняемаго спустя опредѣленный промежутокъ времени

слѣдственному суду или компетентному суду (ст. 16, 17 и 20).

7. Приказы о задержаніи могутъ исходить только отъ компетентнаго судьи, либо суда (ст. 18).

8. Никто не можетъ быть лишень своего законнаго судьи, осужденіе можетъ послѣдовать только въ формѣ, предусмотрѣнной закономъ или правомъ, уже ранѣе вступившими въ силу (ст. 19: «en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas establezcan»).

9. Никто не можетъ быть принужденъ давать свидѣтельскія показанія противъ самого себя, своего супруга или родственниковъ до 4-ой степени и свойственниковъ до 2-ой степени (ст. 21).

10. Гарантируется тайна корреспонденціи и частныхъ документовъ. Этотъ принципъ можетъ быть нарушенъ только въ опредѣленныхъ, перечисленныхъ въ законѣ случаяхъ уголовного разслѣдованія; во всякомъ случаѣ все не относящееся къ слѣдствію должно быть сохранено въ тайнѣ (ст. 22: «En todo casa se guardara secreto respecto de los extremos ajenos asunto que motive la occupación ó examen»).

11. Обезпеченіе правъ неприкосновенности жилища (ст. 23).

12. Никто не можетъ быть принужденъ перемѣнить свое мѣстопробываніе или свое мѣстожителство, кромѣ случаевъ, перечисленныхъ въ законѣ (ст. 24).

13. Гарантія свободы мнѣній и печати (ст. 25).

14. Свобода совѣсти и культа (ст. 26).

15. Гарантія свободы подачи петицій и права полученія резолюцій по нимъ (ст. 27): «y de que se le comuniquen la resolución que á ellas recaiga»).

16. Свобода собраній и коалицій съ промышленными цѣлями (ст. 28).

17. Свобода передвиженія (ст. 29).

18. Запрещеніе изгнанія изъ страны (ст. 30).

19. Свобода ученія, въ частности безвозмездное начальное обученіе за счетъ государства (ст. 31). Гарантія свободы обученія въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ.

20. Охрана частной собственности (ст. 32).

21. Запрещеніе конфискаціи имущества, какъ наказанія (ст. 33).

22. Налоги могутъ быть взыскиваемы только тогда, когда они были установлены законнымъ образомъ (ст. 34).

23. Гарантируется право патентовъ, равно какъ и авторское право (ст. 35).

Наконецъ, сюда еще присоединяется заслуживающая вниманія основная оговорка о томъ, что перечисленныя здѣсь права свободы не исключаютъ другихъ, проистекающихъ изъ того факта, что государство является народносуверенной демократіей (ст. 36). Аналогичныя опредѣленія имѣются и въ другихъ демократіяхъ, напр., въ Бразиліи (ст. 78).

Тѣмъ самымъ мы подошли къ главному различію между правами свободы въ демократіяхъ и въ монархіяхъ. Въ послѣднихъ дѣйствуютъ только тѣ права свободы, которыя перечислены въ конституціи. Таблица правъ свободы можетъ быть расширена въ демократіи въ силу того обстоятельства, что суды надзираютъ за ихъ осуществленіемъ и что въ общемъ здѣсь дѣйствуетъ принципъ: «Все, что не воспрещено, дозволено» (или какъ красиво выражается конституція Аргентины, ст. 19: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y á la moral publica ni perjudiquen á un tercero,

están sólo reservados á Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados» *).

Такъ, напр., въ Швейцаріи изъ основнаго права равенства, гарантированнаго ст. 4 союзной конституціи, выводится запрещеніе отказа въ правосудіи, отказа въ выслушаніи передъ судомъ и запрещеніе произвольнаго толкованія закона (Burckhardt, стр. 89 сл.). Въ Соединенныхъ Штатахъ изъ свободы мнѣній, печати и религіи выводится freedom of culture, т. е. право всякаго гражданина получить какое ему угодно образованіе. По этой причинѣ всякое запрещеніе вивисекціи въ научныхъ цѣляхъ считается противнымъ конституціи (см. Freund, Police Power, 1904, стр. 513 сл.). Изъ всеобщей свободы гражданъ государства выводится «freedom of private conduct», т. е. свобода устраивать безпрепятственно свои домашнія дѣла, и «freedom of social intercourse», т. е. свобода поддерживать дружескія отношенія со всякимъ по своему благоусмотрѣнію; эта свобода почитается основнымъ правомъ. Законъ штата Кентукки, который запрещалъ всѣмъ лицамъ мужского пола заговаривать на улицѣ съ проституткой — кромѣ ея родственниковъ-мужчинъ — былъ сочтенъ противнымъ конституціи, такъ какъ онъ противорѣчилъ упомянутому основному праву — «freedom of social intercourse» (Freund, цит. соч., стр. 488).

*) «Одинъ только Богъ вѣдаетъ частные поступки людей, а потому они не подлежатъ суду, если только они не нарушаютъ порядки, не противорѣчатъ общественной нравственности и не затрагиваютъ интересовъ третьихъ лицъ.» (Пр. ред.)

§ 14.

Государство и церковь.

I. Общія начала.

Отношеніе между церковью и государствомъ построено въ современной демократіи совершенно на иной почвѣ, чѣмъ въ современной монархіи. Въ монархіи это отношеніе, выраженное либо въ подчиненіи церкви государству, либо — государства церкви, есть нѣчто первичное, исторически данное, тягости коего лишь постепенно смягчались подъ вліяніемъ эволюціи освободительныхъ идей. Наоборотъ, въ современной демократіи первичнымъ и первоначально даннымъ является индивидуальная свобода совѣсти и культа, а отношеніе между государствомъ и церковью устанавливается только для защиты этой свободы (см. также Rothenbücher, *Trennung von Staat und Kirche*, 1908, стр. 46).

Это доказываютъ два примѣра стараго и новаго времени.

Уже въ 1539 году голландскій сектантъ, нѣкій Давидъ Юрисъ (Joris), въ своей книгѣ «Het Wonderboek» высказалъ слѣдующее: «Предоставьте каждому зеркалу его отраженіе, каждому году его дни и каждому человѣку его право жить согласно его вѣрѣ». На дѣвственной почвѣ Америки и одновременно въ Англии временъ Кромвеля пуритане и квакеры провозгласили первыя основы вѣротерпимости. Однимъ изъ самыхъ раннихъ предвозвѣстниковъ былъ Роджеръ Уильямсъ, который въ качествѣ проповѣдника въ Салемѣ (въ Массачузетсѣ) основалъ баптистскую церковь и тамъ училъ: «That civil rulers had no power

or authority to proscribe enjoin or regulate, religious belief». *) Вслѣдствіе этого онъ принужденъ былъ бѣжать и сталъ основателемъ Родъ-Айленда и Провиденса. Одно изъ первыхъ постановленій новой колоніи гласило, что избранное правительство имѣеть право издавать указы и декреты только по «гражданскимъ дѣламъ» («we do... promise to submit ourselves... to all such orders or agreements... only in civil things»). 19-го мая 1647 года общее собраніе новой колоніи приняло гражданское уложеніе, конецъ котораго гласить слѣдующее: «Во всѣхъ другихъ, здѣсь не запрещенныхъ отношеніяхъ всѣ люди могутъ жить по своей совѣсти и своему свободному убѣжденію, во имя Бога Своего, и да пасется стадо Всевышняго въ этой колоніи свободно, безъ всякаго угнетенія, во имя Бога Своего, Іеговы.» Такимъ образомъ свобода религіи становится въ извѣстной степени центромъ всякой политической активности, средоточіемъ всѣхъ гражданскихъ правъ свободы и отношенія между индивидомъ и государствомъ, а потому, разумѣется, также и основою отношенія между церковью и государствомъ.

Такъ какъ поддержка одной церкви вызываетъ предпочтеніе ея передъ другими и кромѣ того давленіе на совѣсть не принадлежащихъ къ ней плательщиковъ налога, то для завершенія гарантированной свободы совѣсти и культа необходимо отдѣленіе церкви отъ государства. Поэтому поправка I къ американской союзной конституціи и указываетъ на связь этихъ трехъ юридическихъ институтовъ: «Конгрессъ не долженъ издавать законовъ, вводящихъ государствен-

*) «Что гражданскіе властители не имѣютъ власти или авторитета давать приказанія или правила, относящіяся къ вѣрѣ.» (Пр. пер.)

ную церковь или препятствующихъ свободному исповѣданію религій.» Согласно ст. VI принадлежность къ какой-либо религіи не можетъ служить въ Соединенныхъ Штатахъ необходимымъ условіемъ для занятія должности или отвѣтственнаго поста. Эти принципы нашли признаніе и въ правѣ отдѣльныхъ штатовъ Союза.

Тѣ же аргументы, что и въ Соединенныхъ Штатахъ, были выдвинуты при самомъ послѣднемъ отдѣленіи церкви отъ государства, а именно во Франціи въ 1905 г. (см. законъ 9 декабря 1905 г.). Исходнымъ пунктомъ служила гарантія свободы совѣсти. А съ нею, какъ разсуждали при этомъ, не мирится никакая система «признанныхъ церквей» («cultes reconnus»). Она выходитъ однако за предѣлы принципа нейтральности государства, нарушаетъ индивидуальную свободу совѣсти, такъ какъ облагаетъ иновѣрнаго плательщика церковнымъ налогомъ и превращаетъ оплачиваемыхъ церковныхъ служителей въ государственныхъ чиновниковъ, а между тѣмъ только полнѣйшая независимость этихъ служителей обеспечиваетъ «истинный режимъ религіозной свободы» — «vrai régime de liberté religieuse» (Дюги, цит. с., стр. 602).

Такова цѣль отношеній. Свобода совѣсти обуславливаетъ въ демократіи свободу культа, свобода же культа обуславливаетъ отдѣленіе церкви отъ государства.

II. Объемъ свободы совѣсти и культа въ современной демократіи.

Такъ какъ оба эти права свободы образуютъ въ современной демократіи какъ бы краеугольный камень отношеній между государствомъ и церковью, то нѣтъ

ничего удивительнаго въ томъ, что здѣсь они идутъ гораздо дальше, нежели въ современной монархіи.

Какъ образецъ объема этихъ правъ свободы въ демократіи, я привожу Швейцарію, конституція которой (ст. 49 и 50) выставляетъ слѣдующіе принципы:

1. «Никто не можетъ быть принужденъ къ участию въ религіозной общинѣ, религіозномъ обученіи, либо къ совершенію религіознаго дѣйствія или подверженъ какимъ бы то ни было наказаніямъ изъ-за религіозныхъ воззрѣній.» Согласно съ этимъ принудительное обученіе въ связи съ установленіемъ церковныхъ школъ, какъ единственныхъ просвѣтительныхъ учрежденій, недопустимо. Наоборотъ, въ современной монархіи встрѣчается эта комбинація.

2. «Религіознымъ воспитаніемъ дѣтей до достиженія ими 16-лѣтняго возраста распоряжается въ духѣ вышеупомянутыхъ началъ лицо, располагающее родительскою или опекунскою властью.» Это начало приводитъ къ тому, что отецъ или лицо, располагающее родительскою или опекунскою властью, можетъ склонять малолѣтняго къ переходу въ другое исповѣданіе или къ отказу отъ всякаго вѣроисповѣданія, не измѣняя своей собственной религіи. Практика австрійскаго административнаго суда, согласно коей дѣти моложе 14 лѣтъ, послѣ рожденія которыхъ родители перешли во внѣвѣроисповѣдное состояніе, остаются въ прежней вѣрѣ отца или при наличности договора должны слѣдовать прежней вѣрѣ одного изъ родителей (см. Ф. Гусарекъ въ *Grünhuts Zschr.* Bd. 23, стр. 635), — была бы столь же немыслима въ Швейцаріи, какъ и практика большинства отдѣльныхъ пар-

тикулярныхъ правъ германскихъ государствъ *), которыя допускаютъ принудительное воспитаніе въ духѣ религіи отца либо отца или матери, смотря по полу дѣтей (см. Niedner, Einführungsgesetz zum V. G. B., 1901, стр. 251 сл.). Но въ Швейцаріи было бы также немыслимо и опредѣленіе, имѣющееся въ большинствѣ континентальныхъ монархій и въ Англіи, по которому отецъ не можетъ лишить своего ребенка обученія своей религіи. Въ Швейцаріи лицо, располагающее родительскою или опекунскою властью, пользуется полной свободой въ религіозномъ воспитаніи дѣтей, такъ что оно можетъ имъ не дать никакого религіознаго воспитанія, либо такое, какое ему захочется, и по отношенію къ школьнымъ властямъ оно пользуется полной свободой. Въ частности родитель, или заступающее его мѣсто лицо, можетъ самъ рѣшить, должно ли его дитя посѣщать въ училищѣ уроки закона Божія или нѣтъ (см. Burckhardt, стр. 500). Даже въ Англіи свобода отца не идетъ такъ далеко.

3. «Осуществленіе гражданскихъ или политическихъ правъ не должно быть ограничено никакими предписаніями или условіями церковнаго либо религіознаго свойства.»

Это начало провозглашено и въ современной монархіи, но насколько радикально оно проведено въ Швейцаріи, видно изъ того, что изъ-за него считается недопустимымъ ограниченіе активнаго избирательнаго права духовныхъ лицъ. Однако, здѣсь, очевидно, не дѣлается тотъ простой выводъ, что, стало быть, и избираемость духовенства не можетъ быть

*) Исключая Пруссію, гдѣ отцу принадлежитъ право свободнаго религіознаго опредѣленія, и Бадень.

ограничена (см., напр., ст. 75 союзной конституции и «Schweizer Staats- und Verwaltungsrecht, Schollenberger'a, I, стр. 51). Въ современной монархii, даже и тамъ, гдѣ проведено отдѣленіе церкви отъ государства, какъ; на примѣръ, въ Голландii, занятіе извѣстныхъ должностей находится въ зависимости отъ принадлежности къ определенному вѣроисповѣданію (см. Lohman, Onze Constitutie, 1901, стр. 295). Аналогичные порядки имѣются еще понынѣ въ Англии, гдѣ, напр., должности лорда-лейтенанта Ирландii и перваго лорда казначейства — First Lord of the Treasury — никогда не можетъ занимать католикъ.

4. «Религіозныя дѣла не могутъ освобождать отъ исполненія гражданскихъ обязанностей.»

5. «Никто не можетъ быть принужденъ вносить налоги, которые специально предназначены на нужды культа религіозной общины, къ которой онъ не принадлежитъ.»

Это начало не всегда соблюдается въ современной монархii, особенно въ германской (см. Drucksachen des Deutschen Reichstags, XI. Legislaturperiode, № 791). Свобода культа признана въ Швейцарii подъ условіемъ отсутствія всякаго *jus reformandi**) у государства (ст. 50, разд. 1). Она можетъ быть ограничена лишь въ интересахъ «порядка и общественнаго мира». Отсутствіе всякаго *jus reformandi* является характернымъ признакомъ демократической свободы культа въ противоположность свободѣ культа въ монархiяхъ.

И тутъ, конечно, имѣются исключенія, а именно: въ нѣкоторыхъ южно-американскихъ республикахъ одна церковь считается государственною.

*) Право разрѣшать или запрещать исповѣданіе определенной религіи въ государствѣ. Пр. ред.

III. При столь широкомъ признаніи свободы совѣсти и культа въ современной демократіи, завершение обоихъ правъ свободы отдѣленіемъ церкви отъ государства не повсюду проведено съ такой рѣшительностью, какъ, напр., въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, гдѣ религіозныя корпораціи подвергаются извѣстнымъ ограниченіямъ лишь въ приобрѣтеніи недвижимыхъ имуществъ. Во Франціи закономъ 9 декабря 1905 г. санкціонировано отдѣленіе церкви отъ государства, и государство не тратитъ больше денегъ на нужды культа. Ассоціаціи для управленія культа (*associations cultuelles*), въ частности католическія, желающія дальше пользоваться церковными зданіями и предметами, служащими для управленія культа и принадлежащими государству, должны подвергнуться широкому финансовому контролю государства (см. Дюги, стр. 610). Въ Швейцаріи отдѣленіе церкви отъ государства проведено только въ Женевѣ (1 января 1909 года; см. *Rothenbücher*, цит. соч., стр. 393); оно подготавливается въ Базелѣ — городѣ, но въ остальныхъ кантонахъ господствуетъ либо система координаціи, либо церковнаго верховенства въ тѣхъ же формахъ, что и въ Германіи (см. Часть I). Въ нѣкоторыхъ республикахъ Южной Америки еще по сію пору дѣйствуетъ система государственной церковности, къ остальнымъ же религіознымъ общинамъ проявляется только терпимость.

Такъ, напримѣръ, ст. 11, п. 13 конституціи Санъ-Доминго 1896 г. рядомъ съ возведеніемъ римско-католическо-апостолическаго вѣроисповѣданія на степень государственной религіи устанавливаетъ по отношенію къ другимъ культамъ одну только терпимость («*La tolerancia de cultos. La religión católica, apostólica y romana es la religión del Estado. Los*

demás cultos se ejerceran libremente en sus respectivos templos» *). Конституція Колумбії (ст. 38 конституції 1886 года) не только объявляет римско-католическую религію государственною, но и заставляет считать ее существеннымъ элементомъ «общественнаго порядка» («que sea respectada, como esencial elemento del orden social»). При этомъ другимъ культуамъ предоставляется свобода осуществленія религіи при томъ условіи, чтобы они не противорѣчили общественному порядку, законамъ и христіанской морали (ст. 40). На подобной же точкѣ зрѣнія стоятъ: Аргентина (ст. 2), Коста-Рика (ст. 50), Панама (ст. 26), Парагвай (ст. 3), Чили (поправка къ конституціи 1865 г., ст. 1), Уругвай (ст. 5) и Боливія (поправка къ конст. 14 сент. 1905 г.). Еще далѣе только что упомянутыхъ республикъ идетъ Перу, которая считаетъ римско-католическое вѣроисповѣданіе государственной религіей и не терпитъ никакихъ другихъ религіи (ст. 4: «La nación profesa la Religión Católica Apostólica Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio publico de otro alguna»**).

Въ противоположность имъ нижеслѣдующія республики Южной и Центральной Америки придерживаются образца Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ: Мексика (ст. 1 поправки къ конст. 25 сент. 1873 г.), практически, однако, осуществляющая такой

*) Терпимость къ культуамъ. Римско-католическая, апостолическая религія есть религія государства. Прочіе культы свободно отправляются въ соотвѣтственныхъ храмахъ. (Пр. пер.)

***) «Нація исповѣдуетъ католическую, апостолическую, римскую религію, государство ей покровительствуетъ и запрещаетъ публичное отправленіе всякой другой религіи.» (Пр. пер.)

же широкій полицейській контроль надъ культурами, какъ и Франція (см. Rothenbücher, цит. соч., стр. 35 слл.); Санъ-Сальвадоръ (ст. 12); Куба (конституція 1901 г., ст. 26); Гондурасъ (конституція 1904 г., стт. 46, 47, 49, 54); Эквадоръ (съ 1904 г., хотя и не вполне послѣдовательно, см. Rothenbücher, цит. соч., стр. 371 слл.) и Бразилія (ст. 72, пп. III—VII).



Предметный указатель.

А.

- Автоматическое распределение избирательных округов 84.
Agreement of the People 8.
Апелляція къ народу 15, 20, 54.
Australian Ballot 74.

Б.

- Бабефъ 101.
Barrier Act 32.
Bill of Rights 161.
Большинства принципъ 68.
Бюджетные законы 97.
Бюро парламентскія 91, 92.

В.

- Вето... 102, 138.
Вето противъ делегации права законодательствованія 106.
Williams, R. 172.
Vote décisif 76.
Vote représentatif 76.

Г.

- Hale 159, 161, 162,
General Fundamentals 159.

- Gerrymander 81.
Глава государства 112.
Государственная религія 178, 179.
Государственная служба 151.
Государственный совѣтъ 116.
Государственный экзамень 154.
Господство комитетовъ 90, 91.

Д.

- Двупалатная система 61.
Декларация правъ челоуѣка 164.
Декларация независимости (Declaration of Independence) 73.
Демократія, ея формы 22, 23.
Джефферсонъ о правахъ свободы 163, 164.
Діэты народнымъ представителямъ 87.
Дѣлопроизводство парламентское 89, 93, 94.

Ж.

Женское избирательное право 74.

З.

Законодательная власть, ея положеніе — отношеніе къ исполнительной власти 48, 49, 132—142.

Законодательство 138

Замѣстительство президента 121.

Запросы 125,

И.

Jefferson 163, 164.

И.

Избирательная обязанность 71.

Избирательное право 68.

Избирательная цѣнность избирателя 72.

Избранные 85.

Индивидуальная инициатива 47.

К.

Кальвинъ 112.

Квакеры 172.

Коллегіальный принципъ 112, 113.

Комитеты (господство ихъ) 90.

Congressional Government 93.

Консидеранъ 76.

Контроль надъ законодательной властью 88, 89, 90.

Contrat social 16.

Covenant 7.

Культы — свобода ихъ 174.

Л.

Lex regia 5.

Лильборнъ 8.

Log-rolling 95.

Локкъ 159.

М.

Мандатъ императивный 85.

Мильтонъ 114, 120.

Министры 121.

Множественная инициатива 47.

Монархомахи 7.

Монтескье — его ученіе въ Америкѣ 15.

Mornay, Ph. 7.

Н.

Надзоръ надъ министрами (цензура) 126.

Народная инициатива 105.

Народный суверенитетъ 30, 31, 48.

Непрерывность законодательной власти 132, 133.

О.

Обращеніе къ народу 15, 20, 54.

Однопалатная или двупалатная система 58, 61.

Отвѣтственность исполнительной власти 127—132.

Отдѣленіе церкви отъ государства 178.

Отдѣленія парламентскія (бюро) 92.

Отозваніе — право 29, 110.

П.

Парламентское дѣлопроизводство 89, 94.

Пересмотръ конституціи 43—48.

Плюральная инициатива 47.

Pouvoir constituant 7, 13, 30.

Права свободы 159.

Право отозванія 29, 110.

Право роспуска 109.

Прево-Парадоль 19.

Primary law 79, 80, 85.

Принципъ большинства 68.

Провѣрка законовъ, судебная 149, 151.

Пуритане — ихъ ученіе о государствѣ 6,

Пропорція 75.

Р.

Распредѣленіе избират. округовъ — автоматическое распредѣленіе 81, 84.

Референдумъ 98.

Референдумъ для обсужденія 105, 108.

Роспускъ (право) 109.

Rotation in office 154.

Руссо 16, 69, 166.

С.

Самоуправленіе 157.

Свобода культовъ 174.

Свобода религіи 173.

Selfdenying-Ordinance 155.

Свобода совѣсти 174.

Свободы (права) 159.

Сійэсъ 33, 71, 115

Судьи 144.

Суточное довольствіе 87.

У.

Уилльямсъ, Р. (Williams) 172.

Учредительная власть 13, 30.

Учредительная конвенція 31, 39.

Ф.

Federalist 14.

Финансовые законы 97.

Формы демократіи 22.

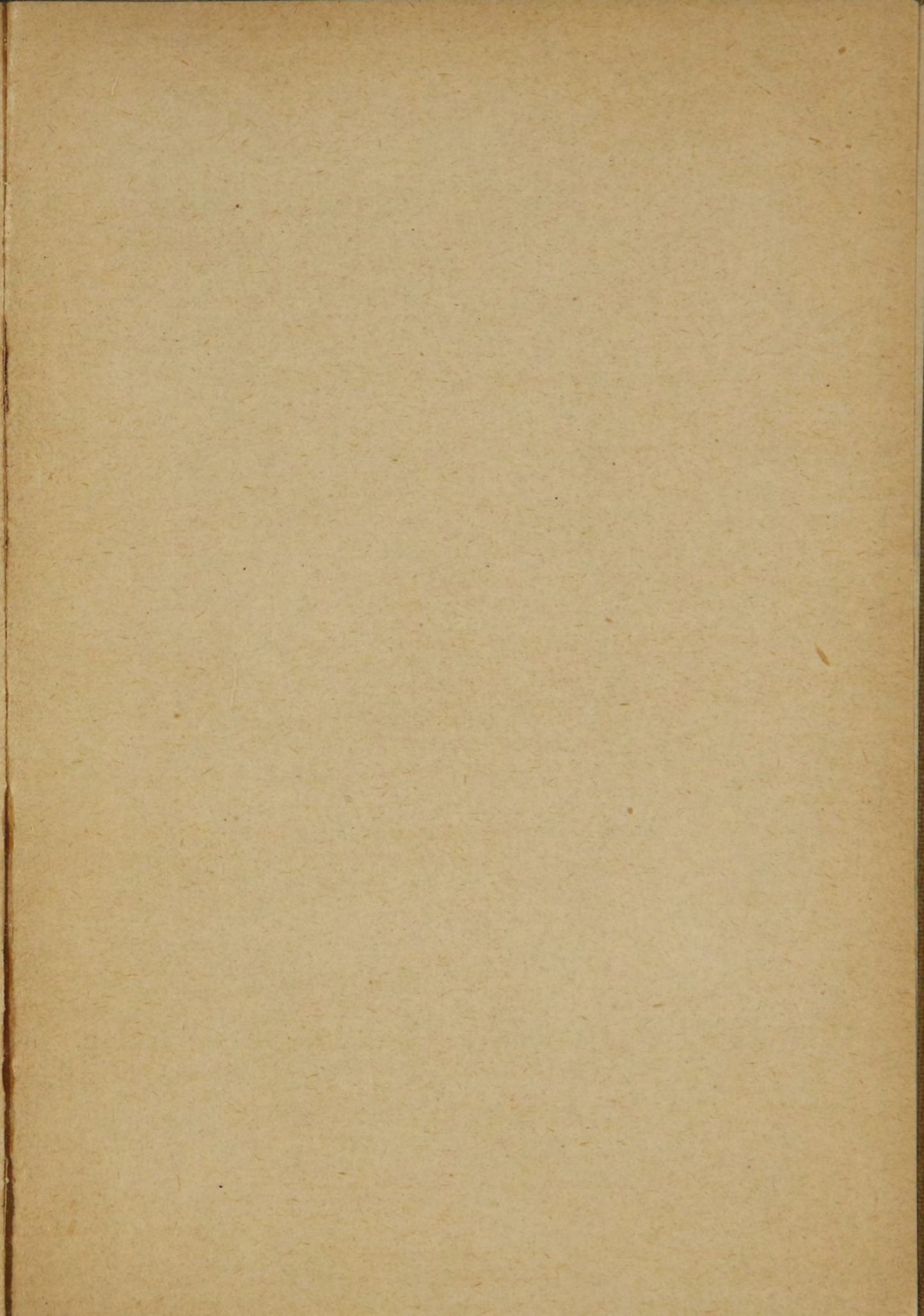
Fundamental Orders 11, 13.

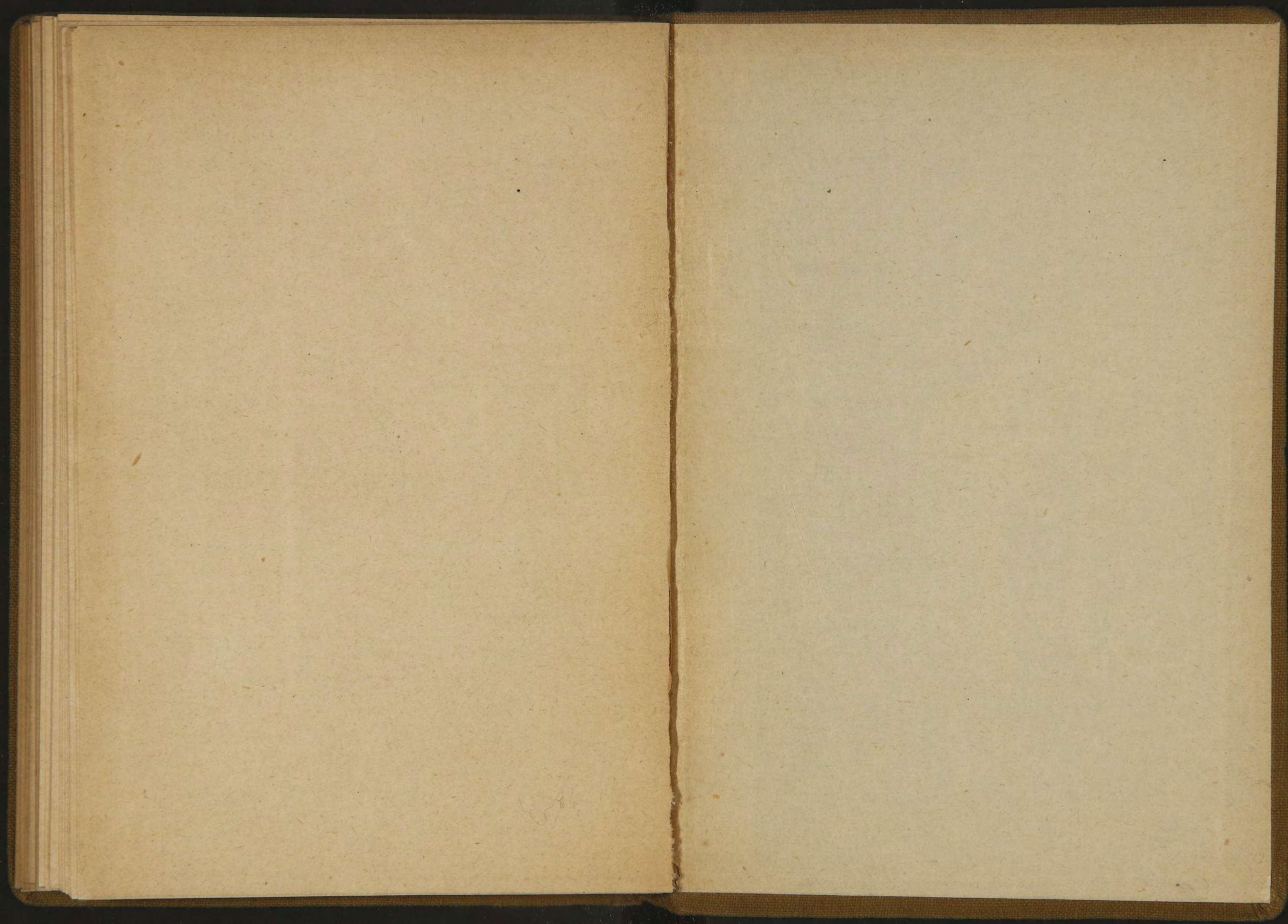
Х.

Хэлъ (Hale) 159, 161, 162.

Ц.

Церковь и государство. 172







Ташкент, Обшчественное издательство, 1980. 11