

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 342(477)

Ю. Барабаш, член-корреспондент НАПрН Украины, проректор по учебной работе Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», заведующий кафедрой конституционного права Украины Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Вопросы непосредственной демократии в теории и практике конституционного права Украины

Одними из главных индикаторов демократического развития любого государства являются нормативное обеспечение функционирования форм непосредственной демократии и их эффективное применение на практике. Причем эффективность определяется не только и не столько достижением определенного результата в виде принятия акта либо формирования представительного органа, сколько прозрачностью и «чистотой» референдумных и избирательных кампаний, а также гарантированностью реализации прав граждан на участие в реализации таких форм демократии.

Вместе с тем, невзирая на всю важность непосредственной демократии, современный европейский конституционализм, расставляя приоритеты в механизме осуществления государственной власти, все-таки закрепляет большие возможности в решении стратегических вопросов за

органами народного представительства. Вообще-то соотношение форм непосредственной и представительной демократии в реализации народом принадлежащей ему власти является достаточно сложным и спорным вопросом. Здесь трудно найти «золотую середину» и, самое главное, выявить критерии правильности в решении этого вопроса на конституционном уровне.

Во многом это определяется отсутствием универсального подхода к значению института референдума для осуществления народовластия. Не вдаваясь в подробности, которые традиционно освещаются при изложении курса конституционного права, можно лишь еще раз сказать, что слишком много факторов влияют на роль плебисцитарных форм в системе народовластия. И ярким примером потенциально возможной нестандартности причин может служить изменение

отношения к референдуму при принятии новой венгерской конституции.

Прежде следует сказать, что с самого момента провозглашения нового демократического курса в развитии Венгрии с завидной периодичностью как оппозиционные политики, так и просто непричастные к политике граждане, недовольные в основном результатами экономических реформ, пытались с помощью этой формы непосредственной демократии решать государственно важные вопросы.

В этом плане Конституционный суд Венгрии занял довольно принципиальную и однозначную позицию. Достаточно вспомнить его решение, вынесенное в 1993 г. (№ 2/1993)¹. Орган конституционного контроля указал на то, что в конституционном строе Венгрии представительство (деятельность избранных лиц) является приоритетной формой народного суверенитета. Такова была реакция Суда на предложение о проведении референдума о роспуске парламента. Было также указано, что основания досрочного прекращения полномочий парламента четко определены Конституцией и среди них нет такого, как роспуск по решению народного референдума.

Как здесь не вспомнить «народную» инициативу 2000 г. в Украине. Тогда среди референдумных был вопрос о досрочном прекращении полномочий Верховной Рады. Суд отклонил такую инициативу, сославшись на то, что «вынесение на всеукраинский референдум вопроса относительно недоверия Верховной Раде Украины

¹ Информация с сайта КС Венгрии: <http://www.mkab.hu/index.php?id=decisions#1990>.

при отсутствии названного института в Основном Законе Украины было бы нарушением такого конституционного принципа, как осуществление органами государственной власти своих полномочий в пределах, установленных Конституцией Украины, и принципов правового государства, которым провозглашена Украина» (Решение от 27 марта 2000 г. № 3-рп/2000).

Впоследствии «референдумная» политика в Венгрии сделала достаточно интересный кульбит. В 1991 г. был проведен референдум по введению прямых выборов президента. Однако он не состоялся из-за низкой явки (12 %). Не желая более рисковать, венгерские политики за 3,5 месяца до проведения референдума по вопросу о вступлении в НАТО снизили порог явки с 50 % + 1 избиратель до 25 % + 1 избиратель². Опасения оказались оправданными: на референдум пришло только 49,25 % граждан, имеющих право голоса³. Смягчение требований по явке спасло правительство и в 2003 г., когда на референдум был вынесен вопрос о вступлении Венгрии в Европейский Союз. Тогда явка составила лишь 45,62 % от общего числа избирателей.

Дальнейшее развитие событий еще раз подтвердило тезис о том, что непосредственная демократия может быть использована в умелых руках оппозиционных политиков как эффективное средство противодействия правительственным инициативам.

² Kaufmann B. Direct democracy in Europe / B. Kaufmann, Dane M. Waters. – Durham : Carolina Academic Press, 2004. – P. 68.

³ Информация с официального портала ЦИК Венгрии: www.valasztas.hu/.

Дважды, в 2004 и 2008 гг., на инициативные референдумы выносились такие вопросы социальной политики, предсказуемость решения народа по которым была практически очевидной. Так, в 2004 г. венгры высказались за оставление в государственной и коммунальной собственности здравоохранительных учреждений; еще одним вопросом было упрощение получения гражданства этническим венграм, получившим удостоверение венгра. Правда, опять-таки была невысокая явка – 37,49 %. Что касается референдума 2008 г., то его предметом также были злободневные социальные вопросы, а именно отмена ежедневных больничных сборов, платы за услуги семейных врачей и за обучение в государственных учебных заведениях.

Результатом этих «референдумных перипетий» стало определение в новой Конституции более высокого порога явки на референдуме (50 % + 1 избиратель). Политическое авторство нового конституционного акта принадлежит пронационалистической партии «Фидес», которая до этого пребывала в оппозиции и была инициатором упомянутых «социальных» референдумов. Однако, придя к власти, эта политическая сила решила не наступать на собственные грабли¹ и сразу же внесла обозначенные коррективы в референдумные правила.

Кроме чисто прагматичных причин, отдавая предпочтение представительской демократии, законодатели зарубежных стран могут основываться

и на других специфических для определенной политико-правовой системы аргументах. Так, размышляя по поводу несостоятельности референдумной демократии в Великобритании, канадский исследователь Л. ЛеДюк приходит к выводу о том, что основное препятствие для широкого использования института референдума: «использование референдумов может иметь своим последствием уничтожение суверенитета парламента, который всегда был главным принципом парламентского правления»².

Сегодня в Украине мы достаточно часто наблюдаем интересное явление: как только та или иная партия, представленная в парламенте, оказывается в оппозиции, ее представители начинают интенсивно говорить о референдуме как единственно возможном способе принятия стратегических государственных решений. При этом категорически не воспринимается аргументация относительно использования в этих ситуациях других предусмотренных Конституцией способов. Такое заигрывание с «суверенными» чувствами избирателей вряд ли может сослужить добрую службу становлению представительской демократии, чему является свидетельством постоянный катастрофически низкий уровень доверия граждан к парламенту (хотя при этом мы отдаем себе отчет, что причин такого отношения украинцев к Верховной Раде может быть намного больше и указанная вряд ли является первостепенной).

¹ Кюппер Г. Конституція Угорщини 2011 року / Г. Кюппер // Публічне право. – 2001. – № 4. – С. 26–27.

² ЛеДюк Л. Учасницька демократія: референдуми у теорії та на практиці / Л. ЛеДюк. – Х. : ЦОІ, 2002. – С. 38.

Во многом отношение к референдуму как более приоритетному способу решения государственных вопросов было обусловлено позицией Конституционного Суда Украины относительно правовой природы этой формы непосредственной демократии. В своих решениях Суд акцентировал внимание на том, что «положение статьи 75 Конституции Украины, согласно которому единственным органом законодательной власти в Украине является парламент – Верховная Рада Украины, не означает, что народ непосредственно на референдуме не может принимать законы, поскольку именно народ является единственным источником власти в Украине (часть вторая статьи 5 Конституции Украины)... Решение всеукраинского референдума относительно принятия законов (внесение в них изменений или отмены законов) является окончательным и не нуждается в утверждении или одобрении Верховной Радой Украины или любыми другими органами государственной власти Украины» (Решение от 16 апреля 2008 г. № 6-рп/2008).

Хотелось бы сказать несколько слов относительно возможного происхождения такой доктрины доминантного значения непосредственных форм народовластия в осуществлении государственной власти. С самого начала своей деятельности Конституционный Суд Украины начал активно оперировать такой категорией, как «учредительная власть Украинского народа». Достаточно вспомнить первые рассмотренные им дела. Так, в деле о вступлении в силу Конститу-

ции Украины Суд выступил с правовой позицией, согласно которой «Конституция Украины, как Основной Закон государства, по своей юридической природе является актом учредительной власти, которая принадлежит народу. Учредительная власть по отношению к так называемым установленным властям является первичной: именно в Конституции Украины признан принцип разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (часть первая статьи 6) и определено принципы организации установленных властей, включительно законодательную. Принятие Конституции Украины Верховной Радой Украины означало, что в данном случае учредительная власть была осуществлена парламентом» (Решение от 3 октября 1997 г. № 4-зп). До этого Суд в другом Решении указал также, что «принятие Конституции Украины Верховной Радой Украины было непосредственным актом реализации суверенитета народа, который только однократно уполномочил Верховную Раду Украины на ее принятие». Основными аргументами в пользу того, что полномочие по принятию Конституции имело характер *ad hoc*, по мнению Суда, являются отсутствие среди полномочий Верховной Рады права принимать новую Конституцию, а также необходимость использовать референдум как ратифицирующую стадию при внесении изменений в разделы Конституции, закрепляющие основы конституционного строя (Решение от 11 июля 1997 г. № 3-зп). Эти правовые позиции имели важное значение для дальнейшего определения

содержания доктрины реализации народовластия.

В связи с этим возникает ряд вопросов, и прежде всего: откуда у Суда появилась твердая уверенность в том, что именно народ уполномочивал парламент на реализацию его (народа) учредительных полномочий? Вкратце напомним основные этапы принятия действующей Конституции и изменения конституционного строя в целом. После провозглашения независимости 24 августа 1991 г. путем принятия Верховной Радой Акта о провозглашении независимости этот Акт был подтвержден на всеукраинском референдуме 1 декабря того же года. Фактически роль Основного Закона продолжала выполнять Конституция УССР 1978 г. Согласно этому конституционному акту новый Основной Закон мог быть принят парламентским путем. Во всяком случае об этом свидетельствовала норма п. 1 ч. 1 ст. 97 Конституции 1978 г.

Вместе с тем, если принять во внимание другие конституционные предписания, то вывод о том, что новая Конституция должна быть принята парламентским путем, не является таким однозначным. В частности, согласно ст. 5 Основного Закона 1978 г. самые важные вопросы государственной жизни выносятся на всенародное обсуждение, а также ставятся на всенародное голосование (референдум). (Трудно себе представить, что может быть важнее для дальнейшего государственного строительства, чем принятие новой демократической Конституции?!)

В дальнейшем референдумный способ еще не единожды обозначался как единственно возможный путь установления нового конституционного строя. Так, в Концепции новой Конституции Украины, утвержденной Верховной Радой 19 июня 1991 г., предполагалось, что именно на референдуме должна быть принята Конституция. Сюда же можно отнести и одно из заключительных положений Конституционного договора 8 июня 1995 г. (который на непонятных правовых основаниях был заключен между парламентом и главой государства и выполнял функции Основного Закона до принятия новой Конституции): на переходный период запрещалось проводить референдум по любым вопросам, кроме как принятие новой Конституции, текст которой должен быть согласован сторонами, подписавшими договор (правда, при этом согласно договору за самой Верховной Радой формально оставалось право принять новый Основной Закон).

Все последующие после принятия договора события указывают на то, что замыслы обеспечить максимальную легитимность новой Конституции через утверждение ее на референдуме были оттеснены настоящей политической войной, развернувшейся между Верховной Радой и Президентом. Квинтэссенцией «конституционного противостояния» стали принятие 26 июня 1996 г. главой государства указа о проведении референдума по вопросу принятия новой Конституции и пущенный практически в то же время в кулуарах парламента

слух о готовящемся решении Президента распустить Верховную Раду из-за несостоятельности последней как субъекта принятия нового Основного Закона. Естественно, что после всего этого парламентариям было не до размышлений о способах легитимации конституционного строя.

Мне бы хотелось, чтобы приведенные размышления не были поняты читателями как сомнения автора относительно легитимности действующей Конституции. Отнюдь. Под сомнения мы ставим правовые позиции Конституционного Суда по этому поводу. Поскольку ту «народно-молчаливую» легитимность, которую приобрел действующий конституционный строй, трудно (если вообще необходимо) объяснить правом принятия Конституции, которым по непонятным учредительным каналам наделил Верховную Раду Украинский народ (Решение от 3 октября 1997 г. № 4-зп). При этом Рада, по мнению Суда, путем принятия Конституции опосредовала суверенную волю народа (Решение от 5 октября 2005 г. № 6-рп/2005). Или же приводить в качестве аргумента отсутствие в действующей Конституции указанного права у парламента (Решение от 11 июля 1997 г. № 3-зп).

В конечном итоге легитимность действующей Конституции никто не оспаривает. Однако «референдумные возможности» народа в конституционном процессе остаются до конца непонятыми, исходя из следующих соображений. Когда в 2000 г. Президентом Л. Кучмой был провозглашен всеукраинский референдум, одним из

вопросов было определение способа принятия Конституции в будущем: «Согласны ли Вы с тем, что Конституция Украины должна приниматься на всеукраинском референдуме?». Конституционный Суд, рассмотрев Указ Президента о провозглашении референдума, признал такую постановку вопроса неконституционной. По мнению Суда, вынесение такого вопроса на референдум без выяснения воли народа относительно необходимости принятия новой Конституции вообще могло ослабить основы существующего конституционного строя (Решение от 27 марта 2000 г. № 3-рп/2000). Однако в дальнейшем Суд признал наличие у граждан на инициативном референдуме устанавливать новый строй путем принятия Конституции (Решение от 16 апреля 2008 г. № 6-рп/2008). При этом за скобками остался вопрос относительно необходимости двухступенчатости такой референдумной процедуры: сначала плебисцит по вопросу целесообразности принятия новой Конституции и только затем – утверждение текста нового Основного Закона.

Этот анализ существующих доктринальных позиций относительно конституционного процесса мы осуществили, исходя из учредительной природы референдума, как ее обозначил Конституционный Суд: «формой осуществления учредительной власти народом является референдум».

В этом контексте достаточно серьезный интерес представляет французская теория разделения учредительной власти на первоначальную

и установленную (институциональную). В изложении М. Гунеля эта теория выглядит следующим образом. Во-первых, первоначальная учредительная власть «проявляется в период кризисов, направляя процесс институционализации и способствуя созданию конституции». При этом исследователь выделяет два способа реализации такой власти – либо через принятие Основного Закона Учредительным собранием, либо же путем проведения учредительного референдума¹.

В свою очередь, установленная учредительная власть осуществляется в порядке, определенном действующей Конституцией. Прерогатива ее (власти) реализации, как правило, принадлежит представительному органу (парламенту). По сравнению с установленной первоначальной властью имеет определенное преимущество: находясь на стыке политики и права, первоначальная власть «является высшей властью для любой установленной власти, в том числе и для установленной учредительной власти»².

Другой видный представитель французской науки публичного права Ж.-П. Жаке, описывая первоначальную учредительную власть, отмечает, что это «власть факта, которая заключена в ее постоянстве и идеях, заложенных в эту власть, благодаря которым конституция разрабатывается»... Принятие Конституции влечет за со-

бой исчезновение первоначальной учредительной власти, которая, выполнив свою задачу, освобождает место для институциональной учредительной власти». Что же касается институциональной власти, то важным является то, что «она может действовать только в соответствии с конституционным актом и должна соблюдать ограничения, содержащиеся в конституции, в отношении процедуры пересмотра и содержания»³.

Пока что эта достаточно продуктивная теория не нашла своего надлежащего отображения в практике конституционного судопроизводства Украины. Доминирующей в решениях Конституционного Суда Украины остается правовая позиция, согласно которой учредительная власть народа признается «первичной» и, кроме того, «единой и неотчуждаемой» (Решения от 3 октября 1997 г. № 4-зп; от 5 октября 2005 г. № 6-рп/2005). Таким образом, остается открытым вопрос: какую тогда власть реализовала Верховная Рада, приняв 28 июня 1996 г. Конституцию, и какую власть будет реализовывать тот же парламент, внося изменения в Основной Закон?

Возвращаясь к вопросу о соотношении непосредственных и представительских форм в осуществлении народовластия, следует сказать, что хотя и не прямо, однако все-таки прослеживается определенное предубеждение в отношении форм представительской демократии, существующее в среде

¹ Гунель М. Введение в публичное право: Институты-Основы-Источники / М. Гунель. – М. : ИНТРАТЭК-Р, 1995. – С. 210–211.

² Там же. – С. 211.

³ Жаке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / Ж.-П. Жаке. – М. : Юрист, 2002. – С. 108.

юристов на постсоветском пространстве. Возможно, тому причиной является тот формализм, с которым руководство Советского Союза относилось к вопросам создания и функционирования местных, республиканских и общегосударственных Советов народных депутатов как органов, представляющих избирателей.

Также возможно и то, что в обществе, где уровень социального капитала является ничтожным, граждане больше воспринимают как адекватный выбор, сделанный самостоятельно, чем осуществленный их представителями (даже с учетом того, что представительский корпус формируется на таких же основах выборности).

Вместе с тем невидимая предубежденность формально перекрывается другими правовыми позициями, высказанными Судом. Так, принимая решение по делу о принятии Конституции и законов Украины на референдуме, Суд указал на то, что «правовое регулирование порядка осуществления непосредственной демократии, в частности референдума, направлено на то, чтобы соединить эти формы способами и средствами, которые характеризуют представительную демократию, взаимодополнить их, но не сделать конфликтными с возможной подменой парламента референдумом (или наоборот)» (Решение от 16 апреля 2008 г. № 6-рп/2008).

В этом контексте полезно вспомнить решение Конституционного суда Албании от 19 ноября 2003 г. Дело касалось возможности проведения референдума по вопросу об отмене

пенсионной реформы правительства (одним из основных положений реформы было повышение пенсионного возраста). Суд указал на то, что формы непосредственной демократии являются противовесом злоупотреблениям либо бездеятельности (в контексте стимулирования) представительной власти, особенно если мнение народа не учитывается. Но при этом должна уважаться деятельность институтов представительной демократии, а сам референдум не должен конкурировать с законодательной процедурой¹.

Другое интересное решение было вынесено Конституционным судом Словакии 20 мая 1997 г. Как и в предыдущем случае, речь шла о «референдумных» возможностях народа. Фактически Суду предлагалось дать оценку вопросов на уже инициированный правительством референдум, имеющий ряд предметов. Один из них – предложение о внесении изменений в Конституцию касательно прямых выборов Президента Республики. Суд в своем решении указал на то, что граждане вправе самостоятельно решать подобного рода вопросы, однако с учетом положения нормы ст. 72 Конституции, согласно которой исключительно парламент может принимать Конституцию, такое решение народа подлежит утверждению абсолютным большинством (3/5) парламентариев.

¹ Материал из базы данных Венецианской комиссии «CODICES»: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

Возвращаясь к анализу практики украинского органа конституционной юрисдикции относительно применения институтов непосредственной демократии в решении вопросов об изменении конституционного строя, следует упомянуть правовую позицию Суда, высказанную при решении дела об осуществлении власти народом. По мнению Суда, «надо понимать так, что только народ имеет право непосредственно путем всеукраинского референдума определять конституционный строй в Украине, который закрепляется Конституцией Украины, а также изменять конституционный строй внесением изменений в Основной Закон Украины *в порядке, установленном его разделом XIII*» (Решение от 5 октября 2005 г. № 6-рп/2005). Как видим, Суд не стал противопоставлять формы непосредственной и представительной демократии при интерпретации норм о порядке изменения конституционного строя. Фактически он указал на то, что, несмотря на исключительность права Украинского народа на изменение конституционного строя, он (народ) все равно не может выйти за пределы своей правосубъектности, определенной действующим конституционным правом, и должен применять собственный «демократический арсенал» в порядке и с помощью способов, установленных действующим Основным Законом.

Если же брать за основу обозначенный механизм конституционного реформирования, определенный разделом XIII Конституции, то становится очевидным, что в решении обозна-

ченных вопросов преимущество предоставляется представительным формам демократии, тогда как за непосредственными остается «окончательное слово», и то только в случаях, касающихся изменения основ конституционного строя (текстуально речь идет о положениях, зафиксированных в разделе I «Общие положения», разделе III «Выборы. Референдум» и разделе XIII «Внесение изменений в Конституцию Украины»).

Рассматривая проблематику референдумного права, нельзя обойти вниманием проблему легитимности решений, принимаемых на всенародном голосовании, особенно в контексте определения минимально необходимой явки граждан на голосование. Кроме упомянутых примеров из венгерского опыта, к подобным размышлениям подталкивает и последний референдум в Хорватии. Напомним, что на принципиально важный с точки зрения дальнейшего государственного развития плебисцит (ставился вопрос о вступлении этой страны в ЕС) пришло только 43,51 % избирателей. Среди причин низкой явки назывались второстепенность вопроса о вступлении Хорватии в ЕС, а также пессимистичное отношение хорватов относительно возможности решения существующих социально-экономических проблем сразу же после вступления в Союз¹. Однако после этого Государственная избирательная комиссия по инициативе Хорватской

¹ Тарасенко П. Хорватия пойдет в ЕС меньшинством / П. Тарасенко // Коммерсант. – 2012. – № 11 (4796).

чистой партии права подала запрос в Конституционный Суд относительно конституционности (легитимности) результатов референдума¹. Основной аргумент – отсутствие 50-процентной явки на плебисците, необходимость которой (явки) предусмотрена ст. 87 Конституции Хорватии.

Подобного рода примеры еще раз заставляют задуматься над обозначенным ранее вопросом: следует ли считать решение, принятое меньшинством, мнением всего народа? В нашем правопонимании легитимность результатов выборов будет определяться рядом факторов, среди которых и обеспечение равенства кандидатов, и отсутствие применения незаконных форм влияния на выбор избирателей (подкуп, применение админресурса и т. д.), и честность в итоговом подсчете голосов. При этом явка хотя и остается фактором легитимности, но отношение к ней является намного прозаичным, чем при определении легитимности результатов референдума. Возможно, причиной такого отношения является то, что в отличие от выборов, на референдуме граждане более адекватно осознают себя как единое целое, как носитель всей полноты государственной власти.

В этом контексте достаточно интересную позицию высказал Конституционный трибунал Польши. В решении по делу о референдуме по поводу

¹ Constitutional Court to weigh in on validity of referendum outcome [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.croatiantimes.com/news/General_News/2012-01-26/24711/Constitutional_Court_to_weigh_in_on_validity_of_referendum_outcome.

вступления этой страны в Европейский Союз Трибунал, оценивая политико-правовое значение референдума, на который явилось менее половины поляков, имеющих активное избирательное право, указал, что «такой результат следует рассматривать одновременно и как отсутствие согласия Народа-суверена на проведение референдума (то есть Народ-суверен решил не применять свое право принимать решение на референдуме)» (решение от 27 мая 2003 г. № К 11/03)². Вряд ли можно на сто процентов согласиться с такой аргументацией.

При этом следует ответить на вопрос: необходимо ли учитывать позицию граждан, которые не приняли участия в голосовании (точнее говоря, необходимость учета факта игнорирования ими голосования)?

Анализируя данный вопрос, не можем не вспомнить отношение Конституционного Суда Украины к законодательному предложению, согласно которому считалось, что «избиратели, которые не участвовали в голосовании на выборах, поддерживают результаты волеизъявления тех избирателей, которые приняли участие в голосовании на выборах». По мнению Суда, это положение «противоречит статье 69 Конституции, в соответствии с которой народное волеизъявление осуществляется через выборы, референдумы и другие формы непосредственной демократии. Это положение Закона не является определением народного волеизъявления, как и волеизъявление

² http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_11_03_GB.pdf.

отдельных граждан, исходя из того, что избиратели должны осуществить его на выборах лично» (Решение по делу о выборах народных депутатов Украины от 26 февраля 1998 г. № 1-рп/98).

Венецианская комиссия по вопросу явки на референдум занимает достаточно четкую позицию. В Кодексе надлежащей практики относительно референдумов эта авторитетная международная организация рекомендует не устанавливать в национальном законодательстве требований по кворуму. По мнению Комиссии, кворум участия объединяет избирателей, которые не участвуют, с теми, которые проголосовали «против». «К примеру, если 48 % избирателей поддерживают вопрос, 5 % выступают против, а 47 % не имеют намерения принимать участие, этим 5 % оппонентов достаточно только не вбросить бюллетени в избирательные урны, чтобы навязать собственную точку зрения, хотя они и составляют значительное меньшинство»¹.

Анализируя указанные правовые позиции авторитетных судебных и экспертных учреждений, можно высказать следующие соображения.

Во-первых, следует согласиться с мнением Конституционного Суда Украины о том, что с помощью правовых регуляторов нельзя нормировать необъективизированную в действиях или высказываниях позицию избирателей.

¹ Кодекс належної практики щодо референдумів // Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права. – К. : Логос, 2009. – С. 279, 288.

Во-вторых, вызывает определенное сомнение решение Конституционного трибунала Польши считать неявку на голосование высказыванием народа своего нежелания самостоятельно принимать решение именно таким способом. Следуя дальше логике Трибунала, можно констатировать, что народ доверяет своим представителям больше, чем самому себе. Даже если предположить, что в Конституции Польши заложен приоритет представительских форм в осуществлении власти народом, все равно трудно признать демократичной теорию, согласно которой нежелание граждан принять участие в референдуме означает нежелание (в силу недостатка знаний относительно предмета референдума либо других причин) самостоятельно определять свою судьбу, судьбу своего народа и государства.

Более того, возникает вопрос: а как быть в тех ситуациях, когда референдум согласно Основному Закону является единственно возможным способом принятия решения? Может возникнуть ситуация «замкнутого круга».

Правда, здесь следует уточнить один момент. В решении Трибунала речь шла о референдуме в порядке ч. 3 ст. 90 Конституции Польши (предмет – делегирование суверенных прав), который (референдум) является альтернативой парламентскому способу принятия решения, при этом, какой из двух способов применять, решает нижняя палата Сейма. В контексте изложенного Трибунал сделал вывод о том, что в случае, когда Народ

решит не принимать такое решение на референдуме путем неявки на голосование большинства из граждан, наделенных активным избирательным правом, Сейм вправе еще раз, на свое усмотрение, выбрать одну из предусмотренных процедур.

В-третьих, следует согласиться и с общим выводом Венецианской комиссии относительно нецелесообразности установления порога явки и аргументацией комиссии по этому вопросу. По нашему мнению, активные граждане, которым не безразлично свое участие в решении важных политико-правовых вопросов, не должны быть заложниками апатичного поведения их соотечественников¹. Если гражданам была предоставлена достаточная временная и доступная процедурная возможность принять участие в голосовании, тогда любой поиск потаенного решения не пришедшего на избирательные (референдумные) участки большинства можно считать для конституционного права не имеющим важного значения.

Естественно, что при этом политическая подоплека такого абсентеизма не может не приниматься во вни-

¹ Уместно вспомнить опыт обязательного участия в референдуме, которое было введено в ряде земель Швейцарии во второй половине XIX в.: достаточно большое количество избирателей, выполнив свою обязанность и явившись на голосование, опускали в урны пустые бюллетени. При этом их количество каждый раз увеличивалось: с 11 % в период 1869–1874 гг. до 18 % в 1885 г. (Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания / П. И. Новгородцев. – СПб. : Лань, 2000. – С. 165–166).

мание. Среди таких политических факторов следует отметить и общеевропейскую тенденцию к игнорированию любого рода плебисцитов, и постепенное доминирование протестных, антиэлитных форм высказывания гражданами своей воли, и осознание избирателями определенной предпрешенности результатов их волеизъявления в силу концентрации всех медиа-ресурсов как одного из основных факторов, влияющих на формирование мнения электората, в руках ключевых политических актеров, и запутанность вопросов референдума, и недостаток разъяснительной информации о них, непонятность значения результатов плебисцита². Однако в любом случае эти факторы могут влиять на конструирование любых других норм референдумного права (об альтернативной возможности парламентского способа принятия решений, о требованиях к информированию граждан о предмете референдума, о требованиях к формулировке вопроса плебисцита), но не на решение вопроса о необходимости установления порога явки.

Завершая разговор о «референдумных» возможностях народа, хотелось бы еще раз вернуться к правовой позиции Конституционного Суда Украины, высказанной им в Решении от 27 марта 2000 г. Тогда Суд увязал два принципа – принцип народовластия и принцип правового государства. Напомним, что при этом орган конституционного контроля поставил заслон возможности вынесения на референ-

² ЛеДюк Л. Указ. работа. – С. 36.

дум вопроса о недоверии парламенту, указав, что в противном случае будет иметь место нарушение принципа правового государства (правда, при этом был также упомянут принцип ограничения Конституцией государственной власти, хотя использование этого принципа в данном случае кажется довольно странным). Фактически Суд еще раз поднял вопрос об ограничении власти народа Конституцией. Или, если говорить более корректно, о необходимости соблюдения в процессе реализации народовластия соотношения форм непосредственной и представительской демократии, которое заложено в Основном Законе.

По нашему убеждению, народ как обладатель всей полноты власти не может быть лишен права решать тот или иной вопрос. Однако выбор способа решения должен определяться действующим конституционным строем. Другими словами, определенный вопрос может быть решен сувереном непосредственно на референдуме либо же от его имени представительским органом, то есть парламентом (или же легитимированным народом главой государства в отношении решения вопроса о роспуске парламента). В этом заключается один из принципов демократического характера государства (ст. 1 Основного Закона).

Что же касается принципа правового государства, то он больше относится к ситуации ограничения власти правом и законом (ч. 3 ст. 20 Основного закона ФРГ), чем к какому-либо ограничению учредительным актом

полномочий народа. Поэтому при решении вопроса о возможности вынесения на референдум вопроса о досрочном прекращении полномочий парламента Конституционный Суд должен был сослаться не только на принцип правового государства, но и на принцип демократического государства.

При этом не следует забывать о существующих в любом демократическом государстве определенных содержательных (материальных) ограничениях на изменение конституционного строя. В качестве примера последнего можно привести норму ч. 3 ст. 79 Основного закона ФРГ, согласно которой не допускаются изменения Основного закона, затрагивающие разделение Федерации на земли, принципы участия земель в законодательстве или принципы, закрепленные в статьях 1 и 20 (речь идет о таких принципах конституционного строя, как демократический, правовой и социальный характер государства, принцип народовластия, принцип уважения человеческого достоинства, принцип неотчуждаемости прав человека). По мнению Г.-П. Шнайдера, посредством нормы ч. 3 ст. 79 Основного закон «оттесняет исконную власть народа, касающуюся учреждения Конституции, и сводит ее к чисто революционной власти». «Поэтому с позиции права любое осуществление учреждающей Конституцию власти, которое не урегулировано самой Конституцией, а разворачивается помимо нее, так сказать, необузданно

и спонтанно, неизбежно носит характер переворота»¹.

Говоря о дальнейших перспективах развития украинской демократии в других плоскостях, нельзя не вспомнить о произошедшей реформе избирательного законодательства, а вместе с ней – и изменении избирательной системы о выборах народных депутатов Украины. В основе мотивации решения об изменении подходов к формированию общенационального представительского органа власти были аргументы относительно необходимости приведения действующего свода избирательных правил к новому (старому) конституционному строю (мы употребили такую странную формулировку, имея в виду события, произошедшие вследствие отмены Конституционным Судом Украины конституционной реформы 2004 г.). Кроме того, в обществе возникло определенное разочарование от деятельности парламента, дважды избираемого на пропорциональной основе. По большей части упреки касались принципа закрытости партийных списков и жесткой, местами доходящей до абсурда, внутрифракционной дисциплины. «Крепостное» депутатское право, смешавшись с абсолютной конъюнктурностью и самовольностью партийных лидеров, формировавших списки, вызвало у большинства электората ностальгию по временам мажоритарных выборов.

В конечном итоге были сформированы новые правила «избирательных

игр», которые теперь дают возможность попасть в парламент независимым кандидатам.

Вообще-то говоря, отношение к партиям в украинском политикуме и обществе довольно странное. Понимая их значимость для построения демократического государства во все годы независимости, а особенно после событий «оранжевой революции», политики предоставили им монопольное право на формирование списков претендентов на места в парламенте и сделали их влияние на работу этого представительского органа очень весомым. Ведь к уже упомянутой пропорциональной системе с закрытыми списками следует добавить норму, появившуюся в Конституции после реформы 2004 г., согласно которой решение о лишении народного депутата мандата при его выходе (или невхождении) из фракции должен был принимать не сам парламент или суд, как во всех других случаях досрочного прекращения полномочий парламентария, а руководящий орган партии. Фактически этот институт гражданского общества наделялся государственно-властными полномочиями.

Однако партии даже в таких «тепличных условиях» так и не стали настоящими выразителями и проводниками воли избирателей и не смогли стать движущей силой демократических преобразований. Странность всей этой ситуации заключается в том, что на каком-то этапе в обществе возникло ощущение, что в нашем государстве уже существуют партии демократического типа и достаточно только дать им толчок в виде пропорционально избирательной систе-

¹ Шнайдер Г.-П. Власть, учреждающая Конституцию / Г.-П. Шнайдер // Государственное право Германии. – М. : ИГиП, 1994. – Т. 2. – С. 306–307.

мы и «партийно-императивного» мандата, чтобы они совершили революцию в политической системе. Хотя для таких выводов не было никаких объективных оснований.

Мы не создали механизм финансовой поддержки внесистемных, а самое главное – оппозиционных партий, мы не разорвали историческую пуповину с коммунистическим прошлым в государственном управлении и, что вытекает из сказанного, опять оказались в плену иллюзий относительно того, что гражданское общество в целом и его политическую компоненту можно построить сверху, не имея в обществе того социального капитала, о котором говорил еще А. Токвилль, описывая американскую демократию¹.

На смену такой «партийной» эйфории пришел период разочарования, вылившийся в возврат к смешанной, пропорционально-избирательной си-

стеме. Естественно, к такому состоянию вещей в развитии партийной системы и решениям, принимаемым в этой связи, можно относиться по-разному. Однако два момента нельзя не принимать во внимание.

Во-первых, Украина восприняла демократический тезис относительно того, что именно на партии возложена роль формирования и способствования выражению воли избирателей. Более того, этот постулат был закреплен в виде конституционной нормы (ч. 2 ст. 36 Основного Закона). Фактически эти задачи стали конституционными обязанностями партий и должны были бы оставаться одним из принципов избирательного законодательства.

Во-вторых, одним из лозунгов кампании по изменению избирательной системы был призыв обновить элитарный клуб политиков. А поскольку, по утверждению инициаторов кампании, партии, которые финансируются определенными промышленно-финансовыми группами, являются препятствием на этом пути, то необходимо минимизировать их влияние на формирование списка кандидатов в депутаты.

Однако в этом контексте хотелось бы напомнить реформаторам, что одной из основных причин создания во второй половине XIX в. массовых партий как организаций, которые существуют за счет уплаты членских взносов, было желание ослабить влияние капитала на избрание парламентариев². Очевидно, что существуют

¹ В сравнительном плане эта «демократическая культура» была так охарактеризована Токвиллем: «Если в Соединенных Штатах и в Англии, по-видимому, больше свободы в нравах народа, чем в его законах, то в Швейцарии, кажется, больше свободы в законах страны, чем в ее нравах» (цит. по: Дайси А. В. Основы государственного права Англии: Введение в изучение английской конституции / А. В. Дайси. – М., 1891. – С. 208). Немного по-другому об этом явлении говорит выдающийся русский конституционалист С. А. Котляревский: для утверждения конституционного строя недостаточно ни формальной ответственности министров, ни формального провозглашения принципа народного суверенитета. Необходимо, чтобы в самом населении создались глубокие навыки защищать свои индивидуальные права, глубокая потребность осуществлять их (Котляревский С. А. Конституционное государство / С. А. Котляревский. – М.: Зерцало, 2004. – С. 72).

² Манен Б. Принципы представительного правления / Б. Манен. – М.: Изд-во Европ. ун-та в Санкт-Петербурге. – СПб., 2008. – 324 с.

щие политические партии не могут похвалиться значительными успехами на nive аккумуляции индивидуальных взносов собственных членов. В то же время вместо того, чтобы отказываться от предоставления партиям права на формирование списка претендентов на высшие государственные должности, следовало бы сделать на законодательном уровне так, чтобы минимизировать влияние крупного капитала на функционирование партий, хотя бы путем усиления государственного и общественного контроля за финансовой стороной деятельности партий (достаточно вспомнить о том, что только на бумаге до сих пор остается норма о необходимости публикации партиями финансовых отчетов о своих доходах и расходах) (ч. 1 ст. 17 Закона «О политических партиях в Украине»).

Не так давно Министерство юстиции Украины обнародовало отчет Группы государств против коррупции (GRECO) относительно третьего раунда оценивания Украины в сфере криминализации коррупционных действий и прозрачности финансирования политических партий¹. Некоторые выводы Группы заслуживают особого внимания, а именно:

– «мертвый» характер норм ч. 3 ст. 8 и ч. 2 ст. 26 Закона Украины «Об объединениях граждан» (распространяющегося пока что и на деятельность политических партий) относительно необходимости установления парламентом максимальных размеров отдельных и общих годовых пожертвований в пользу политических партий

¹ http://www.minjust.gov.ua/0/anti_corruption_grecorep.

и ежегодного опубликования партиями списка лиц, пожертвования которых в пользу политических партий превышают размер, установленный парламентом (и в этой части за 20 лет действия Закона Верховная Рада не выполнила свои обязательства);

– нераспространение режима ограничения пожертвований в избирательный фонд партий со стороны самой партии за счет средств, находящихся на момент начала или даже перечисленных во время избирательной кампании на текущем счете партии²;

– достаточная инертность Центральной избирательной комиссии в вопросе противодействия финансовым правонарушениям со стороны партий: по данным самой Комиссии в период с 2006 по 2010 г. она не выявила никаких нарушений, связанных с формированием и использованием средств избирательных фондов, и как следствие ни разу к этим субъектам не применялись соответствующие санкции;

– аналогичная ситуация имеет место и относительно реагирования Министерства юстиции Украины как контролирующего органа в межизбирательный период (хотя формально оно может заниматься контролем и в

² Принимая участие в деятельности рабочей группы, которая занималась подготовкой Закона «О выборах народных депутатов», мы неоднократно предлагали хотя бы обязать партии декларировать при регистрации своего списка кандидатов средства, находящиеся на их счету, как это делают сами кандидаты (в том числе и мажоритарщики). Но, к сожалению, обозначенная проблема и пути ее решения не были восприняты как насущные при окончательной доработке Закона и его принятии.

период выборов): ни разу это ведомство не применяло даже предупреждения как вид санкции к партиям за нарушения ими норм при финансировании деятельности.

По нашему убеждению, если и решать вопросы партийного строительства, то нужно добиваться именно «голосования гривней» (по аналогии с журналисткой риторикой относительно абсентеизма в Украине – «голосование ногами»). Это и будет настоящим индикатором построения цивилизованной партийной системы.

Возвращаясь к вопросу о реформировании избирательной системы, следует упомянуть еще и об одной дискутируемой в среде юристов проблематике – возможности вынесения вопроса об изменении избирательных правил на референдум. Соответствующий опыт по этому поводу имеют страны Европы, причем как позитивный (в плане одобрения народом предлагаемых правительствами «избирательных» новаций), так и негативный.

Что касается правительственных удач на этом поприще, то следует вспомнить два референдума в Италии – 9 июня 1991 г. и 18 апреля 1993 г. Целью проведения плебисцитов была модернизация не только избирательных правил, но и политической системы в целом. На тот момент у всех была на слуху проблема постоянных правительственных кризисов в этой апеннинской стране, а также влияние мафиозных структур на формирование региональных списков кандидатов. В результате проведения референдумов были внесены такие изменения в избирательное право: во-первых (1991 г.), сокращено число предпочтений, которыми могут

воспользоваться избиратели на выборах депутатов нижней палаты; во-вторых, отменены чисто пропорциональные выборы в верхнюю палату и осуществлен переход на смешанную систему (1993 г.) При этом следует принять во внимание, что специфика итальянской модели непосредственной демократии заключается в том, что референдумы в этой стране являются «отменительными», то есть такими, которые посвящены отмене того или иного законодательного акта (кстати, референдум 1993 г. имел достаточно реформаторский характер, кроме упомянутого вопроса его предметом были также семь других, один из которых – отмена государственного финансирования партий)¹.

Что же касается неудачного опыта, то здесь следует упомянуть в первую очередь два референдума, проведенных в Ирландии. Дважды (в 1959 и 1968 гг.) ирландским избирателям предлагалось отказаться от системы единого передаваемого голоса и перейти на обычную мажоритарную систему. И оба раза это предложение было отвергнуто. Любопытная деталь – такое решение правительства решать вопрос о системе выборов именно на референдуме вовсе не обусловлено желанием максимально легитимировать новые избирательные правила. Просто Ирландия является одной из немногих стран, где тип избирательной системы по выборам депутатов парламента был прямо закреплен на уровне Конституции (ч. 5 ст. 16 Основного закона).

¹ Подробнее об этом см.: Левин И. Б. О реформе избирательной системы в Италии / И. Б. Левин // Полис. – 1993. – № 3. – С. 79–85.

В этом контексте хотелось еще раз поднять проблему нестабильности избирательного законодательства Украины, притом что нестабильность касается как общих, стратегических вопросов, таких как тип избирательной системы, так и частных моментов избирательного права. Речь идет о попытке украинского парламента в 2005 г. сделать избирательное законодательство стабильным хотя бы в период избирательной кампании 2006 г. С этой целью парламентарии заложили в новый закон о выборах норму, согласно которой изменения в этот акт не могут вноситься позднее 240 дней до дня голосования. Однако позже изменялись как сам закон, так и эта «запретительная» норма: сначала речь шла о 120 днях до дня выборов, потом – о 45, далее – о 40. В конечном результате за 12 дней до дня голосования депутаты еще раз откорректировали избирательный закон, окончательно отменив «запретительную» норму.

К примерам негативного для правительства опыта в использовании референдума для изменения избирательной системы можно еще добавить референдум, проведенный в Великобритании 5 мая 2011 г. Он стал квинт-эссенцией долгих дебатов о переходе от мажоритарной системы относительного большинства к преференциальной избирательной системе, используемой в Австралии и еще нескольких странах. Однако, по утверждению аналитиков, предлагаемая система оказалась слишком сложной для понимания граждан Великобритании и поэтому около 68 % принявших

участие в голосовании отвергли эту инициативу¹.

Таким образом, вопрос об использовании референдума для решения вопроса о реформе избирательной системы должен решаться, исходя из особенностей конституционной модели народовластия, политико-правовых традиций и других факторов, в том числе уверенности правительства или парламентской коалиции в поддержке избирателями их инициативы. В качестве других нестандартных факторов можем указать на необходимость проведения референдума как одно из условий политической стабильности, а точнее – существования парламентской коалиции, как это мы могли наблюдать на примере плебисцита в Великобритании, когда Партия либеральных демократов выдвинула соответствующее условие при образовании коалиции с консерваторами. В любом случае, по нашему мнению, такое обращение к народу будет не лишним.

Если посмотреть на проблему становления народовластия как устойчивой политико-правовой практики глубже, то обращает на себя внимание один из главных вопросов – низкий уровень у украинских граждан «civil culture» (в терминологии Г. Алмонда и С. Вербы)². Именно умение и желание отстаивать

¹ Лента конституционных новостей за май 2011. Великобритания [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://ilpp.ru/page_pid_764.aspx.

² Алмонд Г. Гражданская культура и стабильность демократии / Г. Алмонд, С. Верб // Полис. – 1992. – № 4. – С. 122–134.

свои гражданские права являются одним из определяющих факторов для становления демократической системы. Сегодня мы наблюдаем фактически полное отсутствие веры и доверия у избирателей к политикам, которые должны олицетворять представительную сторону системы народовластия.

Кстати, именно эта логика, логика отсутствия полноценного доверия к участникам избирательного процесса, дает о себе знать и в электоральном законодательстве. Как пример можно привести неполноценность решения вопроса об участии в выборах граждан Украины, проживающих за границей. Сейчас как участники мажоритарных выборов они приписываются равномерно по всем округам, на которые поделен Киев. Раньше, на выборах народных депутатов в 1994, 1998 и 2002 гг. (когда полностью действовала мажоритарная система), этот вопрос решался следующим образом: «заграничных» избирателей приписывали к столичному одномандатному округу, на территории которого размещалось Министерство иностранных дел. Благодаря этому численность избирателей округа возрастала с 160–180 тыс. до 600–700 тыс. Судя по данным последних президентских выборов 2010 г., количество таких избирателей не уменьшилось, а наоборот, потихоньку увеличивается (440 тыс. по сравнению с 442 тыс. избирателей, зарегистрированных в списках на парламентских выборах 2007 г.). Правда, при этом явка остается невысокой (45 тыс., на выборах 2007 г. эта цифра составила

34 тыс.). И причин для этого достаточно. Главная среди них – удаленность избирательных участков (они располагаются при дипломатических представительствах Украины).

Возвращаясь к общему посылу об отсутствии доверия, можно вспомнить, что в других европейских демократиях вопрос голосования «заграничных» граждан решается с помощью отправления избирателями бюллетеней по почте или же путем выдачи избирателями доверенности другим лицам для проведения ими голосования. По понятным причинам любые предложения ввести подобного рода избирательные институты в украинское законодательство вызывают ироническую ухмылку. Однако без решения связанных с такой реакцией проблем, а именно проблемы воспитания граждан в духе конституционного патриотизма¹ и способствования в обществе возникновению демократического социального капитала, дальнейшее продвижение по пути реального утверждения институтов непосредственной демократии представляется весьма и весьма затруднительным.

Опубликовано: Конституционно-правовые основы народовластия в России и Украине : сб. науч. тр. – Харьков : Право, 2012. – С. 29–52.

¹ Ю. Хабермас называет процесс выработки конституционного патриотизма (прежде всего у эмигрантов) «политическим окультуриванием» (Габермас Ю. Громадянство і національна ідентичність / Ю. Габермас // Націоналізм : антологія. – К. : Смолоскип, 2010. – С. 359).