

И.А. Кравец

УЧРЕДИТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ И КОНСТИТУЦИОННАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ В СОВРЕМЕННОМ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМЕ (РОССИЙСКИЙ, СРАВНИТЕЛЬНЫЙ И МЕЖДУНАРОДНЫЙ АСПЕКТЫ)

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-00761 А.

Рассматриваются концептуальные основы юридического и учредительного конституционализма, проблема перманентной конституции и конституционной модернизации, соотношение права нации на принятие и изменение конституции в воззрениях Э. Ваттеля, влияние нормативизма Г. Кельзена и децизионизма К. Шмитта на современное понимание учредительной власти, перспективы формирования учредительного конституционализма в условиях информационного общества и электронного государства.

Ключевые слова: основные законы; юридический конституционализм; учредительный конституционализм; конституирующая власть; телеократическая и номократическая функция; перманентная конституция; естественно-правовой конституционализм; Ваттель; децизионизм; Шмитт; нормативизм; Кельзен.

The constitution-making power is the political will, whose power or authority is capable of making the concrete, comprehensive decision over the type and form of its own political existence.

Carl Schmitt. Constitutional theory

Конституции как новации и юридический конституционализм

В современных отечественных исследованиях в области конституционной юриспруденции механизмы обеспечения стабильности конституции признаются приоритетными в постсоветских государствах, хотя этот «трудно преодолимый барьер» может препятствовать конституционным новациям для формирования подлинно демократических государств или содействовать появлению «неконституционных страхов политических элит потерять власть» [1. С. 28]. В других работах уделяется внимание практическим потребностям использования учредительной власти в Российском государстве и обществе; по мнению В.В. Комаровой, существует связь между учредительной властью и гражданским обществом, поэтому перед Россией открывается новый шанс: «Граждане могут установить над государством подлинный контроль» [2. С. 13, 19].

Нужна ли была бы конституирующая (учредительная) власть, если бы в Новое время не появились писанные кодифицированные (и некодифицированные) конституции с их стремлением закрепить результаты реализации власти политического и правового самоопределения народа (политической нации)? Конституции и различные формы учредительной власти имеют непростые взаимоотношения как в условиях современного конституционализма, так и в связи с процессами интеграции и глобализации. За более чем двухвековую историю учредительная власть стала «ключевой концепцией современной конституционной традиции» [3. Р. 657], которая сталкивается с серьезными трудностями в перспективе адаптации к проблемам глобализованного мира. По мнению исследователей, учредительная власть в постнациональном правопорядке сталкивается с неблагоприят-

ными институциональными и социальными условиями, поэтому такой порядок следует именовать как «постконституционный» [3. Р. 657].

Конституции современности соединяют преобладающую кодифицированную писаную форму и принципы, нормы или особые целевые предписания, которые предназначены для государства, его органов, общества и его институтов, граждан и их объединений. Конституции стремятся отражать новации в правовой, политической и социальной системах, которые взаимосвязаны структурно-функционально и содействуют процессу адаптации конституции и права к развивающимся общественным отношениям. Характер *новизны современных конституций* признается в исследованиях; однако ученые по-разному видят содержательные элементы и формы такой новизны. Одни ученые считают, что сущность конституционализма в основном описывается как подчинение политической власти закону, однако этого недостаточно для характеристики конституционализма [4. Р. 1–2]. Действительное подчинение политики закону существовало задолго до появления современных конституций. Подобные законы назывались фундаментальными, а не конституцией. Слово «конституция» хотя и существовало, но имело другой смысл: фактическое состояние политического образования в зависимости от его географического положения, экономики, структуры власти, ее законов. Как отмечает Дитер Гримм, в этом смысле это был «описательный, а не предписывающий термин». Фундаментальные законы регулировали политическую публичную власть, в то время как термин «конституция» в его латинском написании использовался для названия отдельных актов Императора в Священной римской империи. Например, *Constitutio Criminalis Carolina* 1532 г. (сокращенно С.С.С. или Каролина) – это акт, который вошел в историю как Уголовно-судебное уложение «Священной

Римской империи германской нации» (опубликовано в 1533 г.), содержал в своем названии термин «constitutio», хотя касался уголовного права и уголовного судопроизводства [5. С. 571–572]. Текст документа «Каролина», название которого происходит от имени Карла V Габсбурга, подтверждал общеимперский характер закона и имел в качестве источников более ранние правовые акты [6]. В основу данного акта было положено Бамбергское уложение, которое в латинском написании также содержало слово «constitutio» (Constitutio Criminalis Bambergensis или Lex bambergensis); оно было составлено в 1507 г. бароном Иоганном фон Шварценбергом по поручению князя-епископа Бамбергского Георга III Шенк фон Лимпурга [7. Р. 24]. На основе Бамбергского уложения было создано Бранденбургское уголовно-судебное уложение 1516 г., которое стало важнейшими источниками Каролины [8. С. 58]. Хотя Каролина имела огромное значение для унификации уголовного права и уголовного процесса в общеимперском масштабе, однако ее нормы были субсидиарны по отношению к местному и обычному праву. В отношении термина «конституция» следует отметить, что он приобрел современное значение (в качестве писаного общенационального акта по отношению к политическим органам власти) отнюдь не в Священной Римской империи, а только в эпоху Французской и Американской революций последней четверти XVIII в.

Идея *основных (фундаментальных) законов* и идея *конституции* (как писаного акта) были соединены в одно понятие, образовав новую парадигму мышления как в отношении политического устройства государства, так и в отношении правового порядка и правовой системы страны. Фундаментальные законы обычно имели договорную основу, и в этом заключался определенный поиск для обоснования согласия между правителями и управляемыми. Как правило, такие законы были продуктом соглашений между правителем и привилегированными классами общества. Как таковые они предполагали право правителя на правление и ограничивали его в определенных аспектах. Они были действительны только среди сторон договора, а не вообще. Идея политического согласия между правителями и управляемыми в условиях демократии переродилась в идею правления народа, посредством народа и для народа, когда активно применяются различные политические и юридические процедуры достижения согласия по наиболее важным общегосударственным, региональным или местным вопросам.

Теория естественного права занималась формированием систематических представлений о законном правлении и построении правительства. Начиная с вымышленного состояния природы, когда все индивиды по определению были равны и свободны, теории естественного права обычно настаивали на согласии населения в качестве основы легитимности политического правления и защите естественных прав как цели политического образования. Они носили нормативный характер, но не имели качества позитивного права. С одной стороны, они были философией и противоречили существующему закону и правопорядку. С

другой стороны, они формировали критерии для определения легитимности существующих политик [4. Р. 2]. Законность политического правления определялась степенью согласия управляемых. В рамках традиции естественного права не возникла парадигма современной конституции. Из числа авторов теории естественного права наиболее близко подошел к современной парадигме конституции Эмер де Ваттель. Философия естественного права в понимании Э. Ваттеля выдвигала требования к публичной власти и ее организации; к выбору нацией конституции и ее соблюдению; к условиям, при которых нация имеет право изменить конституцию. Таким образом, в философии естественного права зародилась и философия современного конституционализма, хотя теория писаной конституции разработана не была. Сущностные черты понимания конституции Э. Ваттелем заключались в следующем [9. С. 50–52].

Первое. Каждое политическое общество устанавливает публичную власть для распоряжения общественными делами. Эта власть в своем существе принадлежит самому обществу в целом, а не отдельным его носителям. Публичная власть может осуществляться различными способами по выбору самого общества: «каждому обществу принадлежит выбор того именно способа, который ему лучше всего подходит».

Второе. Э. Ваттель писал, что «основные положения, определяющие способ, каким должна осуществляться публичная власть, представляют собою то, что образует конституцию государства. В конституции указаны та форма, в которой нация действует в качестве политического целого, каким образом и кем именно народ должен управляться, каковы права и обязанности правящих. Как сторонник естественного права Э. Ваттель видел существо конституции в установлении порядка, «в котором нация ставит перед собою цель сообща трудиться для достижения благ, ради которых учреждено политическое общество».

Третье. Конституция определяет степень совершенства самого государства, а также «его способность выполнить цели общества». По мнению философа, «главная задача нации, образующей общество в политическом смысле, ее первая и важнейшая обязанность по отношению к себе самой состоит в том, чтобы избрать конституцию, возможно лучшую и наиболее подходящую к данным обстоятельствам». Следовательно, образ конституции как свободно избранной нацией являлся краеугольным камнем философии естественно-правового конституционализма. Сделанный нацией выбор конституции определяет ее будущее. Тем самым нация «закладывает основы своего самосохранения, своей безопасности, своего совершенствования и своего счастья» [9. С. 51].

Четвертое. Э. Ваттель видел глубокое различие между *политическими* и *гражданскими* законами, он выделял в политических законах *основные законы*, которые составляют *конституцию*. Он писал: «Законы, которые были созданы прямо для общественного блага, суть политические законы; а в этой категории те законы, которые касаются самого организма и существа общества, формы правительства, способа, которым должна осуществляться публичная власть,

одним словом, законы, совокупность которых составляет конституцию государства, являются основными законами». При этом он был сторонником поддержания через право культурного разнообразия. По его мнению, конституции и законы различных государств не есть общий слепок философских доктрин; они «неизбежно должны отличаться друг от друга в зависимости от характера народов и других обстоятельств».

Пятое. Конституции должны устанавливать ясно и недвусмысленно как для тех, кому будет доверено осуществление верховной власти, так и в отношении граждан «в равной степени» их обязанности и их права. Он оправданно считал, что данные вопрос относится к государственному праву и политике.

Шестое. В конституции и законах государства Э. Ваттель видел основу общественного спокойствия, считал их «самой прочной опорой политической власти и залогом свободы для граждан». Выдвигал он и требования по их соблюдению, хотя современных юридических и судебных инструментов для этого не предлагал. Он отмечал, что «конституция представляет собою пустой призрак, и лучшие законы являются бесполезными, если их не соблюдают как священные» [9. С. 52]. Конституция рассматривалась как светский аналог священного писания; вместе с тем в его рассуждениях не хватало юридического прагматизма, соединения высоких философских принципов организации и осуществления публичной власти и реальных юридических процедур их реализации и обеспечения. Его труд не давал ответа на вопрос, каким образом нация должна «неослабно следить за тем, чтобы заставить равным образом чтить законы и тех, кто правит, и народ, который должен им повиноваться». Использовал он и понятие «вероломное превышение власти» для характеристики тяжелого преступления, совершенного лицами, облеченными властью. Таким вероломным превышением власти он считал *нападение на конституцию государства, нарушение его законов* со стороны лиц, облеченных властью. По мнению Э. Ваттеля, нация должна подобные нарушения «постоянно пресекать это со всею строгостью и бдительностью, как того требует важность дела». Предостерегал он не только от прямых нападков на конституцию и законы («редко можно видеть прямые нападки»), но и видел особую опасность для конституции в медленном ее извращении, предостерегая от «нападков глухих и медленных».

Седьмое. Как философ Э. Ваттель обладал мышлением, характерным для современных представителей науки конституционного дизайна, конституционного проектирования, считая, что нация «вправе сама сформулировать свою конституцию, поддерживать ее, усовершенствовать и по своей воле регулировать все, что касается правительства, без законной помехи с чьей-либо стороны». Предназначение правительства он видел в служении общему благу («устанавливается только для нации, для ее безопасности и счастья»). Другое право нации – это *право изменить свою конституцию*, которое он выводил из другого права нации «сменить руководителей, которые злоупотребляют своей властью». Право сменить свою конститу-

цию может быть реализовано волей большинства голосов нации; это право принадлежит нации, а не отдельным правителям. Э. Ваттель различал *конституирующую* власть и *законодательную* власть, «законодатели черпают свою власть из самой конституции». Для законодателей основные законы должны быть священны, «если только нация прямо не дала им власть менять и эти законы, ибо конституция государства должна быть устойчива». Устойчивость конституции Э. Ваттель связывал не с прозаической потребностью иметь стабильный правопорядок, а с правом нации оказывать воздействие на правителей вплоть до реализации права на изменение конституции. Он отмечал, что «поскольку нация сначала устанавливает конституцию, а затем доверяет законодательную власть некоторым лицам, постольку основные законы исключены из сферы их полномочий».

Восьмое. Проблему *реализации права нации на изменение конституции* он рассматривал в категориях *политической целесообразности*, не предлагая принципы неизменности конституции (нерушимые положения), высказывая опасения в отношении неосмотрительных изменений. В вопросах изменения конституции «нация должна быть очень осмотрительной»; она «никогда не должна склоняться к новшествам, если только это не вызвано чрезвычайными обстоятельствами или необходимостью» [9. С. 54]. Все споры, которые возникают относительно управления или прав различных властей, участвующих в управлении, по мнению философа, если использовать современный язык, – предмет юрисдикции всей нации в соответствии со своей политической конституцией, а не отдельных правителей («лишь самой нации принадлежит право рассматривать эти споры»).

Естественно-правовой конституционализм Э. Ваттеля заслуживает пристального внимания современных исследователей, так как он питается важными консенсуальными началами в вопросах формирования и реализации *конституирующей* власти, ее соотношения с законодательной и иными властями и компетенционными возможностями правителей. *Конституционализм естественного права* в этом случае апеллирует к согласию нации как в отношении принятия новой конституции, так и в деле реализации права на изменение конституции. В *конституционном лексиконе* философа и юриста право на изменение конституции понимается предельно широко – как право на частичное изменение конституции и как право на смену старой конституции и принятие новой. В дальнейшем учение о конституции стало проводить более детальное различие (с периода Американской и Французской революций XVIII столетия) в понимании пересмотра конституции и принятия конституционных поправок.

Взгляд на *новизну современных конституций*, по мнению других исследователей, заключается в том, что они постепенно становятся важным системообразующим каркасом социальной системы общества и одновременно выполняют как «телеократическую», так и «номократическую» функцию, выходя за пределы нормативных предписаний, связанных с требованиями к публичной политической власти. Телеокра-

тия в современном государстве опирается на телеологический конституционализм, который формирует цели и ценности, принципы и нормы для конституционного развития государства и общества, связывающие государственные органы и задающие для них основные направления деятельности с требованием верификации через демократические процедуры участия и политическое вовлечение народа в процессы конституционного волеобразования и волеизъявления [10. С. 206–207].

Современные конституции как социальное явление – продукт революционных изменений в традиционном порядке управления, но в то же время и результат реформаторских устремлений. Появление *парадигмы писаной конституции* (в конце XVIII в. в английских колониях в Северной Америке и во Франции), основанной на принципах естественного права и требований, выросших из социального конфликта и революционных преобразований, повлияло на формирование самого *сердца конституционного права* – учения о конституции как регулятора общественных отношений и правовой, политической и социальной системы в целом. По мнению исследователей, эти революции отличались от многих потрясений и восстаний, имевших место в истории, тем, что они не ограничивались заменой одного правителя другим. Революционеры сформировали конституционное мышление; они составили план законного правления, основанный на идеях, выработанных в естественном праве, и наделили его юридической силой, прежде чем призывать к власти определенных лиц. Как пишет Дитер Гримм, не содержание конституции было новым, а превращение ее из философии в закон [4. Р. 2]. После революций конституционного характера политическое правление считалось законным только в том случае, если оно осуществлялось на основании и в рамках этих правил. Именно этот свод правил отныне именовался конституцией. Таким образом, современный смысл конституции заключается в том, что она обозначает не то, что есть, а то, что должно быть. Однако ее современный смысл этим не исчерпывается; конституция закрепляет и достигнутый уровень развития и применения правовых и политических принципов, и конституционные цели и ценности развития общества и государства, которые могут относиться как к текущей правовой политике, так и к перспективам преобразования и развития правового и политического порядка.

Следовательно, можно отметить значение *парадигмы современной писаной конституции* как основы *юридического конституционализма*. Юридический конституционализм в отличие от политического конституционализма в своих истоках ориентировался на поддержание верховенства писаной конституции над издаваемыми законами и иными правовыми актами, имея значение нормативной концепции [11. С. 55–56].

Юридический конституционализм включает следующие элементы, появившиеся в значительной степени под влиянием концепции писаной конституции с учетом как революционных, так и реформаторских устремлений.

1. Юридической основой конституционализма является современная писаная конституция как система правовых норм, которая устанавливает требования к организации публичной власти, а не описывает эмпирическим путем состояние государства, общества или различных субъектов; также конституция – не философская, а правовая система, точнее, ее важнейшая часть, хотя и может быть представлена, если следовать взглядам Никласа Лумана, как социальная система общества.

2. Целью конституции является не только регулирование создания и осуществления публичной политической власти. Конституции в современном смысле закрепляют и актуализируют в новых условиях конституционные цели развития народов и их ценности, облекаемые в правовую форму и разделяемые обществом. В отличие от основных законов старого порядка (в европейских государствах), они представляют собой право управлять и право создавать новый правопорядок; они не ограничиваются простым изменением порядка управления.

3. Регулирующий эффект современных конституций становится *всеобъемлющим*, он охватывает правовые, политические, экономические, социальные и духовные отношения. Публичная политическая власть по-прежнему находится в эпицентре конституции, однако сама система конституции стремится систематизировать и последовательно определить структуру правопорядка и формы взаимодействия публичной власти и с гражданами и обществом.

4. Конституция, выступая основным источником для конституционного права, одновременно выполняет свою функцию и в отношении правовой системы в целом, обладая приоритетом по отношению к другим законам и отраслям права. Действительность правовых актов (законов и иных актов) в различных отраслях права, а не только конституционного права зависит от их совместимости с нормами конституции, от их *конституционной валидности*.

5. Конституция как система принципов и норм, которая устанавливает и регулирует государственное правление, а также выступающая в качестве главного источника конституционного права, исходит не от правительства, а предшествует публичной власти и имеет источник легитимности в народе. Следовательно, преобладающей и оправданной формой конституционной легитимации публичной власти является народный суверенитет. Как пишет Дитер Гримм, любая форма легитимации, кроме народного суверенитета, может поставить под угрозу верховенство конституции [4. Р. 2]. Вместе с тем данные характеристики юридического конституционализма являются важным достижением научной конституционной теории и практики современной демократии в ее различных проявлениях. Можно сказать, что в современном мире существует множество форм конституционализма, в которых данные достижения не имеют полной реализации. Следует ли их обязательно признавать «несовершенными формами конституционализма»? На наш взгляд, современные формы конституционализма следует оценивать как по их стремлению к совершенствованию и достижению правовых и социальных

успехов, так и по эффективности создавать и реализовывать конституционно-правовые гарантии в отношении прав и свобод, социального благополучия граждан, способности охватывать многообразие социальных интересов и учитывать их в территориальном развитии и в деятельности органов публичной власти.

Поклонение «конституционализму» является одним из устойчивых и, вероятно, оправданных тщеславий либерально-демократической теории. Хотя конституционализм не имеет вечных гарантий, в правовом и политическом времени. Борьба за личные свободы и за бегство от произвольного политического правления были одной из заметных черт истории Западной Европы и Америки с XVI в. Основополагающие принципы конституционализма – ограниченное правление и верховенство права (правительства существуют только для того, чтобы служить определенным целям и должным образом функционировать только в соответствии с определенными правилами) стали оперативными идеалами этой борьбы [12. Р. 1].

Обращаясь к термину «конституционализм», следует учитывать многообразие прилагательных, которые характеризуют это понятие, расширяя не только сферы его применения, но и порождая эффект мега-парадигмы [13]. Конституционализм часто хвалят как противоядие от тирании, по мнению Г. Уолкера [14. Р. 154]. Однако конституционализм не всегда может быть принят вместе с либерализмом как либеральный конституционализм; это не означает, что не могут быть приняты и развиваться в условиях культурных различий иные формы конституционализма. Ограниченное распространение либерального конституционализма, его невостребованность в современной России не означает, что появляются стимулы отказаться от конституционализма как такового. Подобный отказ может приводить к более пагубным последствиям для государств, в которых конституционная демократия только пускает корни в неподготовленную для этого почву, «оставляя общественный порядок новых государств во власти многих пугающих импульсов, не пользуясь конституционными препятствиями для этих импульсов» [14. Р. 155].

Конституционализм не может сам по себе оправдывать существование перманентной конституции, опираясь на политическую мысль о «вечном» потенциале конституционных норм. В естественно-правовом конституционализме Э. Ваттеля есть ключевое философское суждение о том, что и конституция, и учрежденная ею публичная власть питаются из одного источника, из согласия нации на управление со стороны правителей, из политической конвенции нации в отношении вопроса о том, нужна ли ей (а не правителям) новая конституция или возможные изменения в ней.

Учредительный конституционализм как источник правового, политического и социального порядка

Конституирующая (или учредительная) власть – самое мощное, хотя и редко используемое оружие в арсенале современного демократического конституционализма. Учреждая конституцию и вместе с ней

политический и правовой порядок, формы учредительной власти только в остаточном виде (в виде «юридического осадка») остаются пребывать в тексте конституции в «затененном» пространстве в качестве «уснувших» и «потенциально опасных» полномочий.

Конституция и учредительная власть находятся во взаимозависимом состоянии, особенно в случаях, когда долголетие конституции усмиряет учредительные полномочия, дает им возможность проявлять себя, не меняя конституцию. Как писал Морис Дюверже, это конституция, которая получает свою власть от учредительной власти, а не учредительная власть, которая получает свою власть от конституции [15. Р. 78]. Однако это утверждение оправданно только частично.

Более того, оно с *онтологической* и *генеративной* точки зрения оказывается весьма ограниченным и препятствующим конструктивному диалогу и креативному развитию конституционного правопорядка. Формы проявления учредительной власти и их влияние на конструктивное развитие конституционного правопорядка связывают воедино долголетие конституции и генеративность правопорядка. Не всегда очевидно, что следует разграничивать *первичную* и *производную (вторичную)* учредительную власть как власть, конституирующую конституционный правопорядок. *Первичная* учредительная власть создает конституцию, которая как основной закон получает свою власть и легитимность от учредительной власти; *вторичная* учредительная власть (как власть частичной ревизии конституции) предусматривается действующей конституцией и получает свою власть от конституции, хотя и обладает полномочиями по внесению поправок или иному изменению действующей конституции. В каждом конституционном правопорядке существует определенная проблема согласования возможностей и адекватного соотношения первичной и вторичной учредительной власти.

Первичная учредительная власть обладает наиболее существенными генеративными полномочиями; она способна генерировать новый конституционный правопорядок и обеспечивать преобразование или воспроизводство в новых формах архитектуры современного демократического конституционного государства. Обращение к первичной учредительной власти – это всегда результат неэффективного осуществления вторичной учредительной власти.

Является ли долголетие конституции само по себе достаточным свидетельством об ее успехе? Очевидно, что только в контексте таких показателей, как стабильность правовой системы и политического режима мы не сможем с уверенностью предвидеть будущее такой конституции и основанного на ней политического режима и правовой системы. Конституция СССР 1977 г. и политический режим Советского партократического государства рухнули не в 1991 г., если понимать долголетие конституции как непрерывный атрибут конституционного и правового успеха. Последняя советская конституция Союза ССР – наилучший долгожитель из всех советских конституций, однако именно при ней был достигнут финал правового и политического развития, который не могли предвидеть даже самые одаренные советские уче-

ные-государствоведы. *Предвидение* и *прогностическая* функция – слабая и до сих пор не вполне отрафлексированная сторона советского государственного права как научной правовой доктрины. *Перманентная* конституция или однократное *увековечение* однотипного конституционализма – несомненно утопическая в значительной степени идея как с прагматической, так и причинно-следственной точки зрения. С прагматической точки зрения внутренние и внешние факторы влияния должны быть достаточно сбалансированы, чтобы иметь внутренний *конституционно-правовой стержень* развития и механизм адаптации новаций под влиянием различных факторов на сохранение устойчивости конституционно-политической и правовой системы. Сохранение *устойчивости* и работа *механизма адаптации новаций* в условиях современной демократии не может игнорировать факт и способы вовлечения граждан и широких социальных слоев общества в процесс конституционного волеобразования и волеизъявления. Именно в поздний период Советского государства наблюдался чрезвычайный правовой и политический дефицит использования юридических механизмов вовлечения граждан в процессы конституционного развития и строительства. *Каузальные* (причинно-следственные) связи – важный источник для понимания причин появления определенного типа конституций и конституционализма и следствий его угасания и вырождения. Если существует определенная констелляция причин появления советских конституций и советского конституционализма, то, как можно предположить, такие причины не будут существовать вечно и их прекращение запускает механизм вырождения и краха определенного типа конституций и конституционализма. *Конституционные каузальные* связи требуют постоянной идентификации факторов вовлечения для понимания пределов и возможностей развития определенного типа конституционализма. Через факторы устойчивости конституционно-правового порядка, механизмы адаптации правовых и политических новаций, конституционные каузальные связи мы приходим к пониманию особого типа *учредительного конституционализма* и *конститутирующей публичной власти*, которые в значительной степени определяют как временной диапазон учреждаемого конституционализма, так и его способность к трансформации политико-правовыми средствами.

Современный конституционализм распространяется в политических и правовых системах различных народов, имея разнообразные формы влияния на процессы осуществления государственной власти, защиты прав и свобод, обеспечения конституционных ценностей. Конституция как продукт установления способа политического управления среди различных государств должна учитывать многообразие факторов, поддерживающих множество статусов лиц и органов, территориальное развитие и культурное, религиозное, этническое различие. Ричард Альберт (Университет Техаса в Остине) утверждает, что любое конституционное сообщество состоит из людей, которые различаются по языку, религии, национальности, географии, идентичности или какой-то иной отличительной

чертой. Это с одной стороны. С другой стороны, любое данное конституционное сообщество также состоит из победителей и проигравших, действующих и претендентов, а также правителей и управляемых, для которых новая конституция может представлять собой победоносное завоевание или позорное поражение. По его мнению, задача современного конституционализма состоит в том, чтобы примирить эти многочисленные народы и их интересы, хотя и не для того, чтобы создать единый народ среди всех, а для того, чтобы найти конструктивные и значимые способы, позволяющие всем процветать в рамках господства права [16. Р. 20].

Конституционализм в современном многообразном мире соперничает с иными системами правового порядка и государственного управления в вопросах эффективности и генетической способности поддерживать многообразие, устойчивость и продуктивность в согласовании разнообразных интересов, ценностей и ожиданий [17]. Важным представляется знание и учет различий между двумя исходными целями конституционализма как нормативного правопорядка. В концепции телеологического конституционализма матрица целей конституционного развития задает значимые для всего сообщества направления, которые обеспечивают поступательное (не революционное, не спиралеобразное) развертывание в правовой, политической и шире – социальной реальности ожидания, ценности и интересы [10]. Телеология в конституционализме предполагает осмысление возможностей развертывания исходных целей развития.

Первый подход видит исходный пункт *телеологического конституционализма* в учреждении демократического и конституционного правопорядка вновь принимаемой конституцией, которая создает нормативные основы такого правопорядка и устанавливает юридические формы реализации учредительной власти через полную или частичную ревизию конституционных норм, одновременно ограничивая способы политического вовлечения в процедуру конституционной модернизации страны граждан, их объединений, органов публичной власти. В этом случае *учредительный конституционализм* стремится к правовому и социальному воспроизводству через реализацию конституционных целей и ценностей, заложенных в конституцию страны. Важно, чтобы *учредительный* и *телеологический* конституционализм не приходили в правовое и политическое столкновение, которое чревато как конституционным кризисом и реформаторскими устремлениями выхода из него, так и конституционной революцией, которая разрывает правовую преемственность и может приводить к государственному перевороту и последующему принятию новой конституции.

Второй подход в качестве исходного пункта телеологического конституционализма рассматривает проведение *учредительных выборов* с одновременным *учреждением новой конституции*. Одновременность установления конституционных целей развития государства и общества, с одной стороны, и создание новой (обновляемой) системы органов публичной власти на основе вводимой в действие кон-

ституции – уникальная возможность соединять элементы учредительного и телеологического конституционализма. Конstellляция политических и правовых факторов в учредительном и телеологическом конституционализме позволяет реализовывать программу привлечения различных политических сил (в том числе оппозиционных) в процесс конституционного строительства. Невозможно исключить в этом случае конституционные кризисы, однако их предупреждение и преодоление связаны не только со стабильностью политического и конституционного режима правления. Эффект использования элементов учредительного и телеологического конституционализма со временем может приобретать характер *конституционного торможения*, когда органы публичной власти не обеспечивают необходимые *конституционно-правовые новации* в правовом порядке страны, а юридические формы политического вовлечения граждан не предусматривают эффективных способов воздействия на конституционную модернизацию государства и общества.

В 1993 г. в России был использован второй подход для создания нового конституционного правового порядка. Причем проведение учредительных выборов с голосованием на референдуме по проекту Конституции РФ 12 декабря 1993 г. осуществлялось в условиях конституционной революции и с нарушением установленного ранее порядка принятия конституции (как это предусматривала Конституция РФ 1992 г. издания – акт, возникший в результате значительного количества поправок в Конституцию РСФСР 1978 г.).

Демократическое самоопределение народа – это источник происхождения современного конституционного права и легитимированной посредством демократических процедур конституции. В понимании учредительной власти имеет значение взгляд К. Шмитта о классическом различии между учредительной (конституирующей) властью как решением и учредительной (конституирующей) властью как нормой. Сформулированная философом концепция децизионизма оказала значительное влияние на развитие доктрины конституирующей власти и учения о конституции за пределами юридического позитивизма. По мнению К. Шмитта, конституирующая власть – это политическая воля, чья власть или авторитет способны принимать конкретное, всеобъемлющее решение о типе и форме своего политического существования [18. Р. 125; 19. S. 75–76]. Решение, как следует из его взглядов, определяет существование политического единства в целом. Действительность любого дополнительного конституционного правила вытекает из решений этой воли. Качественное отличие решения (как такового) от конституционных норм, которые законодательно закреплены на их основе, заключается в следующем.

Первое, на что обращает внимание К. Шмитт, Конституция не основана на норме, справедливость которой была бы источником ее действительности. Конституция основана на политическом решении относительно типа и формы ее собственного существа, которое вытекает из ее политической сущности. В отличие от какой-либо зависимости от нормативной

или абстрактной справедливости, слово «воля» обозначает, по существу, экзистенциальный характер этого основания действительности. Учредительная власть, по мнению К. Шмитта, – это политическая воля, точнее, конкретное политическое существо. Независимо от вопроса о том, является ли закон вообще командой или пропорциональным, можно сказать, что конституция должна быть решением, и каждый акт власти, принимающей конституцию, обязательно должен быть командой.

Второе соображение. По своему содержанию конституционный закон является стимулирующим законодательством конституционной воли. Всеобъемлющее решение, содержащееся в этом, будет в полной мере обеспечивать предпосылку и основу конституционного закона. Если в «конституцию» вписаны дополнительные индивидуальные нормы, это имеет только техническое юридическое значение защиты от внесения поправок с помощью квалифицированных процедур внесения поправок. *Третье соображение* касается вопроса о том, может ли принятие конституции исчерпать или поглотить полномочия по выработке конституции? По мнению К. Шмитта, конституционная власть не расходуется и не устраняется, потому что она была использована один раз. Политическое решение, которое, по сути, означает конституцию, не может иметь взаимного влияния на его субъект и исключать его политическое существование. Эта политическая воля остается рядом и над конституцией. Следовательно, любой подлинный конституционный конфликт, который включает в себя основы всеобъемлющего политического решения, может быть решен только по воле самой конституционной власти. Кроме того, каждый пробел в конституции, в отличие от отсутствия ясности с точки зрения конституционного права и разногласий в деталях, заполняется только актом конституционной власти. Каждый непредвиденный случай имеет основополагающее политическое решение.

Четвертое соображение заключается в утверждении того, что конституирующая власть является единой и неделимой. Это не координирующая, дополнительная власть (законодательная, исполнительная, судебная) наряду с другими «полномочиями», которые отличаются друг от друга. Конституирующая власть – это всеобъемлющая основа всех других «полномочий» и «разделения полномочий». По мнению К. Шмитта, в результате смешения конституции и конституционного права возникла еще одна путаница в создании учредительной власти с компетенцией для пересмотра конституционного права, путаница, которая часто приводит к размещению этой юрисдикции наряду с другими «властями» как «конституанты».

Децизионизм К. Шмитта как политическая идея может преобладать в конституционном и правовом пространстве страны, в которой политический суверен олицетворен в качестве доминанты в системе органов государственной власти. В качестве концепции учредительной власти децизионизм не может быть оставлен в политическом одиночестве; эту концепцию дополняют юридический позитивизм Г. Кельзена с

основной нормой, неизменной и дающей основу для правопорядка, и естественно-правовой конституционализм Э. Ваттеля, который конституирующую власть выводит из согласия нации и ее права на принятие и смену конституции. Российский конституционный ландшафт испытывает серьезные напряжения от результатов влияния концепта децизионизма К. Шмитта; устойчивый интерес в научных и широких общественных кругах к идее перманентной конституции с вечно неистощенным потенциалом конституционных норм создает предпосылки для исповедования светской веры в основную норму как неизменную для социальных и политических успехов государства. Политические и юридические формы вовлечения граждан в *конституционный народный мониторинг* возможных поправок и изменений Конституции РФ пока остаются скорее естественно-правовым пожеланием к публичной власти, которая, как следует из современной практики, осваивает с трудом советский опыт всенародного обсуждения (проектов конституций, поправок) и современные формы информационного и цифрового конституционализма. Использование последних является не только способом выражать доверие к гражданам в условиях информационного общества, но и формировать новые юридические механизмы конституционного волеобразования народа и его выражения в отношении важнейших конституционных вопросов развития государства и общества.

Проблема учредительной власти в современной демократии заключается в том, что, с одной стороны, власть конституировать правопорядок (создавать новый или существенно обновлять существующий) активно внедряется в процесс возникновения демократического правопорядка и демократического государства, имеющего свои конституционные основания; с другой стороны, учредительные полномочия в условиях информационного общества должны иметь новые средства идентификации, выявления конституционной воли народа и юридические механизмы конституционного мониторинга. Источником власти признается народ – это конституционная максима является непрекращающейся темой политической и правовой дискуссии. Тема о происхождении власти (при этом в ее конституционной форме) существует в современной конституционной мысли, начиная с американской и французской революций конца XVIII в. и заканчивая потрясениями Арабской весны в 2011 г. По мнению профессора Мартина Лафлина, задающего вопросом: «как это смутное демократическое убеждение выражается в конституционной мысли?», – ответ заключается в том, что оно «снабжено концепцией учредительной власти» [20. Р. 218]. Современная концепция учредительной власти не может останавливаться на констатации народного характера конституции как конечного пункта реализации учредительных полномочий и народного суверенитета.

Для понимания природы учредительной власти важным оказывается источник ее происхождения и формы прав, которые она порождает, но не всегда гарантирует. Карл Фридрих связал идентификацию учредительной власти с «правом на революцию» [21.

Р. 132]. Революционный характер учредительной власти не всегда является традиционным пониманием конституанты в рамках конституционной теории. Хотя представители современной социальной мысли, как Антонио Негри, опираясь на свои собственные сочинения, считают, что «учредительная власть – в отличие от учрежденной, конституированной власти – обозначает революционное событие, исключение из правового порядка, в котором *ex nihilo* выражается новый политический порядок»; в качестве примеров часто приводятся революции в США и во Франции [22; 23. Р. 32].

Другое направление формирует представление об учредительной власти во взаимодействии с доктриной общественного договора. Именно общественный договор как исходный пункт конституционного правотворчества и проецируемый на будущее вид социально-политического компромисса создает необходимые основания для появления юридических форм реализации учредительной власти. Конституционное волеобразование в классическом либерализме питается социально-политическим источником в виде общественного договора, который требует конституционных форм выражения и закрепления в перспективе эволюционного и прогрессивного развития конституции.

Классический либерализм был склонен подчеркивать юридическую преемственность, законность и постепенные политические изменения. Даже в версиях общественного договора, за исключением Джона Локка, фокус либерализма был в большей степени сфокусирован на вымышленном естественном государстве и на представлении о первоначальном договоре между равными и свободными людьми, а не на реальных политических разрывах, правовых нововведениях и новых институциональных началах. Фактически идея общественного договора преимущественно использовалась для объяснения политического обязательства, для оправдания послушания, для описания консенсуальной основы власти и, в некоторых случаях, для законного сопротивления, а не для объяснения этих исторических моментов подлинного разрыва и трансформации. На более позднем этапе классический марксизм пытался восполнить этот пробел, ссылаясь на неизбежную возможность пролетарской революции, но его исторический детерминизм и экономический материализм заставили марксизм уделять больше внимания долгосрочным социальным и экономическим трансформациям, чем политическим, юридическим, институциональным и культурным изменениям, которые воспринимались как простые эпифеноменальные эффекты более глубоких структурных изменений, происходящих в сфере материального производства общества [24. Р. 1–16].

Концепция учредительной власти стала важной проблемой для политических и правовых теоретиков в 1990-х гг. из-за распространения новых конституций в эпоху после окончания холодной войны, которая вызвала возврат к проблематичным источникам новых политических режимов. Актуализировалось обсуждение форм и границ учредительной власти и в России в период подготовки и принятия Конституции

РФ 1993 г., когда была использована форма общероссийского референдума для принятия Конституции после ее обсуждения и доработки президентского проекта на Конституционном совещании. Работа Конституционного совещания – пример деятельности квазиучредительного, невыборного органа, который демонстрировал неприемлемость для России обращения к юридическим процедурам по формированию учредительного собрания с конституирующей властью. Современная ситуация в России с проблемой поиска конституционных форм учредительной власти имеет сильные наследственные корни, старые проблемы в новом обличье. Президентский источник проекта конституции, победный характер самой Конституции, принятой 12 декабря 1993 г., стремление превратить новый основной закон страны в перманентную конституцию (как антитеза господствовавшей долгое время в советский период идеологии перманентной революции) создают констелляцию своеобразных культурно-исторических и государственно-правовых явлений, препятствующих развитию современных форм учредительной власти в условиях информационного общества и электронного государства (электронного правления).

Ученые-конституционалисты отмечают, что в настоящее время в демократической конституционной теории недостаточно внимания уделяется понятию учредительной власти и связывают это с издержками конституционализма, основанного на юридическом позитивизме Г. Кельзена. Ренато Кристи видит именно во влиянии Ганса Кельзена («по всей вероятности») основную причину этого затруднения [25. Р. 352]. Согласно Г. Кельзену, юридический позитивизм не может рассматривать основную норму (Grundnorm) как волю или решение конкретного субъекта. В то время как К. Шмитт считал именно политическую волю источником учредительной власти. Г. Кельзен распространял постулаты юридического позитивизма на понимание учредительной власти. Учредительная власть для него – это фикция, простая «мысль», которая позволяет юристу логически обосновать действительность нормативной (юридической) системы.

Следующие позиции ученого являются наиболее важными в понимании учредительной власти. *Первая позиция* говорит о том, основанием действительности нормативного порядка является *основная норма*. Для Г. Кельзена «основная норма – это общий источник действительности всех норм, принадлежащих к одному порядку, их общее основание действительности» [26. С. 242]. Основная норма – наивысшая в правовом порядке. Действительность наивысшей нормы не может выводиться из какой-то более высокой нормы, и уже больше не может возникать вопроса об основании ее действительности. Следовательно, если связывать основную норму с *юридическим конституционализмом* и с *системой действующей конституции*, то правовой порядок оказывается юридическим заложником основной нормы, которая уже не может быть верифицирована – в категориях действительности, а в концепции конституционализма в категориях конституционности.

Вторая позиция. Г. Кельзен выделяет статический и динамический принципы нормативной системы и правового порядка, которые работают в границах существующей системы. Основная норма, по мнению ученого, определяет фактический состав правотворчества, так что ее можно назвать конституцией в смысле правовой логики, в отличие от конституции в смысле позитивного права. Таким образом, основная норма – это исходный пункт процедуры создания позитивного права; акт создания конституции необходимо истолковывать как фактический состав. Субъекты конституционного правотворчества, в понимании Г. Кельзена («индивид или собрание индивидов, создавшее конституцию, на которой основывается правовой порядок»), рассматриваются им в качестве нормоустанавливающей власти [26. С. 247]. Инстанция, создающая конституцию в юридическом позитивизме Г. Кельзена, рассматривается «как высшая власть»; «не может считаться, что создавать конституцию она уполномочена нормой, установленной какой-то еще более высокой инстанцией».

Третья позиция. В отношении основания деятельности конституции Г. Кельзен допускал возможность нескольких случаев: 1) обретение действительности конституции на основании обнаружения более старой конституции: действительность существующей конституции в этом случае выводится из правил, установленных ее предшественницей, по которым была создана новая конституция («в соответствии с предписаниями предыдущей конституции в процессе ее правомерного изменения»); 2) свою действительность конституция обретает революционным путем в нарушение прежней конституции; она не основана на прежнем государственном правовом порядке [Там же. С. 248–249].

Четвертая позиция. Для Г. Кельзена *учредительная власть* – не более чем *концептуальный миф*, обосновывающий действительность основной нормы (Grundnorm). Политическая основа демократического процесса, стоящего у истоков конституирующей власти, не входит в круг оснований действительности конституции. Естественно-правовой конституционализм Э. Ваттеля давал нации право на принятие новой конституции или право на ее изменение (замену), юридический позитивизм Г. Кельзена скорее подыскивал надлежащую юридическую основу для незыблемости существующего правового порядка вне контекста демократического процесса.

Влияние Г. Кельзена сохраняется в значительной степени до сих пор на понимание границ действительности конституции в связи с ограниченным видением источников учредительной власти. Исследователь Андреас Каливас рассматривает как «скандал», что учредительная власть не получила «ни признания, которого оно заслуживает в современной конституционной юриспруденции, ни своего надлежащего места в нашем политическом словаре» [27. Р. 230]. По его мнению, эта сдержанность со стороны демократических теоретиков происходит из-за того, что они воспринимают как внутреннюю связь, которую это понятие имеет с суверенитетом, а именно с абсолютизмом произвольного командования и подчиненного послушания.

Учредительная власть – это порождающая, производительная и нормотворческая сила людей, их способность создавать новые конституционные формы и определять новый политический и правовой режим. Это также их трансгрессивная способность изменять или отменять существующий режим и устанавливать новый на его месте. Теория учредительной власти становится важной в ранней современности, когда ставится под сомнение божественное право монархов и является основным источником законной власти и авторитета власти [28. Р. 596]. Политическое сообщество нуждается не в божественном, а в конвенциональном и гуманитарном оправдании происхождения власти. В этом отношении под *учредительной властью* следует понимать *самоустанавливающуюся власть народа* по организации своего коллективного политического существования в современной конституционной форме, какой является преимущественно писаная кодифицированная конституция.

В исследованиях ставится проблема формирования цифровой конституции и цифровых конституционных прав в России и современном мире [29. С. 76–77]. Тотальность цифрового и информационного пространства завораживает представителей науки конституционного права. В условиях современного информационного общества и электронного государства (электронного правления) следует обращать внимание на разработку новых юридических средств выявления действительности конституции, создавать политические и юридические механизмы конституционного волеобразования и волеизъявления народа, адекватные технологическим возможностям и основанные на цифровых правах и цифровом конституционализме. Конвенциональные и гуманитарные основания учредительной власти требуют новых юридических форм выражения в контексте развития информационных технологий и опыта внедрения в отдельных странах конституционного краудсорсинга.

ЛИТЕРАТУРА

1. Шустров Д.Г. Механизмы обеспечения стабильности конституции в постсоветских государствах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 4. С. 20–29.
2. Комарова В.В. Учредительная власть и формы ее реализации // Современное общество и право. 2011. № 1. С. 13–19.
3. Krisch N. Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order // International Journal of Constitutional Law. 2016. Vol. 14, № 3. P. 657–679. DOI:10.1093/icon/mow039
4. Grimm Dieter. Constitutionalism: Past – Present – Future // Nomos. 2018. № 2. P. 1–12.
5. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. СПб., 1895. Т. XIVa: Карданахи – Керо. С. 571–572.
6. Abegg, Julius Friedrich Heinrich; Göbler, Justinus. Constitutio criminalis Carolina: ... et Rami Nemasis Carulina. Heidelberg: Mohr, 1837.
7. Roeck B. Criminal Procedure in the Holy Roman Empire in Early Modern Times // IAHCCJ Bulletin. 1993. № 18, Poursuites Pénales / Prosecution. P. 21–40.
8. Лысенко О.Л. Каролина 1532 г. – памятник права средневековой Германии: цивилизационный подход к изучению // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2014. № 5. С. 52–74.
9. Ваттель Э. де. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов. М.: Госюриздат, 1960. 719 с.
10. Кравец И.А. Телеологический конституционализм, конституционная идентичность и публичный правопорядок (научное знание, российский, сравнительный и международный контекст) // Вестник Томского государственного университета. 2019. № 439. С. 202–215. DOI: 10.17223/15617793/439/28
11. Права человека: энциклопедический словарь / отв. ред. С.С. Алексеев. М.: Норма; ИНФРА-М, 2016. 656 с.
12. Schochet, Gordon J. Introduction: Constitutionalism, Liberalism, and the Study of Politics // Nomos. 1979. Vol. 20, Constitutionalism. P. 1–15.
13. Кравец И.А. Конституция и ценности конституционализма как мега-парадигмы // Государство и право. 2018. № 12. С. 44–55. DOI: 10.31857/S013207690002199-0
14. Walker, Graham. The Idea of Nonliberal Constitutionalism // Nomos. 1997. Vol. 39, Ethnicity and Group Rights. P. 154–184.
15. Duverger, Maurice. Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de faits // Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. 1945. Vol. 51, № 61. P. 73–100.
16. Albert R. Foreword // Constitutionalism in a Plural World / eds by Catarina Santos Botelho, Luis Heleno Terrinha, Pedro Coutinho. Universidade Catolica Editora, Porto, 2018. P. 20–21. (270 p.)
17. Constitutionalism in a Plural World / eds by Catarina Santos Botelho, Luis Heleno Terrinha, Pedro Coutinho. Universidade Catolica Editora, Porto, 2018. 270 p.
18. Schmitt C. Constitutional Theory. Translated by Jeffrey Seitzer. Durham : Duke University Press, 2008. xix + 468 p.
19. Schmitt C. Verfassungslehre. Berlin: Duncker und Humblot, 1928. xviii, 404 p.
20. Loughlin M. The Concept of Constituent Power // European Journal of Political Theory. 2014. Vol. 13 (2). P. 218–237.
21. Friedrich C.J. Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America. Boston : Ginn and Company, 1950. xvi, 688 p.
22. Negri Antonio. Insurgencies. Constituent Power and the Modern State. Minneapolis. London : University of Minnesota Press, 1999.
23. Hardt M., Negri A. Assembly. Oxford University Press, 2017. 369 p.
24. Kalyvas A. Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, Hannah Arendt. Cambridge : Cambridge University Press, 2008. 326 p. DOI:10.1017/CBO9780511755842.001
25. Cristi R. Schmitt on Constituent Power and the Monarchical Principle // Constellations. 2011. Vol. 18, № 3. P. 352–364.
26. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. СПб.: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. 542 с.
27. Kalyvas A. Popular Sovereignty, Democracy and Constituent Power // Constellations. 2005. Vol. 12, № 2. P. 223–244. DOI:10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x
28. Muldoon J. Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form // Constellations. 2016. Vol. 23, is. 4. P. 596–607. DOI:10.1111/1467-8675.12179
29. Шахрай С.М. Цифровая конституция. Основные права и свободы личности в тотально информационном обществе // Вестник РАН. 2018. Т. 88, № 12. С. 1075–1082.

Статья представлена научной редакцией «Право» 5 сентября 2019 г.

Constituent Power and Constitutional Modernisation in Modern Constitutionalism (Russian, Comparative, and International Aspects)

Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal, 2020, 450, 206–217.

DOI: 10.17223/15617793/450/25

Igor A. Kravets, Novosibirsk State University (Novosibirsk, Russian Federation). E-mail: kravigor@gmail.com

Keywords: fundamental laws; legal constitutionalism; constituent constitutionalism; constituent power; teleocratic and nomocratic function; permanent constitution; natural constitutionalism; Wattel; decisionism; Schmitt; normativism; Kelsen.

The study was supported by the Russian Foundation for Basic Research, Research Project No. 18-011-00761 A.

The article considers the conceptual foundations of legal and constituent constitutionalism, the problem of permanent constitution and constitutional modernisation, the multiplicity of the term “constitutionalism” and the dynamic capabilities of the constitution, the relationship of the nation’s right to adopt and change the constitution in Emer Vattel’s views, social foundations and forms of constituent power, the influence of Hans Kelsen’s normativism and Carl Schmitt’s decisionism for the modern understanding of constituent power, prospects for the formation of a constituent constitutionalism in the conditions of an information society and e-government. The author explores the conceptual significance of the basic laws and the modern constitution as legal phenomena, their difference in constitutional and historical jurisprudence, the substantive characteristics of legal constitutionalism based on the model of a written, codified constitution widespread on the legal map of the world. The author discusses the scientific views of Vattel as a representative of the school of natural rights to the constitution and public authority, the differences between the constituent and legislative powers, the role of the nation’s right to adopt a constitution and the right to change it. This article substantiates the scientific and political-legal significance of Schmitt’s decisionism. The author believes that the Russian constitutional landscape is under a serious strain from the results of the influence of Schmitt’s concept of decisionism. Political and legal forms of involving citizens in the constitutional popular monitoring of possible amendments and changes to the Constitution of the Russian Federation remain unclaimed by constitutional science and practice. The article examines Kelsen’s views on the understanding of the constituent power and the basic norm. Constitutional scholars note that, at present, the democratic constitutional theory does not pay enough attention to the concept of constituent power and attribute this to the costs of the influence of Kelsen’s legal positivism. The article uses the methods of discursive and comparative legal analysis, the method of constitutional hermeneutics, specific historical and formal legal methods of analysis. The article identifies the problems of regulation and implementation of constituent power in Russian constitutionalism. Conclusions are made: in the conditions of the modern information society and the e-state, attention should be paid to the development of new legal means for identifying the validity of the constitution, creating political and legal mechanisms of constitutional will and the will of the people that are adequate to technological possibilities and based on digital rights and digital constitutionalism.

REFERENCES

1. Shustrov, D.G. (2018) Mechanisms of Ensuring Stability of the Constitution in Post-Soviet States. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*. 4. pp. 20–29. (In Russian).
2. Komarova, V.V. (2011) The Constituent Power and Forms of Its Realization. *Sovremennoe obshchestvo i pravo*. 1. pp. 13–19. (In Russian).
3. Krisch, N. (2016) Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order. *International Journal of Constitutional Law*. 14 (3). pp. 657–679. DOI: 10.1093/icon/mow039
4. Grimm, D. (2018) Constitutionalism: Past – Present – Future. *Nomos*. 2. pp. 1–12.
5. Brockhaus, F.A. & Efron, I.A. (1895) *Entsiklopedicheskiy slovar' Brokgauza i Efrona* [Brockhaus and Efron Encyclopedic Dictionary]. Vol. XIVa. St. Petersburg: Tipo-Litografiya I. A. Efrona. pp. 571–572.
6. Abegg, J.F.H. & Göbler, J. (1837) *Constitutio criminalis Carolina: . . . et Rami Nemesis Carulina*. Heidelberg: Mohr.
7. Roeck, B. (1993) Criminal Procedure in the Holy Roman Empire in Early Modern Times. *IAHCCJ Bulletin*. 18. pp. 21–40.
8. Lysenko, O.L. (2014) Carolina in 1532—A Monument of Medieval German Law (Civilizational Approach to the Study). *Vestnik Moskovskogo universiteta. Ser. 11. Pravo*. 5. pp. 52–74. (In Russian).
9. Vattel, E. (1960) *Pravo narodov ili printsipy estestvennogo prava, primenyaemye k povedeniyu i delam natsiy i suverenov* [The Law of Peoples or the Principles of Natural Law Applicable to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns]. Moscow: Gosyurizdat.
10. Kravets, I.A. (2019) Teleological Constitutionalism, Constitutional Identity and Public Order (Scientific Knowledge, Russian, Comparative and International Context). *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 439. pp. 202–215. (In Russian). DOI: 10.17223/15617793/439/28
11. Alekeev, S.S. (ed.) (2016) *Prava cheloveka: entsiklopedicheskiy slovar'* [Human Rights: Encyclopedic Dictionary]. Moscow: Norma; INFRA-M.
12. Schochet, G.J. (1979) Introduction: Constitutionalism, Liberalism, and the Study of Politics. *Nomos*. 20. pp. 1–15.
13. Kravets, I.A. (2018) Constitution and Values of the Constitutionalism as a Mega-Paradigm. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 12. pp. 44–55. (In Russian). DOI: 10.31857/S013207690002199-0
14. Walker, G. (1997) The Idea of Nonliberal Constitutionalism. *Nomos*. 39. pp. 154–184.
15. Duverger, M. (1945) Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de faits. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. 51 (61). pp. 73–100.
16. Albert, R. (2018) Foreword. In: Botelho, C.S., Terrinha, L.H. & Coutinho, P. (eds) *Constitutionalism in a Plural World*. Porto: Universidade Catolica Editora. pp. 20–21.
17. Botelho, C.S., Terrinha, L.H. & Coutinho, P. (eds) (2018) *Constitutionalism in a Plural World*. Porto: Universidade Catolica Editora.
18. Schmitt, C. (2008) *Constitutional Theory*. Translated by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press.
19. Schmitt, C. (1928) *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker und Humblot.
20. Loughlin, M. (2014) The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*. 13 (2). pp. 218–237.
21. Friedrich, C.J. (1950) *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*. Boston: Ginn and Company.
22. Negri, A. (1999) *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis; London: University of Minnesota Press.
23. Hardt, M. & Negri, A. (2017) *Assembly*. Oxford University Press.
24. Kalyvas, A. (2008) *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI:10.1017/CBO9780511755842.001
25. Cristi, R. (2011) Schmitt on Constituent Power and the Monarchical Principle. *Constellations*. 18 (3). pp. 352–364.
26. Kelsen, H. (2015) *Chistoe uchenie o prave* [Pure Doctrine of Law]. 2nd ed. TFG by M.V. Antonov and S.V. Lezov. St. Petersburg: Izdatel'skiy Dom “Alef-Press”.

27. Kalyvas, A. (2005) Popular Sovereignty, Democracy and Constituent Power. *Constellations*. 12 (2). pp. 223–244. DOI:10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x
28. Muldoon, J. (2016) Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form. *Constellations*. 23 (4). pp. 596–607. DOI:10.1111/1467-8675.12179
29. Shakhrai, S.M. (2018) Digital Constitution. Fundamental Rights and Personal Freedoms in Total Information Society. *Vestnik RAN*. 88 (12). pp. 1075–1082. (In Russian). DOI: 10.31857/S086958730003185-1

Received: 05 September 2019