

**В. М. Гессен**

# **Теория конституционного государства**

**Москва  
«Книга по Требованию»**

УДК 340  
ББК 67.0  
В11

В11 **В. М. Гессен**  
Теория конституционного государства / В. М. Гессен – М.: Книга по Требованию, 2014. – 299 с.

**ISBN 978-5-458-55151-9**

**ISBN 978-5-458-55151-9**

© Издание на русском языке, оформление  
«YOYO Media», 2014  
© Издание на русском языке, оцифровка,  
«Книга по Требованию», 2014

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первозданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.



Такимъ образомъ, разсматриваемая, какъ историческая категория, конституція и конституціонное государство характеризуются единымъ существеннымъ и необходимымъ признакомъ: то государство мы назовемъ конституціоннымъ, въ которомъ осуществляется начало. законъ не могутъ быть издаваемы иначе, какъ съ согласія народного представительства, конституція же это тотъ основной законъ, который санкционируетъ такое начало, т. е. признаетъ, что законъ не можетъ быть изданъ иначе, какъ съ согласія народного представительства.

Въ современныхъ конституціонныхъ монархіяхъ это начало получаетъ нѣсколько иное, но по существу и духу совершенно адекватное выраженіе. Конституціи большинства современныхъ государствъ гласятъ: законодательная власть осуществляется коллективно королемъ и палатами, или королемъ и народнымъ представительствомъ. Эти формулы выражаютъ ту же самую мысль: народное представительство осуществляетъ совместно съ королемъ законодательную власть, другими словами -- ни одинъ законъ не можетъ быть изданъ безъ согласія народного представительства. Такимъ образомъ, разъ въ основномъ законѣ выражается вышеуказанное начало, начало, ограничивающее абсолютную королевскую власть непремѣннымъ участіемъ съ рѣшающимъ голосомъ народного представительства въ законодательствѣ, этотъ основной законъ является конституціей, онъ является конституціей по существу, хотя бы и не назывался такъ. Мы знаемъ, что въ эпохи перехода отъ стараго режима къ новому, очень часто умирающій порядокъ означаютъ старыми словами, старыми терминами то новое, что врывается въ это старое, что содѣйствуетъ разрушенію прежнихъ порядковъ. Понятіе конституціоннаго режима, какъ терминъ, какъ слово, съ трудомъ отвоевываетъ свое право на существованіе у еще сильныхъ приверженцевъ стараго порядка. Во Франціи временъ реставраціи слово конституція являлось въ такой же мѣрѣ подозрительнымъ, какъ и у насъ въ настоящее время. И не случайно, напримѣръ, Людовикъ XVIII-й свою конституцію называетъ не конституціей, а хартіей 1814-го года, потому что хартія -- это историческое слово, которое употребляется въ законодательномъ языкѣ стараго порядка. Историческое понятіе -- хартія -- противопоставляется революціонному слову -- конституція, не смотря на

то, что по содержанию они - одно и то же. Съ точки зрѣнія научнаго изученія явленій государственной жизни терминологія представляется несущественной, существенно - содержание. Съ этой точки зрѣнія мы должны признать, что всякій государственный строй, осуществляющій въ своей организаціи начало участія народнаго представительства съ рѣшающимъ голосомъ въ законодательствѣ, является строемъ конституціоннымъ, а всякій основнй законъ, санкціонирующій это начало, является по существу, независимо отъ его названія, конституціей.

Необходимо замѣтить, что въ конституціяхъ болѣе ранняго періода, періода уже пореволюціоннаго, въ конституціяхъ первой четверти XIX-го вѣка, это начало не проводится послѣдовательно и вполнѣ. То начало, что ни одинъ законъ не можетъ быть изданъ безъ участія народнаго представительства начало, характеризующее конституціонный строй, не получаетъ категорическаго выраженія въ конституціяхъ начала XIX-го вѣка. Этими конституціями ставятся извѣстныя предѣлы, опредѣленныя границы, которыя не могутъ быть перейдены народнымъ представительствомъ въ дѣлѣ законодательства, устанавливаются извѣстныя области государственной жизни, по отношенію въ которыхъ народное представительство не имѣетъ права законодательной инициативы, права изданія законовъ. Не всѣ вообще законы, а только опредѣленные законы не могутъ быть изданы, измѣнены или отмѣнены иначе, какъ съ согласія народнаго представительства. Баварская конституція въ ст. 2, отдѣла 7-го гласитъ „ни одинъ общій законъ, касающійся личной свободы или собственности гражданъ не можетъ быть изданъ, измѣненъ или отмѣненъ безъ обсужденія и согласія сословныхъ палатъ“. Такимъ образомъ, не всякій законъ нуждается въ согласіи народнаго представительства, а только законъ, касающійся личной свободы и собственности гражданъ. Однако, эти ограниченія постепенно отпадаютъ. Законъ 1848-го года въ ст. 1-ой гласитъ: „право инициативы относительно не имѣющихъ конституціоннаго значенія законовъ принадлежитъ каждой изъ двухъ палатъ“. Стало быть, законодательная инициатива распространяется и на законы, не касающіеся личной свободы и собственности гражданъ.

Конституціи новѣйшаго времени, при всемъ своемъ разнообразіи, какъ въ частностяхъ, такъ и въ общихъ началахъ, безъ исключенія устанавливаютъ категорическимъ образомъ начало

безусловнаго участія народнаго представительства въ осуществленіи законодательной власти. Согласно воимъ безъ исключенія, дѣйствующимъ конституціямъ, народное представительство является органомъ законодательной власти. Всѣ конституціи почти въ однѣхъ и тѣхъ же выраженіяхъ говорятъ о томъ, что „ни одинъ законъ не можетъ быть изданъ измѣненъ или отмѣненъ иначе какъ съ согласія народнаго представительства“. Конституціонный режимъ отдѣльныхъ государствъ существенно отличается другъ отъ друга между Бельгіей, съ одной стороны и Пруссіей съ другой, существуетъ „дистанція огромнаго размѣра“. Бельгія является наиболѣе чистымъ типомъ парламентарной, а Пруссія — дуалистической монархіи. Пруссія по распредѣленію политическаго вліянія и силъ между отдѣльными факторами государственной жизни, между короной и палатами, является наименѣе конституціонной. И тѣмъ не менѣе начало, о которомъ я говорю, начало, характеризующее конституціонный режимъ въ одинаковой формѣ и одинаковыхъ выраженіяхъ находитъ себя мѣсто и въ Бельгійской конституціи, съ одной стороны, и въ Прусской — съ другой. Статья 26-ая Бельгійской конституціи гласитъ „законодательную власть осуществляютъ коллективно король, палата представителей и Сенатъ“. Въ цѣломъ рядѣ другихъ конституцій эта самая мысль выражается въ такихъ выраженіяхъ (я беру конституцію наудачу), — возьмемъ хотя бы Вогароку конституцію, — ея 44 ст. гласитъ „ни одинъ законъ не можетъ быть изданъ безъ предварительнаго обсужденія и принатія его законодательнымъ собраніемъ“. Въ Испанской конституціи, на примѣръ, въ ст. 18 устанавливается „законодательная власть принадлежитъ кортесамъ совместно съ королемъ“. Эта формула совершенно аналогична 26 ст. современной Бельгійской конституціи. Что же касается Прусской конституціи, то въ ней этотъ принципъ воспроизводится въ той же формѣ, въ какой онъ выраженъ въ конституціи Бельгіи. Ст. 62-ая Прусской конституціи гласитъ „законодательная власть осуществляется совместно королемъ и обѣими палатами, для каждаго закона требуется согласіе короля и обѣихъ палатъ“. Во всякомъ случаѣ, этотъ принципъ лежитъ въ основѣ конституціи, какъ таковой.

Съ этимъ самымъ принципомъ мы встрѣчаемся и въ дѣйствующемъ государственномъ правѣ Россіи, при чемъ и здѣсь этотъ принципъ выраженъ въ табульной формѣ, воспроизводящей соответствующій текстъ западно-европейскихъ конституцій. Уже въ манифестѣ

17-го октября мы находимъ выраженіе этого принципа: пунктъ третій этого манифеста возлагаетъ на обязанность правительства „установить, какъ неизбѣмое правило, чтобы никакой законъ не могъ воспріять силу безъ одобренія Государственной Думы" и т.д. Это и есть совершенно точное, ясное, можно сказать, выраженіе конституціоннаго принципа. Въ манифестѣ 20-го февраля мы встрѣчаемся съ повтореніемъ того же самаго принципа: „сохраняя неизбѣмымъ коренное положеніе основного закона, на основаніи котораго никакой законъ не можетъ имѣть своего завершенія безъ Нашего утвержденія, мы постановляемъ, что со времени созыва Государственнаго Совѣта и Государственной Думы ни одинъ законъ не можетъ воспріять силу безъ одобренія Совѣта и Думы". Опять — таки, совершенно точное выраженіе формальнаго принципа конституціонализма. Въ основныхъ законахъ Россійской Имперіи этотъ принципъ выраженъ 7-ой статьей основныхъ законовъ : „Государь Императоръ осуществляетъ законодательную власть въ единеніи съ Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой". Статья 86-ая основныхъ законовъ гласитъ: „никакой законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора".

Я думаю, что только что прочитанныхъ текстовъ, вполне достаточно для того, чтобы дать опредѣленный и совершенно очевидный отвѣтъ на вопросъ: каковъ государственный строй теперешней Россіи. Отвѣтъ этотъ гласитъ государственный строй современной Россіи съ точки зрѣнія нормъ дѣйствующаго права, *de jure*, является конституціоннымъ строемъ. Противорѣчіе же права фактамъ встрѣчается очень часто, особенно въ эпохи переходныя, каку въ настоящее время переживаетъ Россія. Это противорѣчіе не должно смущать юриста: право остается правомъ. И съ точки зрѣнія права мы должны признать Россію конституціоннымъ государствомъ, не смотря на все несоотвѣтствіе этого конституціоннаго режима съ реальными отношеніями государственной жизни.

Такимъ образомъ, мы пришли къ опредѣленію понятія конституціи, а слѣдовательно, и конституціоннаго государства. Мы можемъ сказать, что конституціоннымъ государствомъ называется такое, въ которомъ законы издаются не иначе, какъ



съ согласія народного представительства. Эту же самую мысль мы можем выразить въ другихъ словахъ: конституціоннымъ называется государство, въ которомъ народное представительство является органомъ законодательной власти. Вотъ опредѣленіе конституціи и конституціоннаго государства. Это опредѣленіе выдвигаетъ существенный моментъ въ понятіи конституціоннаго строя, моментъ, характеризующій опредѣленный историческій типъ государства, въ отличіе отъ другихъ типовъ.

## II.

Для того, чтобы уяснить себѣ понятіе конституціоннаго режима, необходимо указать тѣ основныя идеи, которыя лежатъ въ основѣ конституціоннаго строя и которыя приводятъ къ формулировкѣ въ современныхъ конституціяхъ только что указаннаго основнаго конституціоннаго принципа. Этотъ принципъ, очевидно, созданъ опредѣленной совокупностью политическихъ идей, предопредѣлившихъ соответствующую эволюцію отъ абсолютизма въ сторону конституціоннаго режима. Намъ необходимо установить, каковы эти основныя идеи, предопредѣлившія характеръ и природу конституціоннаго строя.

Я уже указывалъ, что конституція возникаетъ въ борьбѣ съ абсолютной королевской властью. Борьба эта ведется въ трехъ направленіяхъ и три идеи лежатъ въ основѣ конституціоннаго строя. Политическая мысль революціонной эпохи требуетъ ограниченія королевскаго абсолютизма въ трехъ направленіяхъ, требуетъ троякаго ограниченія абсолютной монархической власти: во-первыхъ, ограниченія королевской власти писанной конституціей, какъ верховнымъ актомъ учредительной власти, власти, возвышающейся надъ всѣми властями въ государствѣ и даже надъ властью короля; дальше политическая мысль революціонной эпохи требуетъ ограниченія абсолютной королевской власти началомъ народного суверенитета и, наконецъ, эта мысль требуетъ ограниченія власти короля началомъ раздѣленія властей. Идея учредительной власти народа, идея народного суверенитета въ организаціи законодательной вла-

сти и въ организаціи государственной власти вообще - вотъ тѣ основныя идеи, которыя предсредилили собой эволюцію государственнаго строя отъ абсолютизма, съ одной стороны, къ конституціонализму - съ другой

Слѣдовательно, для того, чтобы познакомиться съ теоріей конституціоннаго государства, намъ необходимо уяснить себѣ природу и характеръ каждой изъ этихъ идей и установить, въ какой мѣрѣ эти идеи отражаются въ положительномъ правѣ современныхъ государствъ. Мы, разумѣется, не собираемся изучать исторію политическихъ идей. Это не входитъ въ нашу задачу. Останавливая ваше вниманіе на тѣхъ идеяхъ, которыя предопредѣлили собой характеръ конституціоннаго режима, я имѣю въ виду не изученіе политическихъ теорій, а выясненіе того, какъ отразились эти идеи въ положительномъ правѣ современныхъ государствъ. Слѣдовательно, дальнѣйшее изложеніе моего курса я предполагаю вести по такимъ рубрикамъ: объ учредительной власти, о народномъ суверенитетѣ и о раздѣленіи властей.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### ИДЕЯ УЧРЕДИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ.

Начнемъ прежде всего съ идеи основного закона, какъ эманация учредительной власти, возвышающейся надъ всеми властями въ государствѣ.

Нужно сказать, что самое понятие основного закона - *lex fundamentalis* - въ отличіе отъ обыкновенныхъ законовъ, намѣчено правда, весьма неспредѣленно, уже въ классической философіи. Уже Аристотель различаетъ обыкновенные законы "*νόμος*" и законы, имѣющие особое и важное значеніе для государства "*Πολιτε*

Цицеронъ называетъ изданіе основныхъ законовъ: *gen publicum constituere*. Но только еще намѣченное въ классической философіи, это понятие основного закона, отличнаго отъ обыкновенныхъ законовъ, начинаетъ играть значительную роль въ исторіи политической мысли приблизительно въ XVI-го вѣка. Уже въ XVI вѣкѣ во Франціи Л у а в о излагаетъ цѣлое ученіе объ этихъ основныхъ законахъ, которые ограничиваютъ власть французскаго короля. Король можетъ сдѣлать все, но онъ не можетъ переступить этихъ законовъ. Яковъ I-ый въ Англіи очень настойчиво говоритъ объ основныхъ законахъ, какъ объ законахъ, на коихъ покоится прерогатива королевской власти.

Понятіе основного закона пускаетъ уже въ XVII-омъ вѣкѣ глубокіе корни въ Англіи. И, именно, въ исторіи Англіи это понятіе основного закона, какъ закона высшаго порядка, начиная съ XVII-го столѣтія, играетъ весьма и весьма значительную роль. Для того, чтобы понять значеніе этого понятія, необходимо имѣть въ виду общій характеръ политическаго развитія Англіи въ XVII вѣкѣ. Мы встречаемся въ это время съ попытками перенести кальвинистическое ученіе о церковныхъ общинахъ на государство. Исходя изъ подобнаго библейскаго ученія о договорѣ между Богомъ и народомъ, кальвинисты доказывали, что подобно церковнымъ общинамъ и государство должно быть основано на договорѣ, заклю-

ченномъ всѣми членами общины или государства между собой. Этотъ договоръ, который образуетъ государство, который единогласно заключается членами государства для его образованія, и является основнымъ закономъ - *lex fundamentalis* - , закономъ, лежащимъ въ фундаментѣ государственнаго строя. Практически это ученіе объ основномъ законѣ, какъ общественномъ договорѣ, осуществляется впервые въ исторіи человѣчества американскими колонистами, т.е. англійскими переселенцами въ Америку. Первымъ договоромъ, являющимся основнымъ закономъ, закономъ, на которомъ создается государство, является знаменитый договоръ, заключенный 11 ноября 1620 года на кораблѣ „Майскій Цвѣтокъ“ англійскими эмигрантами наканунѣ образованія колоніи Плимутъ, договоръ, въ которомъ излагаются основныя начала создаваемого ими государственнаго строя.

Фундаментальный законъ, основной законъ колоніи Коннектикутъ, появившейся нѣсколько позднѣе, а именно въ 1639г., является также примѣромъ основного закона, имѣющаго договорный характеръ.

Это понятіе основного закона, какъ первоначальнаго договора, заключеннаго между членами государства для его образованія, затѣмъ усваивается и метрополіей. Въ революціонную эпоху въ Англіи мы встрѣчаемся съ цѣлымъ рядомъ попытокъ созданія писанной конституціи, которой, какъ извѣстно, не существуетъ въ Англіи и по настоящее время, писанной конституціи, основанной на договорѣ и положенной въ основу преобразованнаго государственнаго строя Англіи.

Представленіе объ основномъ законѣ, какъ объ общественномъ договорѣ, опредѣляющемъ организацію государства, особенное свое развитіе получаетъ и становится на долгое время, на цѣлый рядъ столѣтій, господствующимъ въ доктринѣ естественнаго права.

Находясь подъ несомнѣннымъ вліяніемъ историческаго опыта, продоланнаго американскими колонистами, несомнѣнно хорошо знакомые съ этими первыми примѣрами общественнаго договора, публицисты Франціи XVII и XVIII столѣтій, создаютъ теорію, пользующуюся въ теченіе долгаго времени всеобщимъ признаніемъ, теорію основного закона, какъ общественнаго до-

говора, лежащего въ основѣ государственнаго строя.

Вамъ извѣстно что договорная теорія происхожденія государства является одной изъ основныхъ и общепризнанныхъ теорій естественнаго права. Если въ настоящее время среди современныхъ философовъ и публицистовъ вы не найдете ни одного человека, который считалъ бы договорную теорію приемлемой, то наоборотъ, въ политической философій XVII и XVIII вѣковъ вы не найдете мыслителя, который полагалъ бы возможнымъ рационально обосновать возникновеніе государства инымъ путемъ, кромѣ договора. Эта теорія господствуетъ въ теченіе долгаго времени и является общепризнанной. Собственно говоря, начало этой теоріи восходитъ къ XII столѣтію. Уже въ XII-омъ столѣтіи легисты объясняли власть римскихъ императоровъ путемъ делегации этой власти народомъ своимъ императорамъ. Императоры обладаютъ властью въ силу договора подчиненія — *ростум subjectionis* — который получаетъ свое вышнее выраженіе въ *lex regia* — въ актѣ, которымъ народъ поручаетъ власть императорамъ. Вотъ первоначальная форма договорной теоріи. Это ученіе господствуетъ, начиная съ XII-го столѣтія, и доходитъ до XVIII-го столѣтія почти непрерывно. Позднѣе договорная теорія получаетъ дальнѣйшее развитіе. Съ конца XVI-го столѣтія наряду съ этимъ договоромъ подчиненія — *ростум subjectionis* — конструируется еще особый договоръ, логически предшествующій договору подчиненія, договоръ соединенія.

Теорія естественнаго права предполагаетъ, что государства возникаютъ слѣдующимъ путемъ: сначала изолированные естественные люди — эти благородные дикари — вступаютъ въ договоръ соединенія — *ростум uniaris*; путемъ этого договора образуется общество, образуется нѣчто цѣльное, нѣчто единое; изъ механическаго агрегата естественныхъ индивидуумовъ образуется народъ, пѣвущій одну волю. Затѣмъ этотъ народъ, связанный такимъ образомъ, путемъ договора соединенія — *ростум uniaris* — вступаетъ въ договоръ подчиненія — *ростум subjectionis* — съ определеннымъ носителемъ государственной власти, съ монархомъ. Путемъ договора подчиненія народъ передаетъ власть надъ собой государственной власти, въ частности, монарху. Такимъ образомъ, договорная теорія, въ томъ ея видѣ, болѣе или менѣе раз-

витомъ и совершенномъ, въ какомъ мы встрѣчаемъ ее въ ученіи естественнаго права XVII вѣка, предполагаетъ не одинъ, а два договора. 1) *pactum uniaris* посредствомъ котораго образуется нѣчто цѣльное, единое народъ, имѣющій одну волю; 2) *pactum subjectionis* — результатомъ котораго является государство.

Само собою понятно, что создавая абстрактную теорію происхождения государства, политическая мысль была заинтересована въ томъ, чтобы въ исторической жизни народовъ найти фактическое подтвержденіе своей теоріи. Этими конкретными подтвержденіемъ являются извѣстные факты изъ исторіи возникновения американскихъ колоній, во всѣхъ этихъ первоначальныхъ договорахъ американскихъ колонистовъ съ метрополіей представители школы естественнаго права находили доказательства въ пользу своей теоріи. Здѣсь какъ бы воплощается въ конкретномъ видѣ ихъ абстрактная теорія. Если эта теорія учить, что государство не можетъ возникнуть иначе, какъ путемъ обыкновеннаго договора, то исторія американскихъ колоній доказываетъ, что действительно государства такимъ путемъ возникаютъ. Колоніи Плимутъ, Массачузетсъ, Коннектикутъ и др. возникаютъ путемъ общественнаго договора, являющагося основнымъ закономъ этихъ колоній.

Современная наука доказала, между прочимъ, огромное влияние, какое имѣли эти факты на французскую мысль XVIII-го столѣтія. Эти факты были, несомнѣнно, извѣстны въ Европѣ и подъ ихъ влияніемъ создается теорія, которая рассматриваетъ основнымъ законъ, именно, какъ общественный договоръ. Съ этой точки зрѣнія между основными законами, съ одной стороны, и обыкновенными — съ другой, существуетъ существеннѣйшее принципиальное различіе, различіе не въ формѣ изъясненія воли народа, а въ эссенціи этого изъясненія. Основной законъ или конституція это есть общественный договоръ, предшествующій возникновенію самого государства. Основной законъ, какъ общественный договоръ, исходитъ непосредственно отъ народа, исходитъ отъ власти учредительной. Этой учредительной властью является самъ народъ, и эта учредительная власть создаетъ государство или, другими словами, создаетъ учрежденныя власти. Власть законодательная, подобно власти правительственной или