

# ТЕОРИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

У. Карпен

## ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

**Аннотация.** В статье анализируются основные направления сравнительно-правовых исследований законодательства: тенденций развития и механизмов совершенствования законодательства, науки и искусства законодательства, участников и стадий законодательного процесса, методики создания законов, законодательной техники.

**Ключевые слова:** законодательство, сравнительное правоведение, законодательная политика, тенденции развития законодательства, законодательный процесс, закон, структура закон, законодательная техника, язык закона.

### Введение

Учение о законодательстве до недавнего времени считалось почти исключительно вопросом внутригосударственного значения. Но с началом европейской интеграции и всемирного сращивания экономических и правовых пространств, которое получило название «глобализации», *сравнительное правоведение становится одним из основных, эталонных методов исследований в области юриспруденции.*

«Сравнительное правоведение в изучении европейского правового пространства стало популярной профессией»<sup>1</sup>. Для Европейского Союза сравнительное правоведение является настоятельно необходимым, поскольку указанные в статье 6 Договора о Европейском Союзе как источники права «общие конституционные традиции государств-членов» могут быть выявлены и конкретизированы только путем сравнительных исследований.

Предметом сравнения в настоящем исследовании стали *правопорядки, отобранные по определенным критериям.* В семье континентального права из «германоязычных стран» были выбраны Германия, Австрия и Швейцария, а также родственная им Испания; к «романским» странам были отнесены Франция и Италия. В семье общего права выделены Великобритания и Соединенные Штаты Америки, а также Канада. Из правопорядков северных стран особый интерес представляет Швеция. Такой же интерес представляет право Голландии. И, хотя ее право представляет собою смесь разных европейских элементов, ему следует не-

пременно уделить внимание в контексте задач, стоящих перед сравнительным правоведением.

Отдельную группу составляют Балканские страны — Хорватия, Сербия, Македония, Босния и Герцеговина, Албания, а также Косово, — которые в спешном порядке пытаются привести свои правовые порядки в соответствие с правом государств-членов ЕС и перенять обширные *acquis communautaire* (достижения сообщества) в качестве предпосылки для вступления в ЕС. В этом процессе трансформации принимают участие многие эксперты в области права, так что правоведение в известном смысле подвергается испытанию «in vivo» (на живом организме)<sup>2</sup>.

Все названные страны относятся к конституционному типу западного конституционализма.

С тех пор, как Петер Нолл уже почти 40 лет назад пробудил «законоведение» к жизни из глубокого сна<sup>3</sup>, в котором эта наука долго пребывала, словно спящая красавица<sup>4</sup>, наряду с традиционными темами, такими как язык, методология, техника и т.п., появились *новые главные темы*, определяющие сегодня ход дискуссий: неукротимый рост количества правовых норм, ограничение правового регулирования, борьба с бюрократическими преградами, участие экспертов и адресатов правовых норм в законодательном процессе, юридиза-

<sup>1</sup> V. Bogdandy u.a. (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, Vorwort, S.V.

<sup>2</sup> European Cards 2003 Project for Croatia, Support to Public Administration and Civil Service Reform in Croatia, Draft Law on General Administrative Procedures of the Republic of Croatia, 2007, <http://www.delhrv.ec.europa.eu/index>; Karpen, JöRNF 60 (2012, im Druck), 665 f.; Temelkoska-Milenkovic/Karpen, Manual on Secondary Lawmaking, OECD – Macedonia, 2010.

<sup>3</sup> Peter Noll, «Gesetzgebungslehre», Rohwoldt, Reinbek, 1973.

<sup>4</sup> Zu den großen Traditionen dieser Wissenschaft vgl. Mertens, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, 2004; Emmenegger, Gesetzgebungskunst, 2005.

ция целей и средств законодательства, оценки правовых последствий и т.д.

Ниже мы рассмотрим упомянутые вопросы в рамках *четырех разделов*: I. Вклад сравнительного правоведения в «хорошее» законодательство; II. «Внешний законодательный процесс»: актеры, органы, стадии процесса; III. «Внутренний законодательный процесс»: политика, цели, инструментарий; IV. Техника законодательства: структура, язык.

В учении о законодательстве речь традиционно разворачивалась вокруг четырех вопросов: что — кто — как — почему.<sup>5</sup> Сравнительное правоведение расширяет наш кругозор. Один из наиболее известных афоризмов психиатра Скотта Пека гласит: «мы должны делиться нашим сходством и гордиться нашими различиями» («we should share our similarities and celebrate our differences»)<sup>6</sup> Понимание того, что другие в законодательстве делают что-то иначе, приводит к желанию повторить либо сделать что-то лучше либо оставить все так, как есть.

## I. Сравнительно-правовые аспекты законодательства

### 1. Закон как предмет учения о законодательстве (аналитика закона)

«Законодательство — это осуществленная властью закрепление общеобязательных правовых норм...»<sup>7</sup>. Закон — *центральный инструмент управления* в демократическом, правовом и социальном государстве<sup>8</sup>. Он устанавливает рамки поведения в государстве, защищает гражданские права и свободы, является в социальном государстве важнейшим инструментом распределения социальных благ. Одновременно право закрепляет ценности, относительно которых в обществе достигнут принципиальный консенсус, и содержит установки и указания, ориентирующие управление государством<sup>9</sup>. Предмет закона определяется «принципом существенности»<sup>10</sup>. Он включает общие абстракт-

тно сформулированные правовые нормы, не предназначенные к применению в частных случаях<sup>11</sup>.

Понятие «законодательство» трактовалось бы слишком узко, если бы под ним понимались только формальные законы, включающие установленные парламентом правовые нормы. Учение о законодательстве включает в свой предмет и *административные указы и предписания*, относительно которых, по крайней мере, следует поставить вопросы о компетенции и процедуре их принятия, о целях и надлежащей форме. В таком понимании оно является учением о правотворчестве, но здесь, подробно оно не рассматриваются.

Все конституции регулируют принятие *конституционных законов и законов по внесению поправок в Конституцию* в качестве высших правовых норм, принятых решениями парламентов, нередко с дополнительным проведением референдума<sup>12</sup>. В некоторых странах (таких, как Голландия, Франция, Испания, Италия, Хорватия, Македония) действуют органические законы (*leyes orgánicas*), находящиеся на грани между Конституцией и простыми законами<sup>13</sup>.

Сферы допустимости и применения *административных предписаний* в различных странах труднообозримы (*подзаконные акты, делегированные законодательные акты, регламенты, распоряжения, декреты* и т.д.). Немногие правовые порядки, как, например, Европейского Союза (ст. 290 абз. 2 Договора о функционировании ЕС) и Германии (ст. 80 абз. 1 стр. 2 Основного Закона) детализировано регламентируют правомочия на издание административных предписаний. При этом прямых запретов на делегирование законодательных полномочий практически нет<sup>14</sup>. В результате, в названиях английских административных актов обнаруживается «множество неточностей»: *предусмотренные законом инструменты, практи-*

<sup>5</sup> Tribe, *American Constitutional Law*, 2. Aufl., 1988, S. 1682.

<sup>6</sup> Vgl. bei Voermans, *Statute Law Review* 31 (1), 38 (53).

<sup>7</sup> Schneider, *Gesetzgebung*, Rn. 29.

<sup>8</sup> Ismayr, in Ismayr (Hg.), *Gesetzgebung*, 2008, S. 12..

<sup>9</sup> Biaggini, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz*, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, §10, Rn. 21; Tribe, (Fn. 5), 3. Aufl., Bd. 1, 2000, S. 859.

<sup>10</sup> BVerfGE 49, 89 (126); Weber, *Europäische Verfassungsvergleichung*, 2010, S. 199. Das gilt besonders für Österreich und die Schweiz; in der Schweizerischen Verfassung (Art. 164 Abs. 1) wird dem Parlamentsvorbehalt unterstellt, was «wichtig» und «grundlegend» ist, vgl. Biaggini, (Fn. 9), Rn. 86; Karpen, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, Legistics – freshly evaluated*, 2. Aufl., 2008, S. 13.

<sup>11</sup> So Art. 288 Abs. 2 AEUV; Tribe, (Fn. 5), S. 630; Kirchhof, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009; Jasiak, *Constitutional Constraints on Ad Hoc Legislation, A comparative Study on the United States, Germany and the Netherlands*, 2010. Für alle schwedischen Normkategorien («Grundlagar», «Lagar», «Förordningar», «Föreskrifter») gilt, dass ihr Inhalt allgemeingültig sein muss: Vogel, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweden*, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, § 9, Rn. 113.

<sup>12</sup> Cruz Villalón, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich*, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, §13, Rn. 61 ff.

<sup>13</sup> Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 22; *gesetzesgleich in den Niederlanden: Besselink, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande*, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, §6, Rn. 107, 108.

<sup>14</sup> Die lange eingehaltene US-amerikanische Nondelegation Doctrine ist «moribund»: Pünder, *International Comparative Law Quarterly* 58 (2009), 353 (358).

ческие кодексы, регламенты и т.п.<sup>15</sup> Во французской Конституции есть два типа заменяющих законы предписаний: таких, которые издаются Правительством после заключения Государственного совета на основании собственных общих полномочий (ст. 37), и таких, которые издаются Правительством с согласия Парламента (ст. 38). Возможность принятия таких актов ослабляет позиции французского Парламента, подчеркивая главенство Президента и Правительства<sup>16</sup>. Для всех стран характерно превышение числа административных предписаний над числом законов<sup>17</sup>, что вызвано расширением круга тех вопросов, с которыми может справиться только исполнительная власть. Такое явление способствует затяжной потере значения парламента<sup>18</sup>.

Учение о законодательстве (*Legistics, Légistique*) исследует весь комплекс возникновения законов и других правовых норм, с момента предложения их создания и до завершения их действия, включая процессы принятия решений, применения, осуществления необходимых затрат, возможного внесения дополнений, начинающих новый цикл регулирования. Этого требует аналитика закона, как учения об организации процесса, как метода выбора соответствующих целей и надлежащих средств регулирования, как комплекса мер по приданию процессу регулирования четкой, ясной и понятной формы при сохранении лаконичности и доступности правовой материи за счет применения технических законодательных средств (упорядочение законодательства, кодификация и т.д.).

После рецепции забытого в XX в. учения о законодательстве оно стало стремительно развиваться в 1980-е годы как *междисциплинарное учение о функциях* и в 1990-е годы расширило свои горизонты до общеевропейского масштаба<sup>19</sup>. С 1990 года более широкий взгляд на закон, как на инструмент в арсенале теории регулирования, был направлен на поиск новых форм регулирования, при этом на первый план выдвинулись вопросы экономической рациональности, эффективности и оценки последствий законодательных решений. Швейцария, Голландия, Швеция, Австрия и Германия в эти годы добились больших успехов в развитии теории и практики

законотворчества<sup>20</sup>. Без мощного содействия Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) достичь этих целей было бы невозможно<sup>21</sup>.

Как писал Порталис, «Законы не являются чистыми актами власти; это акты мудрости, справедливости и разума. Законодатель проявляет в меньшей степени власть, а в большей — священный авторитет. Нельзя забывать также о том, что законы предназначены для людей, а не люди для законов»<sup>22</sup>.

Учение о законодательстве является *междисциплинарной теоретической и прикладной наукой* и в то же время — *наукой-искусством*. В целях лучшего понимания самого закона, условий его возникновения и его воздействия необходимо *междисциплинарное сотрудничество* ученых правоведов, экономистов, представителей других социальных наук, в том числе информатики и кибернетики. Правовая наука имеет дело с правовым регулированием и правовыми учреждениями и занимается правовыми нормами. В этом смысле правовая наука является гуманитарной наукой и областью культуры. Однако право является также «социальным инженерным искусством» и социальной правовой наукой<sup>23</sup>.

Учение о законодательстве — это *теоретическая наука*. Она имеет описательный характер. Гуманитарно-герменевтически она помогает писать и понимать тексты; социально-эмпирически она исследует цели и воздействие закона, описывает участников и процедуры законотворческой деятельности, изучает фактическую волю народа, выраженную парламентско-демократическим путем.

Одновременно она является *прикладной наукой*. В отличие от чистой теоретической науки она направлена не только на познание, но и на действие, имея цель «сделать законы как можно лучше». Обращаясь к этой теме, *Роско Паунд* отмечал, что ученые и преподаватели всегда должны иметь в виду практику: «Правоведы-монахи», проводящие свою жизнь в атмосфере чистого права, из которого исключено все мирское и человеческое, не могут разработать практически применимые принципы, которые могут быть использованы в постоянно бурлящем мире плоти и крови»<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> Bates, United Kingdom, in: Karpen (Hg.), *Legislation*, S. 428 (438 f.); vgl. den Regulatory Reform Act von 2001.

<sup>16</sup> Kimmel, *Gesetzgebung und politisches System Frankreichs*, in: Ismayr (Hg.), (Fn. 8), S. 229 (255).

<sup>17</sup> Schneider, *Gesetzgebung*, Rn. 231 ff.

<sup>18</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 12.

<sup>19</sup> Voermans/Eijlander, *Working out the Fundamentals for a Border-Crossing Post-Instrumental Doctrine on Legis-Prudence*, in: Morand, *Légistique*, S. 47 (50 f.); Karpen, (Fn. 10), S. 91 f.

<sup>20</sup> Vgl. die seit 1996 erschienenen 16 Bände der European Association of Legislation (EAL), jetzt International Association of Legislation (IAL), (Nomos).

<sup>21</sup> Vgl. nur die Länderberichte, die stets das Ergebnis unabhängiger «Länderexamen» sind, erschienen in der Serie «Better Regulation in Europe», neuestens 2010 («Deutschland»).

<sup>22</sup> Portalis, *Discours préliminaire sur le Code civil*, 1804, Nachweis bei Bergeal, *Rédige un texte normatif*, 6. Aufl., 2008, S. 295.

<sup>23</sup> Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 45.

<sup>24</sup> Zweigert/Kötz, (Fn. 23), S. 242.

Учение о законодательстве как прикладная наука должно быть политически рациональным; понимать политику, как направленное на обеспечение всеобщего блага приобретение и сохранение власти, учитывать границы политических действий, в том числе этические требования, предъявляемые к власти.

В конце концов, учение о законодательстве является также *искусствоведением*. Искусство — это, в конечном счете, конечно, интуиция, талант, одаренность и потому как таковое не может быть заучено. Но нет никаких сомнений в необходимости исходить «из той самоочевидной истины, что все люди созданы равными и наделены их Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относятся жизнь, свобода и стремление к счастью...».

Эта всемирно известная цитата из американской Декларации о независимости 1776 г. является превосходным образцом законодательства. Неслучайно писатель Г.К. Честертон не замедлил причислить ее к «большой литературе»<sup>25</sup>. И если созданию законов такого качества невозможно научиться, то можно, по меньшей мере, освоить искусство освоения рационального опыта создания качественного продукта. Учение о законодательстве это позволяет сделать.

## 2. Хорошее управление, лучшее регулирование, лучшее законодательство

Практической стороне законотворчества, в особенности, политическим компонентам процесса планирования и принятия решений, в европейском учении о законодательстве долгое время не предавалось значения. Это поле деятельности оставили политическим наукам. Сегодня все обстоит иначе. Совершенно очевидно, что закон, в конечном счете, легитимизируется не научной или деловой рациональностью, а волей демократического большинства народа, в которой нуждаются парламент и правительство в качестве законодателей. Хорошо, когда на помощь приходит деловой и политический совет. Но если это не происходит, приоритеты меняются<sup>26</sup>. Это является главной причиной того, что учение о законодательстве в последнее время концентрирует свое внимание на том, чтобы встроить законодательство в русло усилий по созданию «хорошего управления» и «лучшего регулирования» и в качестве учения о «лучшем законодательстве» содействовать в решении задач по уменьше-

нию количества и улучшению качества принимаемых правовых норм.

Всемирный банк в 2009 г. сформулировал понятие «управление» следующим образом:

«Мы определяем управление, как традиции и институты, посредством которых власть в стране осуществляется для общего блага. Оно включает (1) процедуры избрания и контроля за деятельностью власти и ее замещения; (2) способность правительства эффективно использовать свои ресурсы и проводить правильную политику; и (3) уважение граждан и государства к институтам, которые осуществляют управление действующими между ними экономическими и социальными отношениями»<sup>27</sup>.

Совокупность правовой материи Европейского Союза и входящих в его состав либо иных стран вряд ли позволит сделать вывод о том, что в них царит «хорошее управление» (good governance).

Понятие «лучшее регулирование» (*better regulation*) по своему содержанию в основном относится к области политического менеджмента. И исследования сосредоточены на усилиях правительств и общественных сил на пути к демократии и рыночной экономике. При этом законодательство рассматривается лишь как одно из средств регулирования наряду с другими, такими как финансирование, договоры, сотрудничество по регулированию и т.д.<sup>28</sup>

*Лучшее законотворчество* (*better lawmaking*) ставит задачи сократить перенасыщенное, труднообозримое и, в силу этого, недостаточно действенное законодательство, сделать его более целенаправленным, качественным, надежным и эффективным. В теории и практике есть достаточно разнообразных средств, позволяющих достичь этих целей, а тем самым и — «лучшего законодательства». К ним относятся механизмы, обеспечивающие прозрачность, большее участие, саморегулирование усилиями участников, ускоренное и более основательно организованное законодательное производство, усиленное внимание к оценке законодательных последствий и т.п. Органы Европейского Союза приняли межведомственное соглашение по обеспечению лучшего законодательства<sup>29</sup>. И Комиссия, начиная с момента его принятия в 2002 г., постоянно

<sup>25</sup> Dazu Caldwell, Can Legislation Rank as Literature?, in: Stefanou/Xanthaki (Hg.), Drafting Legislation, A Modern Approach, 2008, S. 245.

<sup>26</sup> Morand, Éléments de Légistique Formelle et Matérielle, in: Morand, Légistique, S. 17 (37); Veerman, Over Wetgeving, 2007, S. 155 ff.

<sup>27</sup> Nachweise bei Karpen, EJLR 2010, 16; vgl. EU Com 2001/264 endg.; A White Paper, Com 2001/428 endg.

<sup>28</sup> Einflussreich die Arbeiten der Bertelsmann-Stiftung wie der jährlich erscheinende vergleichende «Transformationsindex», zuletzt für 2010 (2009); OECD, Regulatory Reform in Germany, GOV/PUMA/Reg2003; OECD, Government at a Glance, 2009, bes. S. 97 f.; EU – Mandelkern Group for Better Regulation, Final Report 2001; Karpen, EJLR 2009, 213 (214 f.).

<sup>29</sup> Inter-Institutional Agreement (IIA), 2003, OJ C 321.

указывала на необходимость соблюдения следующих важных условий: ответственности, пропорциональности, прозрачности и правовой безопасности законодательных решений<sup>30</sup>.

Относительно количества современных законодательных актов много писали. Несомненно, слишком большое количество законов является также признаком их недостаточного качества, ибо законы, которые люди не знают или не понимают, не соблюдаются. Как сказано в Евагелии: «И вам, законникам, горе, что налагаете на людей бремена неудобноносимые, а сами и одним перстом своим не дотрагиваетесь до них».

Это обвинение Апостола Луки (Евангелие от Луки, глава 11, стих 46) — в корне совершенно правильное — в современную демократическую эпоху должно быть адресовано законодателям, а не правоведам, призывая их к большому законотворческому труду. Г.К. Торнтон бьет прямо в цель: «Сделайте это сейчас. Завтра это может оказаться нелегитимным!» Эта мудрая надпись на одной из наклеек к автомобильному бамперу в австралийском штате Квинсленд, служит напоминанием о пугающем росте законов, которые месяц за месяцем, год за годом создают законодатели Содружества, нагромождая друг на друга новые законы либо законы об изменении действующих законов. Рост количества актов неизбежно сопровождается увеличением вероятности их усложнения и меньшей доступности их восприятия<sup>31</sup>.

Такая оценка законодательной деятельности может быть применена в отношении всех упомянутых стран. Она, прежде всего, распространяется и на законодательную деятельность Европейского Союза<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> EU Com 2002, 275 endg., Governance: Better Lawmaking.

<sup>31</sup> Thornton, Legislative Drafting, 3. Aufl., 1987, S.V.

<sup>32</sup> BMJ, Programm der Bundesregierung Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung. Bericht zum Stand der Rechtsbereinigung, 2009; zur EU-Gesetzgebung vgl. Robinson, Drafting EU-Acts: A View From the European Commission, in: Stefanou/Xanthaki (Hg.), (Fn. 25), S. 177 f.; Frankreich: Duprat, The recent evolutions in French legislative practice: a managerial conception of statutes, in: Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, Heft 50, 2009, S. 261 f.; Bergeal, (Fn. 22), Rn. 1 ff.; Thomas/Wright, Lawmaking in England and Wales: Access to Justice, in: Legislação, (diese Fn.), S. 277 (278). Nun mag man diese wertenden Feststellungen als «rituelles Beklagen der sog. Normenflut» bezeichnen, wie Schuppert es in seinem Heft «Gute Gesetzgebung – Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre», ZG 18 Sonderheft 2003, 5 tut (Jetzt auch Ders., Governance und Rechtsetzung, Grundfragen einer modernen Rechtswissenschaft, 2011, S. 25f). Zweifellos ist das zunächst eine Diagnose, noch keine Therapie. Aber eine richtige Diagnose ist immer eine notwendige Voraussetzung für eine gute Therapie, und wenn alle Beobachter aus den Referenzstaaten die Diagnose teilen, kann sie so falsch auch nicht sein.

Относительно причин ускорения законодательства наблюдается единство взглядов<sup>33</sup>. К ним относят и расширение деятельности государства в социальной сфере, и техническое развитие, юридизация многих других общественных отношений и явлений.

Впрочем, единства относительно надлежащих вспомогательных мер нет. Разумеется, справедливо изречение, приписываемое *Монтескье*: «Если ты не должен делать закон, то ты не имеешь права его делать». В сочинениях *Монтескье* такой фразы нет. Но вполне возможно, что некоторым его сентенциям придали форму афоризмов. Как бы то ни было, но он писал: «Лишние законы ослабляют необходимые законы» и «если в каком-либо законе исключения не являются... настоятельно необходимыми, то правильное их не добавлять»<sup>34</sup>. Правда, такой совет — это всего лишь отправная точка, хотя и вполне естественная. И к вопросу об уменьшении бремени правовых норм мы еще вернемся.

Теперь — о качестве правовых норм. Не существует «идеального закона», т.е. такого закона, который, появляясь в результате упорядоченного процесса, как по постановке цели, так и по ее достижению, а также по своему содержанию и форме отвечает всем требованиям. Но, правда то, что законодатель может написать «хороший» или «относительно хороший» закон, который по возможности разумно упорядочит новую материю или — при изменении законов — устранил определенные замеченные или заметные недостатки<sup>35</sup>. То, что Конституция и право задают материальные масштабы процессу, целям и формам законов, признается сегодня во всех рассматриваемых нами странах<sup>36</sup>. Стоит только напомнить о принципах subsidiarity и относительности. То, что требование правового государства включает прозрачность, однозначность, ясность, эффективность и действенность, никем не оспаривается. Таким образом, уже нельзя сказать, что «законодатель ничем

<sup>33</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 12 f.

<sup>34</sup> Vom Geist der Gesetze, XXIX. Buch, 16. Kap., hier nach Weigend, 1965, S. 405 f.

<sup>35</sup> Hotz, Methodische Rechtsetzung, S. 108.

<sup>36</sup> Belgien: Popelier, Legislation in the 21st century, Legitimate and rational law-making in a context of multilevel governance, in: Legislação, (Fn. 32), S. 357 f.; Schweiz: Mader, From the struggle for law to the nurture of law-making – recent efforts by the Swiss Confederation to improve the quality of legislation, in: Legislação, (Fn. 32), S. 295 (296); Frankreich: Jouanjan, Grundlage und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, § 2, Rn. 105; USA: Tribe, (Fn. 5), S. 70, 793, 859, 947, 1682; Bennett, in: Karpen, Legislation, S. 458 ff.; OECD, Guiding Principles for regulatory quality and performance, www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf.

не рискует, кроме как самим законом»<sup>37</sup>. Можно критиковать то, что суверенитет парламента ограничивается главенством конституционной юстиции и что он является «связанным Гулливером»<sup>38</sup>. Однако было бы неправильным классифицировать исследования этих критериев качества как «литературные упражнения» на тему обязанностей, во всяком случае, не тогда, когда в конечном счете речь идет об установленных государством правовых предпосылках<sup>39</sup>.

*Конституция и право являются мерилем качества* процесса, целей и содержания, а также формы законодательства. Законодатель должен уже на стадии *планирования процесса* обращать внимание на соблюдение требований к уровню правового регулирования, чтобы не нарушить принятую иерархию регулирования, т.е. чтобы конституция не была принята вместо закона, а законодательная правовая норма вместо административного предписания. Необходимо привлечь к законотворческому процессу и заслушать позицию партий, иных общественных объединений. Следует осуществить оценку последствий законодательных решений. Таковы, в частности, принципы *процессуальной стороны законодательного процесса*<sup>40</sup>.

Принципы *вещественной или материальной стороны процесса*<sup>41</sup> касаются *используемых целей и средств* закона. Закон конкретизирует нормативно установленные ориентиры конституции, такие, прежде всего, как демократия, верховенство права, социальное государство, основные права человека (*на жизнь, свободу, частную собственность и т.д.*)<sup>42</sup>.

Конечной целью законодателя является создание безукоризненного, хорошо структурированного проекта закона, написанного понятным языком, содержащего механизмы делегирования полномочий и отличающегося прозрачностью, доброжелательностью по отношению к пользователям и предсказуемостью толкования.

Но такие требования исполняются нечасто. И можно сказать, что «А. де Токвиль был все-таки неправ, когда утверждал, что каждый может прочитать законы, какими бы сложными для понимания они ни были. Так, например, многие разделы немецкого Кодекса социального права, как, впрочем, и законодательство о регулировании производства продовольственных товаров читать сегодня просто невозможно»<sup>43</sup>.

### 3. Методы сравнительного правоведения

*Сравнительное правоведение*, как сравнение закона и законодательства является существенным элементом учения о законодательстве, особенно в поиске методов *лучшего законодательства*. Сравнительное правоведение является структурным сравнением<sup>44</sup>. Структурные элементы права, такие как закон, исследуются в их *функциональной* перспективе, в частности, как инструменты управления, обеспечения порядка, стабилизации и распределения благ. Сравнительное правоведение в публичном праве отличается своим политическим контекстом<sup>45</sup>. Это в особой степени относится к *сравнению конституций*. Каждая Конституция имеет свои особенности. Их отдельное исследование и перечисление их особенностей может завести в дебри. Разумнее наметить общие контуры рассмотрения с учетом типологии и содержания материальных норм, определяющих цели государства, фундаментальные правовые нормы и ценности. Из анализа конституций становятся ясными процесс, а также масштабы целей и средств законодательства. Сопоставление европейских и родственных им конституций концентрируется не только на горизонтальном разделении власти как на существенном элементе современного правового государства, но и на вертикальном наложении систем разных уровней: национальных, международных, глобальных.

Существуют *различные причины для сравнения конституций*<sup>46</sup>. Право — это язык, на котором передаются идеи культуры, в том числе в процессе обучения. Правовой обмен — это мирное взаимодействие. Путем правового обмена достигается «опорная отметка». Многоуровневые системы правовых порядков подвергаются взаимному влиянию входящих в их состав структур. Так, европейское право влияет на правовые порядки государств-членов ЕС и, наоборот, они оказывают влияние на право ЕС. Сравнение правовых порядков является неотъемлемой составной частью процессов трансформации государств<sup>47</sup>. Сравнительно-правовые аргументы и учет зарубежного и международного опыта являются одним из основных методов практического законотворчества<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Härtel, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, S. 6.

<sup>45</sup> Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005, S. 27; Karpen, Ausländisches öffentliches Recht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, 2000, pass.

<sup>46</sup> Dazu Voermans, (Fn. 6), 39; Härtel, (Fn. 44), S. 6.

<sup>47</sup> Karpen, Das Grundgesetz als «Exportartikel» – Förderative Strukturen bei der Verfassungsreform in Südafrika, Bosnien-Herzegowina und Afghanistan, in: Pitschas/Uhle (Hg.), Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik, FS Scholz, 2007, S. 615-636.

<sup>48</sup> Weber, (Fn. 10), S. 11.

<sup>37</sup> Schlaich, VVDStRL 1981, 99 (101).

<sup>38</sup> Morand, (Fn. 26), S. 43.

<sup>39</sup> Schuppert, ZG 18 Sonderheft 2003, 19 f.

<sup>40</sup> Tribe, (Fn. 5), S. 679, 793, 859, 947, 1333 und 1672.

<sup>41</sup> Tribe, (Fn. 5), § 17, bes. S. 1682.

<sup>42</sup> Tribe, (Fn. 5), S. 689; Morand, (Fn. 26), S. 40.

<sup>43</sup> Hufen, Über Grundlagengesetze, in: Schuppert, Das Gesetz, S. 20.

У каждого правового порядка, институты и функции которого становятся объектами сравнения, есть свой *стиль*. Его характеризуют тип конституции соответствующей страны, особенности ее правовой системы, ее принадлежность к определенной правовой семье (например, *общего права* или *континентального права*), технология правовых решений, традиции и область применения права. Стиль, характеризующий правовую культуру, является частью общей культуры, которую в свою очередь определяют традиции, язык, история, своеобразие государства, его политики и общественного устройства<sup>49</sup>.

Все ставшие предметом рассмотрения основные законы относятся к типу конституции демократического правового государства, свободного демократического порядка, иными словами, к типу либерально-демократической конституции<sup>50</sup>. Они основаны на принципах уважения человеческого достоинства, терпимости и плюрализма<sup>51</sup>. Основные права, как стержневой принцип правового государства, принадлежат к числу общих конституционных традиций государств-членов ЕС (ст. 6 абз. 3 Договора о Европейском Союзе). Идеальная модель этого типа демократической конституции охватывает четыре элемента: правовое государство, институты демократии, парламентское правление и главенствующее значение конституционных правовых норм, подкрепленных судебными гарантиями в системе координат правовой иерархии<sup>52</sup>.

Типичным для конституционной культуры западного конституционализма является подразделение Основного Закона на две *части* — *органическую* и *догматическую*. Последняя состоит, главным образом, из основных прав и некоторых конституционных принципов, тесно связанных с идеей правового государства. К ней примыкает и характерная для европейских государств концепция социального государства. «В любом случае, видимо, прошли времена, когда эта часть конституции представляла собой «вторую часть» после органической части конституции, что, впрочем, ника-

кого значения уже не имеет»<sup>53</sup>. Из идей основных прав, правового государства и социального государства некоторые конституции развили свои масштабы целей и средств законодательства<sup>54</sup>.

Стиль закона определяется, прежде всего, особенностями той *правовой семьи*, к которой принадлежит правовая система. Для европейского законодательства, прежде всего, типичной является печать континентального права и британского *общего права*<sup>55</sup>. Право во Франции, Италии, Испании, Германии, Австрии, Швейцарии и других странах имеет тенденцию к абстрагированию, к обобщению, предпочтение отдается дедукции и широкой трактовке. Кодификация является идеалом законодательства. Британское *общее право* (а также право Соединенных Штатов и частично Канады), напротив, руководствуется древними, во многом средневековыми традициями, ведущими начало от прецедентного права, которое лишь неохотно дополнялось более исчерпывающими законами парламента (*статутами*). Судьи выносят решения по отдельным случаям, следуя принципу: «мы переходим через реку, когда входим в нее». Интерпретация текстов закона узка, привязана к тексту, соблюдаются правила «следования установленным прецедентам» (*stare decisis*).

Английский ученый-правовед, специалист по законодательству сэр Уильям Дэйл<sup>56</sup> сравнил *стиль английских* и *континентальных* законов. Он считает, что английские законы слишком пространны и туманны, в них длинные предложения и абзацы, много деталей и почти нет принципов. Законодатель не пытается вплотную подойти к предмету и пользуется методом исключений: «при условии», «если» и т.д. Англичанам, утверждает Дэйл, присуща известная робость в принятии законодательных решений. Законодатель редко занимается интерпретацией и определением понятий. Закон характеризуется бедным структурированием материала. В нем слишком много цепочек доказательств. Многие законы копируют европейские нормативные документы. На европейском континенте, напротив, употребляются четкие формулировки законов, принципиальные методы регулирования, широкие концепции, концептуальное мышление, ясные дефиниции при первом употреблении понятия.

При всех различиях по странам, считает сэр Уильям Дэйл, французский закон отличают ясные прин-

<sup>49</sup> Zum Verfassungsrecht in einem umfassenderen kulturwissenschaftlichen Ansatz vgl. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl., 2011; vgl. auch Zweigert/Kötz, (Fn. 23), S. 68; zur Entwicklung der US-amerikanischen Rechtskultur Tribe, (Fn. 9), S. 1332: «substantive due process» und «Naturrecht».

<sup>50</sup> Wieser, (Fn. 45), S. 105; Tribe, (Fn. 9), S. 118, 132: «The model of separated and divided powers, vertical and horizontal ...»; zur Rule of Law vgl. Doc UN S/2004/616 Nr. 6; Möllers, Gewaltengliederung, Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich, 2005.

<sup>51</sup> Möllers, (Fn. 50), S. 208.

<sup>52</sup> Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 29 ff.

<sup>53</sup> Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 73 ff.

<sup>54</sup> Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 91.

<sup>55</sup> Zweigert/Kötz, (Fn. 23), S. 271 f.; David/Grasmann (Hg.), Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. Aufl., 1988, S. 79 ff. und 431 ff. Dort auch zum nordischen Rechtskreis und zu den Niederlanden, die Sonderstellungen einnehmen.

<sup>56</sup> Dale, Legislative Drafting, S. 331 f.

ципы и формы и четкие языковые средства. Закон предпочитает логическое развитие и экономию выражений. Шведские законы отличаются языком, понятным для дилетантов. Технические понятия употребляются в материалах и в преамбуле, но не в тексте закона. Немецкое законодательство ставит во главу угла принцип, затем с большой точностью регулируются частности. Законы часто длинные, но всегда систематизированы; в то же время наблюдается большое количество сложных предложений с несколькими придаточными.

Однако совершенно очевидно, что, несмотря на различные стили законодательств и методов толкования — индуктивно *в общем праве*, дедуктивно на континенте, — право приходит к тем же самым или к аналогичным результатам<sup>57</sup>. Это развитие усиливается возрастающими привязками к европейскому праву.

Такой *конвергенции законодательных стилей* способствует также то, что законы на определенных *полях регулирования* в целом имеют одинаковые формы, хотя бы по причинам их конкретного содержания<sup>58</sup>. Больше всего эти типы законов распространены в областях налогового, социального, строительного права, в области охраны окружающей среды и производства продуктов питания. Кроме того, многие законы учитывают федеративное устройство. Надо сказать, что к этим факторам присовокупляется некая «силосная психология» министерских чиновников, которые становятся авторами законов. Это относится не только к национальным, но и к международным актам, при подготовке которых часто образуются своеобразные «профессиональные братства»<sup>59</sup>.

#### 4. Унификация права

Переход от *выравнивания права* по стилю и содержанию законов к *унификации права* происходит поэтапно, и этот процесс представляется не только неминуемым, но преимущественно желательным. Такому развитию способствуют два обстоятельства: открытость государств и их конституций для влияния наднациональных и международных порядков, а также благоприятствующее этому процессу образование как общеевропейского, так и международного единого права<sup>60</sup>.

*Вводные статьи*<sup>61</sup> национальных конституций облегчают проникновение наднационального и международного права в национальные правовые порядки за счет суверенных прав<sup>62</sup>. Целью такой открытости является мирное сближение государств.

В развитии *общевропейского права* срастаются правовые и неправовые формы стандартов. Как и сам Европейский Союз, европейские государства являются «сообществом права»<sup>63</sup>. В правовых принципах, законах, регламентах, стандартах, рождаются *лучшие процессуальные нормы* — в значительной мере под влиянием судебной практики Европейского суда в Люксембурге и Европейского суда по правам человека в Страсбурге. Они формируют «общие судебные принципы, которые являются общими для правовых порядков стран-участниц ЕС» (ст. 340 абз. 3 Договора о функционировании ЕС). Сюда относятся в качестве общего конституционного права принцип разделения властей, социальное государство, правовые основы экономического и технического развития<sup>64</sup> и, прежде всего, основные права и свободы человека. Правовые порядки срастаются благодаря привнесению зарубежного права и параллельно идущему процессу имплементации европейского права<sup>65</sup>, не в последнюю очередь благодаря правовой литературе и правоведению.

Соответствующим образом развиваются международные стандарты, принципы, процессуальные нормы. Вопросы здравоохранения, новые технологии (информационные и коммуникационные технологии, биотехнологии и т.п.), торговля людьми и торговля наркотиками, нелегальная миграция — вот международные вызовы, побуждающие к политическому и правовому сотрудничеству. По правилам правового государства это должны быть преимущественно законы. У стран континентального права в этом уже есть навыки. Государства *общего права* уже не могут справиться с новой ситуацией с помощью прецедентного права. Им приходится прибегать к использованию статутов (законода-

---

Lehren, 1975, S. 17 ff. (zur Rechtsvereinheitlichung und Rechtssangleichung) und S. 35 f. (zum Europarecht).

<sup>61</sup> Voermans, in: Morand, *Légistique*, S. 59.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 23-26, 59 Abs. 2 GG, den englischen Communities Union Act von 1972, die Schweizerische Praxis des «autonomen Nachvollzugs» von EU-Gesetzgebung.

<sup>63</sup> Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 58; Karpen, Grundrechte, due process und die Reform des Verwaltungsverfahrens in Transformationsländern – das Beispiel Kroatien, in: FS Stern, im Erscheinen, 2011; Härtel, (Fn. 44), S. 6; Zweigert/Kötz, (Fn. 23), S. 3.

<sup>64</sup> Van der Vlies, Perspectives of International Legislation, in: Mader/Moll (Hg.), *The Learning Legislator*, 2009, S. 33.

<sup>65</sup> Wie in Kroatien (Verwaltungsverfahren), Mazedonien (Rechtsverordnungserlass), Ägypten (Dienstrecht).

<sup>57</sup> Zweigert/Kötz, (Fn. 23), S. 38.

<sup>58</sup> V. Beyme, Gesetzgeber, S. 65; Karpen/Breutz/Nünke, Gesetzescheck, Die Gesetzgebung der Großen Koalition in der ersten Hälfte der Legislaturperiode des 16. Deutschen Bundestages (2005-2007), 2007, S. 46 f. und S. 166 f.

<sup>59</sup> Karpen, Reform des Öffentlichen Rechts und Good Governance – das Beispiel Ägypten, in: FS Bull, im Erscheinen, 2011.

<sup>60</sup> V. Caemmerer/Schlechtriem/Stoll (Hg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 2. Aufl., 2005, Einleitung unter III.; Kropholler, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine



тельных актов). При этом они расстаются с представлением о том, что право — это право, сформулированное судьями, и что формальные законы — это всего лишь «острова в море прецедентного права»<sup>66</sup>. Возникают универсальные правила — в договорном, социальном, трудовом праве и т.п., за которыми должно следовать *учение о законодательстве*, которое по своим основным вопросам не зависит от особенностей национальной правовой и законодательной культуры. Речь идет о законодательстве, обогащенном сравнительно-правовым путем, о концепциях квалифицированно разработанного законодательства и распространении навыков, повсюду улучшающих качество законов<sup>67</sup>.

## II. Компетенции, органы, процесс законодательства

### 1. «Внешний процесс законотворчества» (законодательный процесс)

Пора поставить сравнительно-правовой вопрос: кто является законодателем в многоуровневой системе и в рамках национально-государственной и конституционно-правовой системы, и как протекает законодательный процесс. Речь идет, в отличие от вопросов, обсуждаемых в разделе III, о «внешнем законодательном процессе». При этом следует обратить внимание на три организационных принципа:

Прежде всего, речь идет о *вертикальном разделении властей*. Внутри государства законодательные компетенции централизованы или распределены между центральным уровнем и территориальными единицами (такими, как земли, *штаты* или кантоны, с одной стороны, регионы и подобные автономные образования, с другой). В содружестве государств существует наложение законодательств многих уровней — национально-го, наднационального и международного.

Затем следует обратить внимание на принцип *горизонтального разделения властей*. На национальном уровне в законодательном процессе участвуют законодательные, исполнительные и судебные органы. В «наднациональном (европейском), даже в интернационализированном конституционном государстве» разделение властей выражено недостаточно отчетливо. В ЕС достигнуты успехи в области парламентаризации: законодателями являются Совет, Комиссия и Парламент; исполнительной властью — Комиссия, а судебной — Европейский суд в Люксембурге. Вместо понятия «раз-

деление властей» Хэртель<sup>68</sup> употребляет выражение «институциональное равновесие». Примерно так же можно определить особенности организации международных организаций<sup>69</sup>.

Для законодательного процесса, как централизованно управляемого процесса, в особой мере характерно сотрудничество всех органов, кооперация в интересах всего сообщества. Для национального уровня — это, прежде всего, принципы кооперативного федерализма, для Европейского Союза (ст. 4 абз. 3 Договора о Европейском Союзе) — «принцип лояльного сотрудничества» между ЕС и странами-участницами. Чтобы работал закон, кооперация необходима, разумеется, также и в горизонтальной плоскости. Поэтому, в конечном счете, можно говорить о существовании цепочки решений в законодательном процессе<sup>70</sup>.

Это, пожалуй, все, что касается организационной и процессуальной структуры законодательства. Существуют три *проблемы*, привлекающие в настоящее время внимание к учению о сравнительном правоведении. Прежде всего, это наложение и конкуренция компетенций в многоуровневой системе; затем — заметная утрата значения парламента в государстве с преобладанием правительства; и, наконец, отсутствие прозрачности и недостаточное участие граждан в процессе принятия административных решений.

### 2. Законодательство в системе многих уровней

Типичная для сопоставимых конституционных систем «открытая государственность» означает открытость национальных правовых порядков к воздействию права ЕС, Европейской конвенции о защите прав человека и международно-правовых пактов и конвенций<sup>71</sup>. Существует транснациональное, европейское конституционное<sup>72</sup> и административное<sup>73</sup> пространство. Когда-то легко обозримое (национальное) правление «разветвляется»; поэтому тем важнее становятся координация, консультации и кооперация<sup>74</sup>. В области международного права правовые связи слабее, но происходит сращивание национального и наднационального права с прочной структурой международных со-

<sup>66</sup> Zweigert/Kötz, (Fn. 23), S. 27.

<sup>67</sup> Xanthaki, National vs. Universal Training for Drafters, and Berry, A visionary of training in Legislative Drafting, in: Commonwealth Association of Legislative Counsel, The Loophole, 2011, S. 18 ff.

<sup>68</sup> Härtel, (Fn. 44), S. 12.

<sup>69</sup> Möllers, (Fn. 50), § 7, S. 253.

<sup>70</sup> Zu den hier sich ergebenden Perspektiven vgl. Becker, Strukturen in der Normsetzung.

<sup>71</sup> Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 87; Weber, (Fn. 10), S. 396.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 2 EUV.

<sup>73</sup> Art. 2 EUV, Art. 41 der Europäischen Grundrechtecharta; van der Vlies, (Fn. 65), S. 34 (Niederlande); Biaggini, (Fn. 9), Rn. 84.

<sup>74</sup> Härtel, (Fn. 44), S. 24 f.

глашений, конвенций о гражданских и политических правах<sup>75</sup> и международных правовых стандартов.

Государственные задачи выполняются, в первую очередь, на национально-государственном уровне. В зависимости от положений конституции этот уровень определяет способы и объем экстернализации задач. В соответствии с ними в большинстве упомянутых стран осуществляется деление компетенций и передача их на центральный, деконцентрированный или децентрализованный нижний уровень.

*Деконцентрированными унитарными государствами* являются Норвегия, Швеция, Исландия, Венгрия, Польша и Голландия<sup>76</sup>.

*Федеративную структуру* имеют Германия, Австрия, Швейцария, Бельгия, Соединенные Штаты и Канада. Австрийский федерализм<sup>77</sup> выражен слабо, более отчетливо — немецкий; в Швейцарии<sup>78</sup> особое значение придается принципу субсидиарности. В Соединенных Штатах<sup>79</sup> в различных и весьма живых субнациональных конституционных пространствах процветают отдельные штаты.

Существуют также более ослабленные формы политической децентрализации, чем в хорошо развитых федеративных государствах, а именно итальянское *государство регионов*<sup>80</sup>, испанское *государство автономий*<sup>81</sup> и британская *деволюционная форма государства (с передачей широких государственных задач региону)*<sup>82</sup>. К ним относится, разумеется, как в централизованных, так и в децентрализованных государствах *территориальное самоуправление общин*.

*Распределение законодательных компетенций* на национальном и децентрализованном уровнях сильно варьируется. Существуют эксклюзивные, конкурирующие, дополнительные компетенции. То, что федеральное право «ломает» земельное право, бывает не везде; точно так же далеко не всегда действует правило остаточной компетенции для федеральных и децентрализованных звеньев<sup>83</sup>. Существуют встречные тенденции<sup>84</sup>: с одной стороны, унитаризация, с другой стороны, децентрализация. Во всех вертикально расположенных системах, в постоянно сокращающемся пространстве, существует стремление к социокультурному единству. Но с другой стороны, демократическое участие в управлении может развернуться скорее в более обозримых по масштабам пространствах.

«*Кооперативный федерализм*», «подразумеваемые полномочия» центральной власти, «межрегиональные соглашения», «единообразные законы» существуют во всех децентрализованных государствах<sup>85</sup>, за исключением Великобритании, Испании, Франции, ряда других государств.

В *Европейском Союзе* над национальным уровнем можно распознать тенденцию к становлению государственности<sup>86</sup>, независимо от того, будет ли она называться союзом государств, наднациональной организацией, транснациональной федерацией или как-то иначе. Право ЕС испытывает процесс все возрастающей конституционализации в результате судебной практики Европейского суда в Люксембурге и Европейского суда по правам человека в Страсбурге. Законодательные полномочия ЕС регулируются в ст. 288 Договора о функционировании ЕС<sup>87</sup>. Европейский парламент и Совет ЕС, согласно ст. 290 Договора о Европейском Союзе, имеют твердое правомочие (по образцу ст. 80 абз. 1 Основного Закона) делегировать законодательные полномочия в Комиссию. Реализация европейского права происходит в странах-участницах, как правило, посредством закона, принятого парламентом, в Великобритании и Португалии — еще и посредством административных актов. Европейский суд в Люксембурге придерживается точки зрения, что европейское право обладает приоритетностью применения по отношению к национальному праву стран-участниц<sup>88</sup>. Эта точка

<sup>75</sup> Vgl. Art. 21 EUV, Art. 26 GG.

<sup>76</sup> Nachweise bei Weber, (Fn. 10), S. 349.

<sup>77</sup> Wiederin, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, §7, Rn. 78.

<sup>78</sup> Biaggini, (Fn. 9), Rn. 42 ff.

<sup>79</sup> Tribe, (Fn. 9), S. 795 f.; Fordham, Materials on Legislation, 4. Aufl., 1982, S. 694, 740.

<sup>80</sup> Dogliani/Pinelli, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Italien, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, §5, Rn. 38; zu den Besonderheiten der französischen Regionen vgl. Jouanjan, (Fn. 36), Rn. 97 f.

<sup>81</sup> Guerrero, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Spanien, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, §11, Rn. 36, 73, «Estado Autonomico». Die Autonomien sind das Baskenland, Katalonien, Galizien u.a.

<sup>82</sup> Loughlin, Grundlagen und Grundzüge des Verfassungsrechts: Großbritannien, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, § 4, Rn. 58; vgl. den Scotland Act von 1998 und den Government of Wales Act 1998, in denen gesetzgebende Körperschaften in Edinburgh und Cardiff eigene Gesetzgebungskompetenzen im Rahmen der Westminster-Gesetzgebung erhielten. Die Autonomie von Nordirland wurde 1998 neu geordnet.

<sup>83</sup> So allerdings Art. 5 Abs. 2 EUV.

<sup>84</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 46.

<sup>85</sup> Fordham, (Fn. 80), S. 694: Interstate Compacts, uniform and model legislation, reciprocal legislation («Runaway puppy act»).

<sup>86</sup> Weber, (Fn. 10), S. 11.

<sup>87</sup> Näheres bei Gündisch/Mathijssen, Rechtsetzung und Interessenvertretung in der Europäischen Union, 1999.

<sup>88</sup> Dazu Härtel, (Fn. 44), S. 6.

зрения не разделяется большинством национальных конституционных судов. Это относится также к странам, которые непосредственно запрещают проверку законов судами<sup>89</sup>.

В исследованных здесь государствах установлена, кроме того, *интернационализация правотворческой деятельности*. Институционализация сотрудничества, вводные статьи и дружественные по отношению к международному праву нормы конституции способствуют такому развитию. Это относится, в частности, к Германии<sup>90</sup>, Австрии, Швейцарии<sup>91</sup>, Великобритании и, в особенности, к Голландии. Доминирование международного права подтверждается действием законов, принимаемых для осуществления международно-правовых соглашений или решений межгосударственных организаций, либо, в целом, развитием международных отношений<sup>92</sup>. Здесь, в особенности, имеются в виду такие организации, как ООН, МОТ, ВТО, ОБСЕ, ОЭСР и др.<sup>93</sup> Эти организации, как правило, производят не столько императивные правовые нормы по типу «законов», сколько «мягкое право» (*soft law*). Так, например, МОТ издает два вида правовых актов: *конвенции и рекомендации*. То есть такие акты, которые устанавливают правовые нормы общего характера по вопросам трудового и социального права, стандартов и «международного обычного права». Без всякого сомнения, в работе этих организаций действуют принципы, присущие государственной организации, в том числе в части «отправления правосудия». Созываются парламентские *генеральные конференции и конференции министров*, проводятся заседания *экспертных групп, как, например, в ВТО или апелляционных органов* в производствах по разрешению споров<sup>94</sup>. Здесь уже совершенно явно угадывается структура конституционной организации государства.

Законодательство как инструмент правления многоуровневых систем ставит как перед государствами, так и перед наднациональными и международными организациями многочисленные проблемы, такие как технология разделения «властей» по вертикали и по горизонтали, установление приоритетов и иерархий, четкое распределение компетенций, разработка принципов организации и производства по *нормам отправления правосудия*, тщательное определение связующих элементов права между государствами и надгосударственными организациями, которые шаг за шагом должны быть «сформулированы»<sup>95</sup>.

З. Законодательные органы в правовом государстве с разделением властей

Законодательство является, в первую очередь, задачей парламента как избранного представительства народа (репрезентативность). То, что законодательная инициатива в большинстве стран исходит от правительства, является важным элементом государственно-правового разделения властей, которое в странах ЕС и в международных организациях скорее следовало бы называть «балансированием властей». Тесное сотрудничество правительств и парламента и в большинстве случаев зависимость правительства от работы парламента являются стержнем парламентской системы организации власти. Парламент издает законы с учетом требований соблюдения основных прав и свобод<sup>96</sup>. В некоторых странах (Франции, Испании, Италии, Хорватии и др.) принимаются органические законы, которые в правовом пространстве занимают место между конституцией и обычными законами. Издание административных правовых актов в большинстве изучаемых стран требует законодательно утвержденных полномочий.

В странах с элементами *прямой демократии народ* вмешивается в издание конституционных законов и/или обычных законов, часто проявляя и инициативу их принятия. Швейцария является страной с наиболее ярко выраженными формами референдума<sup>97</sup>. Инструменты прямой демократии возникли при необходимости корректировки и дополнения парламентской деятельности либо в условиях бездеятельности парламента. Без парламентского «фундамента» демократия референдумов недееспособна. Существуют страны с императивными и факультативными референдумами<sup>98</sup>; возможны также *опросы населения*, как, например, в Швейцарии, Дании и Италии. Угроза референдумом является нередко средством политической борьбы, так же, как в Германии угроза «обращения в Карлсруэ» (Конституционный Суд — прим. ред.) Во всяком случае, методы народного законодательства во все большей мере рассматриваются как инновационные методы.

Парламент является демократически-представительным органом народа<sup>99</sup>. Из его среды поступают

<sup>89</sup> Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 88.

<sup>90</sup> Art. 23-26, 59 Abs. 2 GG.

<sup>91</sup> Entwicklung vom «introvertierten Nationalstaat zum weltoffenen, kooperativen Verfassungsstaat» (René Rhinow).

<sup>92</sup> Schuppert, ZG 18 Sonderheft 2003, S. 71.

<sup>93</sup> Dazu Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 194 f.; Ders. (Fn. 50), S. 204, 209, 216.

<sup>94</sup> Möllers, (Fn. 94), S. 207.

<sup>95</sup> Popelier, (Fn. 36), S. 357 (364); Weber, (Fn. 10), S. 402.

<sup>96</sup> Weber, (Fn. 10), S. 192.

<sup>97</sup> Biaggini, (Fn. 9), Rn. 59.

<sup>98</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 34.

<sup>99</sup> In England: «the Queen in Parliament»: Bates, (Fn. 15), S. 432.

инициативы. Парламент принимает законы и другие акты. Он может делегировать свои полномочия. В существенных случаях ему принадлежит право на законодательную оговорку (*réserve de la loi*). Парламент обладает правом интерpellации. У каждого парламента есть структуры, основанные на разделении труда, например, комитеты, фракции и т.п. Последние изменения права *Европейского Союза* носят отпечаток его парламентаризации<sup>100</sup>.

Во многих странах парламент состоит всего из одной палаты<sup>101</sup>, в других — сформированы *двухпалатные парламентские системы*<sup>102</sup>. В некоторых странах ранее существовавшие вторые палаты были отменены по причинам необходимости усиления демократических начал либо по соображениям функциональной целесообразности<sup>103</sup>. Вторые палаты являются, как правило, органом регионально-федерального представительства или органом представительства интересов профессиональных, социальных или экономических групп или сословий<sup>104</sup>. Существуют симметричные и асимметричные двухпалатные системы. В первом случае обе палаты законодательно равноправны<sup>105</sup>, в последнем — вторая палата обладает отлагательными правами<sup>106</sup>. Во многих странах существуют согласительные процедуры<sup>107</sup>, на тот случай, если обе палаты не сумеют прийти к единому мнению. Типичным примером является немецкий согласительный комитет<sup>108</sup>.

Мнения относительно того, не является ли существование двух палат выгодным или излишним, расхо-

дятся<sup>109</sup>. Сторонники региональных представительств говорят о предотвращении подчинения небольших административных единиц требованиям большинства. Сюда добавляется межведомственный контроль. Две палаты призваны повысить рациональность парламентских дебатов и качество решений; но, с другой стороны, возникает дорогостоящее удвоение задач парламента в области обсуждения и принятия решений по законопроектам, что нередко используется для затягивания принятия важных решений; потери качества, впрочем, при этом не отмечается.

*Правительство* в силу своих задач по управлению государством и численно доминирующих инициативных функций принимает преобладающее участие в выработке законодательства. Чтобы управлять, правительство нуждается в законах (и в бюджете). Соединенные Штаты имеют монистическую, чисто президентскую систему, европейские государства — дуалистические правительственные системы, в которых исполнительными функциями наделены и президент, и правительства, будь то в рамках парламентской системы, как в Германии, Италии, Австрии и в ряде других стран, или в рамках смешанной президентско-парламентской системы, как во Франции<sup>110</sup>.

Основной закон не знает описания функциональных задач правительства<sup>111</sup>, но вполне понятно, что планирование и координация государственной деятельности и определение целей и средств политики находятся в его компетенции, с чем великолепно гармонирует руководство законодательной политикой.

Преобладающее в законодательстве по своему объему издание административных актов<sup>112</sup> служит конкретизации законодательных задач.

*Законопроекты*, как правило, пишутся в министерствах, а кабинет их утверждает. В Великобритании *Служба парламентского Совета* при премьер-мини-

<sup>100</sup> Weber, (Fn. 10), S. 259; Maurer, *Parlamentarische Demokratie in der EU, Der Beitrag des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente*, 2002; Voermans, *Is the European Legislator after Lisbon a real Legislator?*, in: *Legisla o*, (Fn. 32), S. 391.

<sup>101</sup> So Dänemark, Schweden, Portugal, Ungarn, Türkei; siehe Cruz Villal n, (Fn. 12), Rn. 115.

<sup>102</sup> So Deutschland (Bundesrat), Österreich (Bundesrat), die Schweiz (Ständerat), Großbritannien (House of Lords), Frankreich (Senat), USA (Senat), Italien (Senato), Spanien (Senado); vgl. näher Cruz Villal n, (Fn. 12), Rn. 116.

<sup>103</sup> Dänemark, Schweden, Island.

<sup>104</sup> Wie der irische Senat. Zur Abschaffung der «ständischen Vertretung», des Senats in Bayern vgl. Karpen (Hg.), *Role and Function of the Second Chamber*, 1999. Das House of Lords ist auch nach der Reform teilweise immer noch eine Vertretung des Erbadels.

<sup>105</sup> So in der Schweiz, in Italien, Deutschland (teilweise).

<sup>106</sup> Frankreich, Großbritannien, Niederlande, Deutschland (teilweise).

<sup>107</sup> In Belgien, Italien usw.

<sup>108</sup> Eine «Dunkelkammer der Gesetzgebung», eine «total undemokratische Veranstaltung», so Burchard/Putzer, ZG 2011, 68.

<sup>109</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 37 ff.

<sup>110</sup> Meist wird der Regierungschef oder die Regierung vom Parlament gewählt (nicht so in den Niederlanden!), sei es mit – wie in Deutschland oder Spanien (Guerrero, [Fn. 82], Rn. 65) – sei es ohne Leitungskompetenz (wie in Österreich).

<sup>111</sup> Anders als die Schweiz (Art. 180 BV) oder Frankreich (Art. 20 Abs. 1 der Verfassung). Als Motor der Integration verfügt die EU-Kommission über das Initiativmonopol. Der Rat verfügt über kein Initiativrecht, obwohl er das «institutionelle Nadelöhr» des Gesetzgebungszyklus ist: Wessels, *Gesetzgebung in der Europäischen Union*, in: Ismayr (Hg.), (Fn. 8), S. 658.

<sup>112</sup> In Spanien, Schweden, Polen, Italien, der Schweiz, Deutschland, der EU (Art. 290 Abs. 2 AEUV) nach engen Ziel- und Inhaltsvorgaben, in Frankreich teilweise als Recht zum Erlass gesetzvertretender Verordnungen (*ordonnances*), in Großbritannien (*statutory instruments*) bei teilweise nachträglicher Kontrolle durch das Parlament.

стре превращает законодательную программу в проекты, в Швеции каторжным трудом составления законов занимается *Королевская комиссия*. В Швейцарии долго обсуждался вопрос учреждения «центральной законодательной службы», но, в конечном счете дискуссия заглохла из-за ведомственного эгоизма<sup>113</sup>.

Суды и другие государственные органы обладают «отрицательной законодательной компетенцией» в том смысле, что они наделены правом отвергать законы или в конкретных случаях запрещать их применение. Такая *судебная юрисдикция законодательства возрастает в прогрессирующем масштабе*<sup>114</sup>. *Судебная проверка правовых предписаний* является защитой нормативной силы конституции, важным краеугольным камнем обеспечения первостепенности конституции и в этом качестве — важнейшим элементом европейского конституционализма<sup>115</sup>.

Существуют концентрированный и диффузный конституционный контроль законов. В первом случае конституционной компетенцией обладает определенный конституционный орган; чаще всего по примеру австрийской модели 1920 г. — конституционный суд. Такая форма судебной проверки эффективности правовых предписаний отчетливее всего развилась при Федеральном конституционном суде Германии; она была принята во многих странах, в частности, в Испании, Венгрии и Италии<sup>116</sup>. В других странах существует диффузный контроль правовых норм, при котором каждый конкретный суд может не обращать внимания на антиконституционный характер определений закона. Так, в Швейцарии контроль правовых норм недвусмысленно запрещен, со ссылкой на возможности контроля в рамках институтов прямой демократии<sup>117</sup>. В ряде других стран контроль правовых норм выражен слабо, как, например, в Голландии и Великобритании<sup>118</sup>. Существует абстрактный превентивный кон-

троль правовых норм, как, например, в Германии и Швеции<sup>119</sup>, и конкретный, последующий контроль. Со времен прецедента по делу *Marbury vs. Madison*<sup>120</sup> конкретный контроль правовых норм осуществляет Верховный суд Соединенных Штатов. То же самое относится к Европейскому суду в Люксембурге и к Европейскому суду по правам человека в Страсбурге<sup>121</sup>.

#### 4. Законодательный процесс в контуре автоматического регулирования

Законы появляются в результате многоступенчатого процесса, в котором участвуют все названные конституционные органы («внешнее законодательное производство»). Типичны следующие фазы производства законов:

Импульс, проблемный анализ (наличное состояние), политическая целевая установка, выбор цели и инструментов регулирования, составление законопроекта, парламентские чтения и принятие закона парламентом, применение, контроль, в случае необходимости, внесение поправок в закон в новом цикле законодательного процесса. Тем самым круг регулирования замыкается. Короче говоря, существуют *четыре фазы процесса*: инициатива и разработка проекта, обсуждение и принятие закона, его применение и исполнение, контроль за его действием и, при необходимости, изменение существующего регулирования.

*Основы законодательного процесса* урегулированы в конституциях государств; подробности закреплены в регламентах парламентов и правительств. Федеральный конституционный суд Германии целым рядом решений обосновал на основе норм Конституции обязанности по обеспечению нормального законодательного процесса:

Это — обязанности установления фактов, прогнозирования, взвешенных оценок, наблюдения за действительностью закона, совершенствования законов<sup>122</sup>. Этот каталог обязанностей обеспечивает современному законодателю возможность ориентироваться при принятии национального законодательства<sup>123</sup> и законодательства ЕС<sup>124</sup>.

dass EU-Recht Vorrang vor englischem Recht hat (Loughlin, (Fn. 83), Rn. 80), wohingegen ein Unterausschuss des Unterhauses über die Vereinbarkeit von Gesetzentwürfen mit dem Human Rights Act entscheidet. Im Übrigen ist die Kontrolle diffus.

<sup>113</sup> Zu Großbritannien Bates, (Fn. 15), S. 452; zu Schweden Edquist, in: Karpen, Legislation, S. 404; Dale, Legislative Drafting, S. 98; zur Schweiz Müller, Rechtsetzungslehre, S. 227.

<sup>114</sup> Morand, (Fn. 26), S. 39.

<sup>115</sup> Weber, (Fn. 10), S. 327; Cruz Villalón, (Fn. 12), Rn. 77.

<sup>116</sup> In Spanien «Tribunal Constitucional» (Guerrero, [Fn. 82], Rn. 68 ff.), das ungarische «Solyom-Gericht», in Italien der «Corte Costituzionale» (Dogliani, in: v. Bogdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, § 3, Rn. 35), in Frankreich (Jouanjan, [Fn. 36], Rn. 88 ff.) ist der «Conseil d'État» nur ein beratendes Organ der Regierung; der «Conseil constitutionnel» hat aber ein abstraktes Normenprüfungsrecht.

<sup>117</sup> Biaggini, (Fn. 9), Rn. 67 ff.

<sup>118</sup> In den Niederlanden ist nach Art. 120 Grondwet die Normenkontrolle verboten; allerdings wird der Raad van State bei jedem Entwurf befragt. In Großbritannien kann der durch den Constitutional Reform Act von 2005 eingerichtete Supreme Court entscheiden,

<sup>119</sup> Durch den Gesetzesrat: Vogel, (Fn. 11), Rn. 112.

<sup>120</sup> 5 US 137 (1803).

<sup>121</sup> Weber, (Fn. 10), S. 336 f.

<sup>122</sup> Dazu im Einzelnen Burghart, Pflicht zum guten Gesetz.

<sup>123</sup> Dale, Legislative Drafting, S. 334 f.; Sullivan, How our Laws are made, House of Representatives, 2007; Fordham, (Fn. 80), S. 256 f.; Bode, Das Gesetzgebungsverfahren in Schweden und Deutschland, 2007.

<sup>124</sup> Härtel, (Fn. 44), S. 334 f.

Ввиду государственно-правовых требований к законодательству, как к развернутому процессу принятия решений, и к закону, как к его продукту, а также ввиду явных недостатков представительной демократии сегодня главным пунктом повестки дня стоят два требования к законодательному процессу: *прозрачность*<sup>125</sup> и *участие в принятии решений*<sup>126</sup> на разных стадиях процесса. Современные информационные и коммуникационные технологии облегчают коммуникацию, получение и передачу данных. Эти возможности используются только частично. Многие ускоренные законодательные процедуры, к тому же перегруженные по содержанию, как, например, законодательство по безопасности, спасения Евро, отказа от ядерной энергетики, комплексные «омнибусные» законы, нуждаются в прозрачности<sup>127</sup>. Более широкое участие в законотворчестве привносит в этот процесс опыт экспертов и знание, накопленное общественными объединениями и экономическими структурами — профсоюзными, предпринимательскими, муниципальными, средств массовой информации и т.д.<sup>128</sup>

Во всех странах инициатива исходит большей частью от правительства. Но принимаются во внимание также инициативы парламентских фракций оппозиционных партий, второй палаты парламента, парламентских комитетов, граждан, региональных парламентов, правительственных комиссий и др.; изменения в законах инициатируют министерства, органы правосудия, законодатели Европейского Союза, общественные и экономические объединения и др.<sup>129</sup> В Швейцарии большое значение имеют народные инициативы<sup>130</sup>. Инициативы проявляются в правительственных заявлениях или в коалиционных соглашениях. Разработкой законопроектов занимаются, как правило, отраслевые министерства, в Великобритании — Служба парламентского совета, во Франции

чаще всего — *Генеральный секретариат (Secrétariat Général) Правительства*, в Италии<sup>131</sup> — Центральное бюро по координации законов. То же самое в Канаде<sup>132</sup>. Европейская комиссия обладает монополией на инициативы, которой лишены Совет и Парламент ЕС; она разрабатывает также законопроекты. Отметим также такой институт, как Национальный совет по контролю правовых норм Германии, критические выводы которого постоянно приводят к предметным изменениям некоторых проектов.

Процесс обсуждения и принятия решений происходит в парламенте. Как правило, это происходит между чтениями и совещаниями в соответствующих постоянных комитетах<sup>133</sup>. Для повышения компетенции и участия устраиваются слушания и заседания целевых комиссий. Затем проект передается во вторую палату, которая — в зависимости от своих конституционных полномочий — принимает решение. При расхождении в решениях палат в Германии, Бельгии, Франции и Соединенных Штатах<sup>134</sup> созывается согласительный комитет; в Европейском Союзе есть сопоставимый орган, который осуществляет функции посредничества между Парламентом и Советом<sup>135</sup>. В Австрии, Италии и Великобритании подобная согласительная инстанция неизвестна. После завершения процесса закон распечатывается и провозглашается.

После этого закон *исполняется*. Эффективное исполнение является истинным критерием качества закона. Если закон не будет исполнен не только в обычной, но и в чрезвычайной ситуации, будет подорвано доверие и к праву и государству. Исполнение же обеспечивается посредством издания административных предписаний и распоряжений, иных актов и планов. Что касается фазы реализации и имплементации права Европейского Союза, тут принципиально действует институциональная и процессуальная автономия стран-участниц, которые ориентируются на свое внутреннее разделение компетенций<sup>136</sup>. Комиссия реализует бюджет. Как «хранительница договоров» Комиссия берет на себя ответственность за их эффективную реализацию в рамках Сообщества<sup>137</sup>.

<sup>125</sup> Karpen, EJLR 2009, 213 f.

<sup>126</sup> Karpen, EJLR 2009, 213 f.

<sup>127</sup> So Smeddink in diesem Buch; siehe auch OECD, Bessere Rechtsetzung in Europa – Deutschland, 2010, S. 73 f.

<sup>128</sup> Angermann/Sitemann, Bürgerschaftliches Engagement in den Mitgliedstaaten der EU: Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V., Informationen, Jg. 57 (2011), S. 7-9; Bergeal, (Fn. 22), S. 206; die Niederlande kennen eine «Kultur der Konsultation» und hatten Hunderte von Gremien, die dann 1995 durch Gesetz auf wenige zurückgeschnitten wurden (Woestijnwet – «Wüstengesetz»): Besslink, (Fn. 13), Rn. 128 f. Derselbe zu «Hinterzimmer-Konsultationen».

<sup>129</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 19 ff.; van der Vlies, (Fn. 65), S. 34 (network society). Internationale Verträge, Konventionen und Verträge kommen hinzu. Für Großbritannien das Cabinet Committee on the Legislative Programme.

<sup>130</sup> Biagini, (Fn. 9), Rn. 61.

<sup>131</sup> Cervati, in: Karpen, Legislation, S. 260.

<sup>132</sup> Bergeron, Job descriptions in Legislative Drafting in Canada, 1999; Ders., Essais sur la Rédaction Législative/Essays on Legislative Drafting (Französisch, Englisch, Russisch), 1999.

<sup>133</sup> In Großbritannien ad hoc-Ausschüsse (standing committees) oder Ständige Ausschüsse für Aufsichts- und andere Fragen (select committees): Ismayr, (Fn. 8), S. 31.

<sup>134</sup> Conference Committee.

<sup>135</sup> Art. 294 Abs. 10 AEUV.

<sup>136</sup> Härtel, (Fn. 44), S. 15.

<sup>137</sup> Wessels, (Fn. 112), S. 657 f.

Контроль пригодности исполнения и эффективной реализации закона осуществляют различные институты. Прежде всего, «контролировать свою законодательную продукцию» должен сам парламент, обязывающий правительство к выступлениям с отчетами, принимающий законы с ограниченным сроком действия, регулярно упорядочивающий законодательство. Сюда включаются также конституционно-судебный<sup>138</sup> контроль, а также участие административных органов, адвокатов, преподавателей высших школ и др. В Швеции, Германии, Польше, ряде других государств учреждены достаточно многочисленные<sup>139</sup> институты омбудсменов.

Если при исполнении закона и при наблюдении за его последствиями выяснится, что закон действует не так, как ожидалось, или что возникают нежелательные побочные последствия, от законодателя требуется *внести поправки в закон* или издать новый закон.

### III. Цели и инструменты законодательства и их оценка

#### 1. «Внутренний законодательный процесс» (законодательная методика)

Общий «вопросник» учения о законодательстве «кто — почему — как» дополняются теперь уточняющими вопросами о смысле законодательного процесса, а также о *политической программе (policy)* и цели (*objective, legislative purpose, goals*) закона, а также о *мерах (instruments)*, с помощью которых эта цель должна быть достигнута. Наконец, речь идет о *качестве* закона, о стандартах и их оценке<sup>140</sup> (*substance, merits, substantial due process*). Учение о законодательстве ставит вопрос о политико-правовой и теоретической стороне законодательного процесса, о материальных критериях в законодательстве, а также вопрос о том, как появляются «хорошие», эффективные и действенные законы («внутренний законодательный процесс»). Оно исследует конституцию на предмет того, какие *нормативные задачи* по содержанию законов содержит конституция.

<sup>138</sup> Italien: Dogliani/Pinelli, (Fn. 81), Rn. 117; Spanien: Guerrero, (Fn. 82), Rn. 43; Deutschland, Österreich usw.

<sup>139</sup> Vgl. Vogel, (Fn. 11), Rn. 115: Militär, Gleichberechtigung, Behinderte, ethnische Diskriminierung.

<sup>140</sup> Für die Schweiz: Müller, Rechtssetzungslehre, S. 41; für Deutschland: Burghart, Pflicht zum guten Gesetz, S. 116 f.; für die USA: Tribe, (Fn. 5), § 17; für Belgien: Popelier, De wet – juridisch bekeken, De kwaliteit van de wet, 2004; die ausführlichste Auseinandersetzung mit materiellen Verfassungsvorgaben bei Meßerschmidt, Gesetzgebungsmessen.

#### 2. Политические задачи, цели и меры законодательства

Процесс законодательства, *рассмотренный с точки зрения содержания*, развивается в рамках следующих этапов. За импульсом, вызывающим осознание необходимости решения проблемы, следует анализ исходного положения (фактического состояния). Затем определяются параметры нужного состояния. Это задача политики (*policy*). Из полученных при этом данных вытекают возможности решения, которым дается оценка, затем следует выбор, целесообразны ли эти решения и насколько, и реалистичны ли они с точки зрения политики (конкретизация цели). А затем подготавливаются соответствующие инструменты действия.

Первым этапом законодательного процесса должна быть сформулирована политическая задача правительства (*policy*). Определяющими для дальнейших действий должны быть политический курс, политическая линия намеченного и встраивание ее в программу правительства.

Решение о выбранном направлении получает импульс от той проблемы, из которой оно исходит. Попросту говоря, спрашивается: «Что случилось? Почему требуется вмешательство государства? В чем проблема?»<sup>141</sup>. Для основательного диагноза существуют и другие вопросы, ответы на которые должны быть составлены на более ранней политической стадии контроля («*policy-checklist*»<sup>142</sup>), например, *наподобие «синих контрольных вопросов»<sup>143</sup>*: действительно ли необходим новый закон; на кого он рассчитан; какие социологические, экономические, культурные факторы следует учесть, и т.п. После анализа исходного положения политика должна выделить «нужное» состояние: «К какому состоянию мы стремимся? Что должно быть достигнуто? Что следует избежать?»<sup>144</sup>. Только после этого выполнения этой задачи начинается законодательная работа.

Поскольку политическая фаза касается не только специфических вопросов конкретной задачи, но также вызовов, шансов и границ политических действий — правительственной программы, выработки консенсуса, принятия бюджета и т.п. — очень важно отделить это предварительное решение от последующих шагов

<sup>141</sup> Schweizerischer Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., 2007, S. 113.

<sup>142</sup> Karpen, EJLR 10 (2008), 163 (167 f.).

<sup>143</sup> В 1984 году министерство внутренних дел и министерство юстиции ФРГ составили список из 10 контрольных вопросов на синей бумаге относительно «необходимости, действенности и понятности» правовых испытаний. — Прим. переводчика.

<sup>144</sup> Schweizerischer Gesetzgebungsleitfaden, (Fn. 142), S. 113.

по выбору цели и средств. Это происходит во многих странах<sup>145</sup>. В некоторых странах развитием законодательных программ занимаются особые подразделения правительственных учреждений<sup>146</sup>.

Следует учитывать нормативное назначение конституции, закрепляющей принципы социального государства, требования соразмерности регулирования, задачи обеспечения нужд экономики, образования и науки, поддержки неблагополучных групп общества и т.п. Прежде всего, речь идет об «*искусстве возможного*». Если говорить без обиняков: «Поиск политических тем не является темой обсуждения для юристов!»<sup>147</sup>.

Иными словами, в рамках политических задач возможности для решения проблем, а тем самым и цели закона, развиваются, только если законодательство является предпочтительной формой действий. Следует решить, какую концепцию предпочтительнее развивать, каким должно быть содержание правовых норм, кто является их адресатом и может ли быть закон непосредственно исполним, или он требует каких-либо правоприменительных мер.

Законодатель, как правило, выбирает формы *каузального регулирования* экономикой, поведением общества, администрации и т.п. В эпоху растущего скептицизма в отношении планирования и управления законодатель все чаще прибегает к принятию *целевых программ*. Формулируются абстрактные целевые установки, а выбор средств достижения поставленных целей предоставляется реализующим эти цели административным органам. Цели остаются, разумеется, весьма расплывчатыми и нередко противоречивыми<sup>148</sup>. Последнее относится, например, к Федеральному закону о ядерной энергетике, к Федеральному закону по защите от вредных выбросов, а также к Своду законов в сфере строительства. Како-

ва цель закона, чаще всего говорится в *пreamбуле* или в *обосновании законов*, нередко, как например, в Финляндии, в специальных целевых предписаниях в Законе о полном школьном образовании<sup>149</sup>:

«Школы полного образования должны стремиться к воспитанию своих учеников как полноценно развитых, физически и умственно здоровых, ответственных, независимых, творческих, сотрудничающих миролюбивых индивидуумов и членов общества...».

Правительство для достижения поставленной цели не сразу принимается за законодательство, если в его распоряжении находятся другие *инструменты и средства*<sup>150</sup>. Так, можно прибегнуть к средствам поддержки инициатив<sup>151</sup>; государство может сотрудничать с обществом или с его отдельными группами, предоставляя им право участвовать совместно с государством в регулировании (*co-regulation*) либо предоставлять им возможность решать проблемы посредством автономного регулирования (*self-regulation*). В таких случаях заключаются соглашения и устанавливаются целевые или количественные ограничители по выдаче лицензий, сертификатов и т.д.

Если принимается принципиальное решение по законодательным мерам, речь заходит о том, каким образом и с чего начать регулирование: с ориентировкой на поиск причин или на создание системы; как принимать решение по пунктам или в целом, превентивно или задним числом<sup>152</sup>. Важна также правильно выбранная *степень правовой нормы*: должен ли это быть закон или достаточно будет административного акта? Должно ли это быть общее определение или требуется в высшей степени детальное регулирование? Что станет, в конечном счете, содержанием правовой нормы: наказ, запрет (может быть, даже с угрозой наказания), полномочие, рекомендация? Относительно санкционирования запретов французский министр юстиции высказывается следующим образом: «такие санкции являются слишком многочисленными, чтобы их можно было эффективно применять»<sup>153</sup>. Существуют также формы *символического* законодательства, преследующие воспитательную цель: ссылки, сведения, предупреждения, «витринные (образцовые) законы», как, например, закон о защите окружающей среды, закон о морали утилизации отходов и т.п.<sup>154</sup> Подобные предписания все

<sup>145</sup> Nach Art. 34 Abs. 5, Abs. 6 der französischen Verfassung bestimmt ein Programmgesetz die Ziele der Tätigkeit des Gesetzgebers, vor allem im Blick auf die Finanzen. In den USA ist die State of the Union-Rede des Präsidenten ein solches politisches Programm (Fordham, [Fn. 80], S. 256).

<sup>146</sup> Die polnische Regierung hat auf der Grundlage eines Gesetzes von 1996 und eines Regierungsbeschlusses von 2002 seit 2009 ein Gesetzgebungszentrum im Büro des Ministerpräsidenten eingerichtet, das sich auf der Grundlage von «Prinzipien» des geplanten Gesetzesvorhabens mit der Koordination der politischen Fragen befasst. Vgl. auch die Geschäftsstelle Bürokratieabbau im Bundeskanzleramt. Für die Niederlande das Integrated Policy Framework. In Großbritannien ist das Cabinet Office zuständig. Dazu Knik u.a., Optimierungsmöglichkeiten vorausschauender Politikgestaltung, Zukunft Regieren, 2/2006. In der Kommission werden solche Aufgaben im Direktorat des Generalsekretariats erledigt, vgl. das «White Paper», COM (2001), 428 fin., S. 6.

<sup>147</sup> V. Beyme, Gesetzgeber, S. 73 ff.

<sup>148</sup> V. Beyme, Gesetzgeber, S. 62.

<sup>149</sup> Kivivuori, in: Karpen, Legislation, S. 155.

<sup>150</sup> Schweizerischer Gesetzgebungsfaden, (Fn. 142), S. 126 f.

<sup>151</sup> Tribe, (Fn. 5), S. 1718.

<sup>152</sup> Schweizerischer Gesetzgebungsfaden (Fn. 142), S. 127.

<sup>153</sup> Bergeal, (Fn. 22), Rn. 165.

<sup>154</sup> Lüdemann, Edukatorisches Staatshandeln, 2004; Henneke, ZG 1990, 1 (25 ff.).



чаще включаются в конституции. Это — переходная фаза к *soft law* (мягкому праву), которое содержит не регулирующие меры, а некие «кодексы поведения» (*codes of conduct*) и другие акты, инициатором которых не являются власти.

### 3. Вопросы оценки законов

На основе конституций государства со свободной демократической государственно-правовой структурой формулируются существенные материальные и процессуально обоснованные принципы законодательства<sup>155</sup>. В целом законы должны быть демократически легитимированными; они должны отвечать принципам subsidiarity, ответственности и соразмерности<sup>156</sup>. Законодательный процесс должен гарантировать высшую степень прозрачности, опираться на принципы участия и научной рациональности<sup>157</sup>. Инициативы закона должны определяться интересами общего блага<sup>158</sup>, по возможности осуществлять целевые установки государства (социальные, культурные, экологические), быть надежными и эффективными. По своей *правовой форме* они должны быть простыми, ясными и когерентными (согласованными между собой)<sup>159</sup>.

Субсидиарность и принцип относительности играют решающую роль на всех стадиях конкретизации целей, в политическом смысле, а также с точки зрения содержания закона и инструментов его применения. Политика законодательства направлена на выполнение политических программ и каждодневных потребностей. Цели и меры можно оценивать по содержанию, руководствуясь тремя важными критериями<sup>160</sup>: правовой совместимостью, действенностью и правовой безопасностью.

Важнейшим критерием качества закона является его *единообразие*. Он должен не только отвечать требованиям конституции и учитывать международное право, но и пытаться, насколько возможно, реализовывать нормы догматической конституции и ее материальные элементы. Конституционное регулирование вопросов демократии и верховенства права так или иначе, но соответствуют сегодня европейским меркам. Но основные права и свободы, как стержень материальной конституции, содержатся сегодня не только в конститу-

циях, но и в Хартии основных прав ЕС и в Европейской конвенции о защите прав человека<sup>161</sup>. Некоторые национальные акты, такие как британский закон о правах человека (*Human Rights Act*) 1998 г., вошел в европейскую Хартию основных прав<sup>162</sup>. Нормы, закрепляющие задачи и обязанности государства, действуют во всех странах. Конечно, «социальное государство», возможно, и не везде материально так «заряжено»<sup>163</sup>, как в Германии, чтобы формулировать на основе его принципов соответствующие требования. Но как бы то ни было, ст. 117 абз. 2 итальянской Конституции в редакции Закона о Конституции 3/2001 передает законодателю полномочия по определению «существенных стандартов (*livelli essenziali*) по обеспечению гражданских и социальных прав»<sup>164</sup>. Правовое государство повсюду заботится о материальных условиях развития государственно-правовой свободы<sup>165</sup>. Некоторые конституционно-правовые задачи вытекают также из «самой природы задач» в области регулирования, в частности, в ядерной энергетике, в области инфраструктуры и финансов. Не всегда конкретные законодательные цели вытекают из конституционных определений, но это не дает оснований не считаться с масштабностью и образцовым характером этих норм.

Три важнейших мерил хороших законодательства — *степень достижения цели, осуществимость и действенность*<sup>166</sup> (*efficacy, effectiveness, efficiency*). Закон имеет высокую степень достижения цели, если его реализация максимально приближается к цели, поставленной законодателем<sup>167</sup>. Обязанность пристегиваться ремнями в машине должна по возможности предотвратить несчастные случаи со смертельным исходом или тяжелыми увечьями. Известно, что применение ремней значительно уменьшило число таких несчастных случаев. Эффективен<sup>168</sup> закон, если он признан по возможности большим числом адресатов, т.е. со-

<sup>161</sup> Jouanjan, (Fn. 36), Rn. 108.

<sup>162</sup> Loughlin, (Fn. 83), Rn. 84; für die Schweiz: Müller, Rechtsetzungslehre, S. 4 ff.

<sup>163</sup> Jouanjan, (Fn. 36), Rn. 109.

<sup>164</sup> Dogliani/Pinelli, (Fn. 81), Rn. 102. Italien hat in dieser Frage eine lange Tradition, etwa was Mindestlöhne angeht.

<sup>165</sup> Karpen, JA 1986, 299-310 (302).

<sup>166</sup> Karpen, Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht, in: Rieble (Hg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, 2007, S. 13-36 (22).

<sup>167</sup> OECD, Cutting Red Tape, Why Is Administrative Simplification So Complicated – Looking Beyond 2010, 2010, S. 98.

<sup>168</sup> Flückinger, Effectiveness: A new Constitutional Principle, in: Legislação, (Fn. 32), S. 183 ff. Das Effektivitätsprinzip ist als statische Pflicht in Art. 170 Schweizerische Verfassung und Art. 24 Abs. 1 der französischen Verfassung (mit Verfassungsgesetz vom 23.7.2008) verankert.

<sup>155</sup> EU COM 2001, 428 endg., EU-KOM, Better Regulation; OECD, (Fn. 128); Härtel, (Fn. 44), S. 21; Thomas/Wright, (Fn. 32), S. 272 (288): «principles-based legislation» in Großbritannien.

<sup>156</sup> Art. 5 EUV.

<sup>157</sup> Burghart, Pflicht zum guten Gesetz, S. 123 f.

<sup>158</sup> Tribe, (Fn. 5), S. 1365.

<sup>159</sup> Härtel, (Fn. 44), S. 22 f.

<sup>160</sup> Delley, Penser la loi: introduction a une démarche méthodique, in: Morand, Légistique, S. 81, 93 f.

блюдается, исполняется и не нарушается. Обязанность пристегиваться ремнями не оспаривается и в целом соблюдается. Но остаются вопросы: почему, например, эта обязанность соблюдается в одних странах больше, а в других меньше. Действенность<sup>169</sup>, благоприятное соотношение затрат и полученной пользы, в конечном счете, экономическая рациональность. Помимо увеличения надежности, учитывается цена приобретения и установки ремней безопасности, а также улучшение автоматики ремней, которое — при той же цене — помогает водителю быстрее от них освободиться.

Все три принципа являются конкретизацией *правового наказа государства*<sup>170</sup>, в конечном счете, выражением государственно-правового *принципа соразмерности*. Эффективность закона обеспечивается только в том случае, если выполнены следующие условия государственно-правового законодательства: стабильность, ограниченное количество правовых норм и снижение бюрократических барьеров с помощью дерегулирования<sup>171</sup>.

Граждане, экономика и административные органы должны развивать *доверие к правовому порядку*, руководствуясь принципом постоянства. Цель — добиться «рутины». Такое правовое доверие является важным ресурсом стабильности, который противостоит необходимости применения, изменения, дополнения, исправления законов — «моторизованно действующему законодателю»<sup>172</sup>. Поэтому так часто приходится слышать слова в поддержку дерегулирования:

«И хотя некоторые правительства потерпели неудачу как в совершенствовании технологий законодательства и, что даже более важно, в устранении «шизофренически настроенных» законодателей» прежних эпох, которые принимали сотни законов, которые бездействовали либо отменялись до их вступления в силу»<sup>173</sup>.

Вне всякого сомнения, *сокращение «нормативно оформленных прав и обязанностей»* в государствах Европы является велением времени<sup>174</sup>. Уменьшение массы правовых норм является целью *усилий по борьбе с*

*бюрократизмом* во всех государствах. Инструменты *нового публичного менеджмента*<sup>175</sup>, децентрализации, дерегулирования и т.п. должны этому содействовать. Многие страны — в том числе и Германия — учредили с этой целью специальные правительственные программы<sup>176</sup>.

#### 4. Оценка последствий закона

С новым толчком возросшей рациональности почти все изученные здесь страны ввели формы оценки действительности законов (*GFA*) — *Regulatory Impact Assessment (RIA)*<sup>177</sup>. Подвергаются как можно более точной проверке и оценке предусмотренные и непредусмотренные при принятии последствия закона, будь то финансовые, бюрократические или иные последствия, и будь то последствия в области экономики, административного управления или в иной общественной сфере, т.е. касающихся граждан. Проверка происходит, как правило, до принятия закона (*ex ante*), в самом процессе принятия решения (*concurrent*) или ретроспективно (*ex post*) — последнее осуществляется в целях контроля действия или улучшения закона. Такая проверка началась в 80-е годы после введения контрольных вопросов, которые должны были отрабатываться вначале разработки законопроекта. С тех пор такая практика распространилась, во многом благодаря усилиям со стороны Голландии<sup>178</sup>.

*Перспективная (ex ante) проверка*, как правило, проводится инстанциями, вносящими законопроект,

<sup>175</sup> Zu einer kritischen Analyse der NPM-Bestrebungen Drechsler, Halduskultuur 2005, 94-108; Pierre/Rothstein, Burlington 2010, 407-419.

<sup>176</sup> Zu den Niederlanden, Großbritannien, Dänemark und Deutschland: Nationaler Normenkontrollrat, Internationale Erfahrungen beim Bürokratieabbau, 2008. Zum Normenkontrollrat die Jahresberichte 2007-2010, Costanzo, La semplificazione normativa nell'ordinamento italiano, in: Legislação, (Fn. 32), S. 343; für die EU das Programm «Better regulation».

<sup>177</sup> Böhret/Konzendorf, Handbuch GFA; Karpen/Hof (Hg.), Wirkungsforschung zum Recht IV, Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, 2003, Bertelsmann-Stiftung, Handbuch zur Messung von Regulierungskosten, 2009; Karpen, AöR 124 (1999), 400-422; OECD, (Fn. 167); Bertelsmann-Stiftung, International Regulatory Reform Congresses, 2007-2011.

<sup>178</sup> 2003-2007 Programm Administrative Burdens und Standard-Kosten-Modell (SCM), 2007-2011, erweitert zum Erfüllungsaufwand-Programm, vgl. Radaelli, How to learn from the International Experience: Impact Assessment in the Netherlands, Final Report, University of Exeter, Centre for European Governance, 2010; Frankreich: Duprat, (Fn. 32), S. 305; Deutschland: das vom Bundesinnenministerium betriebene Programm Moderner Staat, Moderne Verwaltung, mit dir. Veröffentlichungen, etwa dem Leitfaden zu GFA, Berlin 2006; EU: Better Regulation Programme, Impact Assessment; auch Härtel, (Fn. 44), S. 334 f.

<sup>169</sup> Wiederin, (Fn. 78), Rn. 97 verweist auf eine dementsprechende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>170</sup> Sobotta, Das Prinzip Rechtsstaat, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, 1997, S. 143, 200; Karpen, JA 1992, 70 (71).

<sup>171</sup> Siehe die Begründung eines Draft Law on General Administrative Procedure of the Republic of Croatia, EU-Cards Programme 2007, S. 27 f.

<sup>172</sup> Karpen/Breutz/Nünke, (Fn. 59), S. 2002; Popelier, Rechtszekerheid als Beginsel voor Behoorlijke Regelgeving, 1997, S. 35 ff.; OECD, (Fn. 167), S. 99.

<sup>173</sup> Garoupa (USA), Improving Legislation, A note of pessimism, in: Legislação, (Fn. 32), S. 153; ähnlich Bergeal, (Fn. 22), Rn. 9.

<sup>174</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 13.

или независимыми осуществляющими контроль органами. *Текущая проверка* осуществляется парламентскими органами. В *ретроспективной (ex post)* проверке потенциально участвуют все, кто должен применять закон или каким-то другим образом с ним иметь дело или соблюдать его. О недостатках закона или необходимости дополнительных трат при его реализации правовые органы сообщают руководителям экономики и средствам массовой информации.

Упомянутая проверка, которая в некоторых странах должна быть в императивном порядке включена в обоснование законодательства, в Голландии проводится *Коллегией (Adviescolleg) по уменьшению административных издержек (ACTAL)*. Это учреждение является образцом для немецкого независимого *Национального совета по контролю правовых норм (NKR)*, созданного в 2006 г., чья компетенция была расширена поправками, внесенными в законодательство, в 2011 г.<sup>179</sup> Этому совету принадлежит роль «сторожевого пса»<sup>180</sup> в экономическом законодательстве. Подобным образом работает шведский Совет по нормативному регулированию (*Regelrådet*). В США проверка законопроектов *ex ante* осуществляется *Бюджетной службой конгресса (CBO)*<sup>181</sup>. Кроме того, в США действует *Административно-бюджетное управление (Office of Management and Budget (OMB) Администрации Президента*. В Великобритании эти функции возложены на Британский совет лучшего регулирования (*British Better Regulation Executive*), который входит в состав Министерства бизнеса, предпринимательства и административных реформ (*Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform*). Кроме того, там есть еще Независимый правительственный комитет по вопросам политики регулирования (*Government Independent Regulation Policy Committee*). В Европейском Союзе в 2007 г. была образована группа независимых высокопоставленных экспертов в области контроля административных издержек (Комиссия Штойбера). ОЭСР осуществляет многочисленные проекты по улучшению качества и распространению проверки законопроектов<sup>182</sup>.

<sup>179</sup> G vom 14. August 2006 (BGBl. I 1866) und G vom 16. März 2011 (BGBl. I 420). Er hat die Jahresberichte für 2007-2010 vorgelegt, zu denen die Bundesregierung Stellung genommen hat; Gröhe/Naundorf, ZG 2009, 367.

<sup>180</sup> Karpen, FAZ v. 11.07.2006.

<sup>181</sup> Vgl. nur den 2006 Report to Congress on the Costs and Benefits of Federal Regulation and Unfounded Mandates on State Local and Tribal Entities.

<sup>182</sup> Vgl. OECD, (Fn. 167); OECD, Stability Pact, Regulatory Governance Initiative in South East Europe, The Use of RIA to Foster Efficiency and Policy Coherence, 2003.

Не существует единого метода проверки ответственности закона. Уже на протяжении десятилетий используются в работе прогнозы, моделирование, экспериментальные интервью, экспериментальные законы, вменение обязанности предоставления отчетов, временно действующие законы (*sunset legislation*). По образцу Голландии в большинстве стран нашла применение *стандартная модель издержек (SKM)*. В центре внимания этой модели — нагрузки экономики (прежде всего, предприятий среднего бизнеса), граждан и администрации, которые складываются из предписанных законом обязанностей по предоставлению информации (ходатайства, формуляры, отчеты, статистические данные, документальные доказательства и т.п.)<sup>183</sup> Благодаря исключительной направленности на обязанности по предоставлению информации были оставлены без внимания расчеты других издержек, вытекающих из остальных обязанностей и действий, хотя они значительно выше указанных «информационных» расходов. В Германии и других странах теперь в большей мере исчисляются *расходы по исполнению* законов для экономики, администрации и отдельных граждан в целом<sup>184</sup>. В странах ЕС, в том числе в Швеции, Голландии и Великобритании, теперь в большей мере применяется *модель чистых административных расходов — Net Administrative Cost Model (NACM)*<sup>185</sup>. Новое в данном методе состоит в том, что оценка последствий действия закона, ограниченная отдельными аспектами, обобщается, т.е. становятся прозрачными экономические, социальные и экологические последствия новых правовых предписаний.

Результаты исчисления расходов сообщаются в целом в *пreamбуле* законопроекта и в обосновании таким образом, чтобы парламент мог обсудить предстоящие расходы по отдельности<sup>186</sup>.

<sup>183</sup> Bertelsmann-Stiftung, Handbuch (Fn. 177), S. 8; näher das von der Bundesregierung und dem Statistischen Bundesamt herausgegebene Methodenhandbuch «Programm Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung», 2006.

<sup>184</sup> Bundeskanzleramt, Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, 2011, S. 6; so auch die Niederlande (Radaelli, [Fn. 178]), Frankreich (Conseil scientifique de l'évaluation, Petit guide de l'évaluation des politiques publiques, 1996).

<sup>185</sup> KOM (2005), 97/5; vgl. auch EU Impact Assessment in the Commission, International Guideline on the new Impact Programme Development for the Commission Service; COM 2002/276; sowie COM 2005/97 zur Aktualisierung.

<sup>186</sup> §44 Abs. 5 GGO.

#### IV. Формальные требования к закону

##### 1. Редакция законов (технология законодательства)

Учение о законодательстве наряду с вопросами «кто», «почему» и «что» ставит также вопрос «как», относящийся к формулированию правовых норм. Речь идет о *формальном качестве*, стиле, структуре, языке, применении технологии делегирования и т.п. «Технология правотворческой деятельности не имеет, однако, чисто формального характера ... Она касается содержания устанавливаемых норм, придает ему определенный характер и в свою очередь подвергается его влиянию. Форма и содержание правовых норм находятся между собой в тесном диалектическом взаимодействии. Методы, процесс и технология правотворчества увязаны в общий узел. Для систематики, правовых норм, формулирования, публикации и прочих «технических вопросов» при разработке предписаний играет роль их содержание; язык зависит от адресата, процесс — от формы, содержания или от их важности»<sup>187</sup>. Оптимальная связь этих элементов усиливает воздействие закона и превращает «хороший закон» в шедевр. Но эта цель трудно достижима, о чем свидетельствуют многие ученые:

«Многие тексты не позволяют различать цель решения, возможное и обязательное, первичное и вторичное, законное и незаконное. В целом, законы плохо составляются, они порождают неопределенность, провоцируют иллюзии или обман; они не соответствуют требованиям юридической безопасности граждан»<sup>188</sup>.

«Я особо не преувеличиваю, когда говорю, что Моисей был превосходным законодателем. Когда он сказал: «Не укради», каждый знал, что он имел в виду. А теперь посмотрите на закон «О воровстве 1978 г. с его 38 статьями, которые создали множество проблем с толкованием и которые неоднократно рассматривались Апелляционным судом»<sup>189</sup>.

Технология законодательства хорошо утвердилась на практике<sup>190</sup>. Совершенно однозначно, что ясность, точность, отсутствие противоречивости, доступность чтения и понимания являются *конституционными цен-*

*ностями*, они являются составной частью принципа правового государства. Говоря языком ООН<sup>191</sup>:

«Правление права касается принципа правления, при котором все лица, институты и учреждения, публичные и частные, включая само государство, подчинены законам, которые публично промульгируются, равным образом исполняются и применяются независимым судом и которые соответствуют международным нормам и стандартам прав человека. Оно требует также мер по обеспечению соблюдения принципов верховенства права, равенства перед законом, ответственности перед законом, честности в применении закона, разделения властей, участия в принятии государственных решений, юридической определенности, исключения произвола, а также процессуальной и правовой открытости».

В этой всеохватывающей дефиниции уместились все важные предпосылки создания «хорошего» законодательства. Соблюдение правил «хороших» технически и по языку правовых норм создает доверие (*trust*), а доверие является предпосылкой соблюдения права<sup>192</sup>.

Действительность правотворчества далеко не всегда обеспечивает соблюдение государственно-правовых интересов. На это постоянно жалуются во всех странах<sup>193</sup>. К сожалению, следует подвергнуть критике и европейское право. Оно не слишком прозрачно и недостаточно «близко к гражданам», нередко запутанно и тяжеловесно. Часто пугающее обилие деталей объясняется тем, что представители стран-участниц порой лишь тогда могут договориться относительно нового регулирования, когда путем оговорок или соответствующих особых регулирований учитываются особенности правового положения в тех или иных различных странах<sup>194</sup>. В ЕС и странах-участницах надеются на улучшение прозрачности благодаря усиленному внедрению средств электронной публикации.

##### 2. Структура, деление, язык, передача по подсудности и т.п.

Удачная структура и хорошее деление закона, внутренняя систематика и отсутствие противоречий помо-

<sup>187</sup> Müller, *Rechtsetzungslehre*, S. 48.

<sup>188</sup> Bergeal, (Fn. 22), Rn. 141.

<sup>189</sup> Lord Renton, *The Evolution of Modern Statute Law and its Future*, University College, 1995, S. 8.

<sup>190</sup> Müller, *Gesetzgebungstechnik*; Thornton, (Fn. 31), pass.; Bergeal, (Fn. 22), pass.; Cutts, *Lucid Law, The Plain Language Commission*, 1994; Cutts/Wagner, *Clarifying EC-Regulations, The Plain Language Commission*, 2002; Stefanou/Xanthaki, (Fn. 25), S. 63 f.

<sup>191</sup> UN Doc S/2004/616, no. 6.

<sup>192</sup> Karpen, *EJLR* 2010, 213 ff.; Pizzorusso, *La Méthode Législative en Italie*, in: Morand, *Légistique*, S. 61-78; Jouanjan, (Fn. 36), Rn. 105 (für Frankreich); Europarat, *Access to Legal Norms*, 2009.

<sup>193</sup> Für die Schweiz: Müller, *Rechtsetzungslehre*, S. 157 u.a.; für Großbritannien: Bates, (Fn. 15), S. 452 f.: «kompromisshafter, dunkler, elliptischer Stil!»; für Deutschland: Karpen/Breutz/Nünke, (Fn. 59), S. 166 f.; für Frankreich: Bergeal, (Fn. 22), S. 13 f.

<sup>194</sup> Müller, *Rechtsetzungslehre*, S. 158, Fn. 519; so auch Bates, in: *Legislação*, (Fn. 32), S. 291.

гают ориентироваться в тексте и облегчают поиск нужной правовой нормы. Они делают наглядным единство правового порядка<sup>195</sup>. Ошибки в содержании и форме были существенной причиной не принятия современной Конституции Европы<sup>196</sup>. Такое же замечание можно высказать и в отношении Конституции Швейцарии 1999 г. Хотя благодаря многочисленным частичным поправкам по большинству вопросов она стала отвечать высокому уровню времени, тем не менее, в последние годы она превратилась в трудно обозримый, неполный, лоскутный документ, который частично невозможно понять.

В большинстве стран цель остается той же: усилить функции порядка, управления, целенаправленности и ограничительности действия законов с помощью исправлений и кодификации, даже если текущая политика нередко толкает нас к чрезмерно частым поправкам законодательства<sup>197</sup>. Иногда, ввиду комплексности материи, не удается достичь кодификации. Так, например, немецкий социальный кодекс несовершенен, и совершенный экологический кодекс тоже пока не появился; материя этих актов является чересчур многообразной и новой<sup>198</sup>. Только в Великобритании все еще существует определенная сдержанность по отношению к статутам и их кодификации, о которой говорят, как о «так называемых чертовых кодексах» («bloody code(s)»). Когда в XIX столетии обсуждалось принятие *Уголовного кодекса*, один из самых знаменитых судей того времени сказал:

«Я чувствую, что я обязан высказать вашему Превосходительству, что, по моему мнению, предлагаемая мера направлена на умаление общего права в вопросах уголовных преступлений и прекращение действия всех его правил и определений преступлений, и что замещающее его законодательное регулирование является мерой, которая не принесет какую-либо пользу правосудию, а, напротив, причинит ему явный ущерб»<sup>199</sup>.

*Уголовный кодекс* 1854 г., о котором идет речь, неоднократно изменялся, он подвергается изменениям и сейчас.

«То, что хорошо задумано, то хорошо и сформулировано. И слова с легкостью произносятся»<sup>200</sup>. *Язык закона* — это неисчерпаемая тема. Она должна быть сформулирована ясно и точно:

<sup>195</sup> Frankreich: Bergeal, (Fn. 22), S. 226, 228; Großbritannien: Dale, Legislative Drafting, S. 331 f.; Thornton, (Fn. 31), Chapter 7.

<sup>196</sup> Vogel, in: v. Bodgdandy u.a. (Hg.), (Fn. 1), Bd. I, §10, Rn. 27.

<sup>197</sup> Morand, (Fn. 26), S. 23.

<sup>198</sup> V. Beyme, Gesetzgeber, S. 71.

<sup>199</sup> Thomas/Wright, (Fn. 32), S. 285 f.

<sup>200</sup> Boileau-Despréaux (1636-1711), The art of poetry (1674), Canto I, I 153.

«Недостаточно добиться степени такого восприятия текста, при котором внимательное прочтение позволяет понять, о чем в нем идет речь; необходимо добиться такого степени восприятия текста, которое даже при невнимательном прочтении не позволит его неправильно понять»<sup>201</sup>.

Язык должен быть понятен по своему значению адресатам. Язык правил дорожного движения, договорного права должен быть доступен каждому<sup>202</sup>. Нормы допустимых величин загрязнения воздуха, шумовых помех, выброса вредных веществ, защиты от ионизирующих излучений формулируются специалистами. Тексты такого рода дополняются таблицами, графиками, формулами и планами. Некоторые страны вынуждены издавать законы на разных языках: например, Швейцария, Бельгия и Канада<sup>203</sup>. А во Франции, согласно ст. 2 ее Конституции установлено, что официальным языком Республики является французский. Европейский Союз, существующий в условиях многоязычности, сталкивается со многими проблемами. Борьба между понятиями «председатель мужского рода» (chairman) и «председатель женского рода» (chairwoman) продолжается. Хотелось бы избежать языковых столкновений по поводу таких понятий, как «человеческий» (hu-man) или «человечество (man-kind), которые образованы от слова «мужчина» (man)<sup>204</sup>.

Все законодатели дружно употребляют некоторые *законодательные технологии*<sup>205</sup>. К ним относятся юридические дефиниции, диспозитивные нормы и т.д. Дефиниции амбивалентны. Они могут служить маяками в море непонятной массы правовых норм, но в то же время чрезмерное увлечение ими может привести к излишней детализации. Такое часто происходит с общеевропейскими административными актами, не в последнюю очередь в результате того обстоятельства, что они обобщают опыт 27 стран<sup>206</sup>.

Диспозитивные нормы<sup>207</sup> являются средством интеграции закона, введения его норм в существующие общественные отношения. В некоторых правовых порядках используются и такие законодательные технологии, как согласования, презумпции и т.д.

<sup>201</sup> So Sir Stephen, Practical Legislation, Murray (1902), S. 9 (Nachweis bei Thornton, [Fn. 31], S.V).

<sup>202</sup> Auch wenn Gesetze kaum gelesen werden; Müller, Rechtsetzungslehre, S. 182 (185).

<sup>203</sup> Thornton, (Fn. 31), S. 79.

<sup>204</sup> Voermans, (Fn. 6), 42 f.

<sup>205</sup> Hellner, ZG 1991, 347 f.

<sup>206</sup> Karpen/Breutz/Nünke, (Fn. 59), S. 169; vgl. auch Thornton, (Fn. 31), Chapter 5.

<sup>207</sup> Bergeal, (Fn. 22), Rn. 248 (Renvoi); Thornton, (Fn. 31), S. 72.

Есть жалобы на то, что многим административным актам не хватает открытости, доступности и *понятности*. Так, например, австрийское правосудие<sup>208</sup> критикует: требуется «трудолюбие архивариуса», чтобы разыскать нужное предписание, и существуют правовые нормы, которые могут быть понятны только тем, кто обладает «изошренными знаниями, чрезвычайными методическими способностями и определенной расположенностью к тому, чтобы решать задачи тяжелого умственного труда». Некоторые государства перешли к тому, чтобы публиковать административные акты только в электронном виде, как, например, в Австрии и Бельгии, и размещать их в современных сетях информационно-коммуникационных технологий<sup>209</sup>.

### 3. Особые формы закона

Вопросы разработки и деления законов на категории составляют предмет изрядной части публикаций и руководств по технологии законотворчества<sup>210</sup>. При большом количестве законов и изнурительных попытках их исправления<sup>211</sup> на передний план выдвигается проблема *законов о внесении поправок в закон*.

Много написано о пакетах законов, временных законах, экспериментальных и символических законах, о законах «витринных (образцовых)», законах, дающих полномочия на издание административных актов<sup>212</sup>, бюджетных законах<sup>213</sup>, «законах-остовах», содержащих только общие положения, о законах имплементации международно-правовых норм и т.п.

В одном голландском исследовании<sup>214</sup>, посвященном США, Германии и Голландии, доказано, что *законы о превентивных мерах* в теории и правовой практике противоречат различным, закрепленным в императивных правовых нормах принципам. Общность действия законов, равенство перед законом, правовая безопасность, применимость правовых норм, разделение властей, свобода обращения в суд, точное соблюдение процессуальных норм — все эти принципы не всегда и не везде достаточно эффективны, и им на

смену приходят чрезвычайные меры и чрезвычайные законы.

В условиях необозримости правовой массы законы, *отменяющие старые* или провозглашающие новые правовые нормы и вносящие коррективы в крупные области права, повсюду становятся обычным делом, который существенно облегчается благодаря использованию новых информационных технологий<sup>215</sup>.

### 4. Проверка правовой формальности, направления законодательства

Прежде чем законопроекты, разработанные в преобладающем числе случаев в соответствующих министерствах, будут внесены в парламент, они подвергаются *проверке на предмет соблюдения формальных требований*, которая осуществляется либо в централизованной процедуре, через главу правительства, либо через специализированное министерство юстиции<sup>216</sup>. Чтобы облегчить им работу и стандартизировать написание закона в министерствах, правительства почти во всех странах издали *директивные указания по законотворчеству*.

Такие указания есть в Бельгии, Голландии, Германии, Франции, Великобритании, Швеции, Италии, Швейцарии, Канаде и Европейском Союзе<sup>217</sup>. Многие из этих директивных указаний повторяют те же самые принципы и приводят одни и те же примеры хорошего и плохого законодательства; это — своеобразные конвенции, правила *лучшей практики*<sup>218</sup>, которые можно считать «законом в законе»<sup>219</sup>. Крупнейшим, весьма

<sup>208</sup> Wiederin, (Fn. 78), Rn. 97, Fn. 174.

<sup>209</sup> Thomas/Wright, (Fn. 32), S. 281 ff.

<sup>210</sup> Vgl. schon Müller, Gesetzgebungstechnik, Abschnitt 22 ff.; Müller, Rechtsetzungslehre, § 9; Schneider, Gesetzgebung, § 8; Ismayr, (Fn. 8), S. 14; Bergeal, (Fn. 22), Rn. 63 ff.; Thornton, (Fn. 31), S. 100 ff., S. 336 f., S. 356 ff.

<sup>211</sup> In allen untersuchten Ländern ist die Zahl der Änderungs Gesetze weit größer als die der Stammgesetze, vgl. für Deutschland Karpen/Breutz/Nünke, (Fn. 59), S. 250 f.; zu dieser Gesetzesform ferner Bergeal, (Fn. 22), Rn. 221; Thornton, (Fn. 31), Chapter 15.

<sup>212</sup> Thornton, (Fn. 31), Chapter 16.

<sup>213</sup> Zum europäischen Budget Härtel, (Fn. 44), S. 403.

<sup>214</sup> Jasiak, (Fn. 11), S. 314.

<sup>215</sup> Im Jahre 2005 hat die Kommission eine komplette Revision aller bis 2004 erlassenen Normen durchgeführt. Das Programm wird im Rahmen von «Better Regulation» fortgeführt; vgl. zuletzt COM 2010/543 endg.

<sup>216</sup> Zur Zuständigkeitsregelung in Deutschland vgl. BMJ, Handbuch, S. 16 f. In Großbritannien werden von der Regierung erlassene Rechtsverordnungen (statutory instruments) von (Gemeinsamen) Ausschüssen beider Häuser geprüft: Bates, (Fn. 15), S. 439.

<sup>217</sup> Für Belgien und die Niederlande: Voermans, (Fn. 6), 43 ff.; für Deutschland vgl. Fn. 216; für Frankreich: Duprat, (Fn. 32), S. 263 und Bergeal, (Fn. 22), S. 299, 335; für Großbritannien: vgl. Bates, (Fn. 15), S. 441; für Schweden: das Gröna boken, Riklinjer för författningskrivning, 1998; für Italien: Regole e suggerimenti pe la redazione dei testi normativi, 1991; für die Schweiz: Schweizerischer Gesetzgebungslaufplan (Fn. 142); für Kanada: Department of Justice, Federal Legislations Manual, 1998, sowie Legislation Deskbook, (seit 1986); für die EU die Gemeinsamen Leitlinien für die Qualität der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften, ABl. C 73 vom 17.03.1991, S. 1, aktualisiert 2008. Dazu auch Robinson, (Fn. 32), S. 177 ff.

<sup>218</sup> Morand, (Fn. 26), S. 43.

<sup>219</sup> Rechtsvergleichend Kindermann, Gesetzestechnik; Karpen, Manual for Law Drafting, in: Karpen, (Fn. 10), S. 197-217.

пёстрым собранием таких директив является собрание Родольфо Пагано<sup>220</sup>; лучшим современным руководством является швейцарское<sup>221</sup>.

Писаное право в странах *общего права* во многом следует методам судейского толкования законов. Они следуют прецедентам и основанным на них принципам, которые крайне осторожно формулируются от одного дела к другому и так развиваются дальше. Широкое историческое, даже теологическое толкование предпринимается редко. Этому стилю следует законодатель, выступая, как «редактор, который должен говорить на языке интерпретаций»<sup>222</sup>. Он пишет *статуты* в небольшом формате и весьма подробно, чтобы они позволяли четкую интерпретацию, судья не может отклоняться от писаного слова, законная ссылка на *общее право* недопустима. Благодаря такому «формализму» в законе «упаковываются» отдельные казусы (*cases*), с помощью которых законодатель надеется крепче привязать судью к закону. *Интерпретационными директивами*<sup>223</sup>, которые частично имеют характер законов, точно указывается, как следует точно понимать закон. Так возникает долгосрочная связка законодателя и правоприменителя, действующая до тех пор, пока не будет изменен закон.

Еще дальше идут те страны, которые, как, например, Болгария<sup>224</sup>, издали Закон о законах. Такие добрые напутствия и предписания призваны обязывать законодателя к высокому качеству законотворчества.

Можно поручить группе экспертов соединить эти предписания разных стран и составить на их основе «модель хорошего законодательства». Но даже если законодатель будет следовать всем таким правилам, ему редко посчастливится написать качественный перво-классный закон.

Дело в том, что практика отличается от правил и советов, даже если они продиктованы этой практикой.

**Перспектива: некоторые тенденции законодательства и учения о законодательстве**

Сравнительно-правовой анализ позволяет выделить следующие четыре основные тенденции:

Законодательство и его описанные в учении о законодательстве проблемы в сопоставимых конституционных государствах являются схожими, но не

равнозначными. Вновь цитируя Скотта Пека<sup>225</sup>, можно сказать, что «мы должны делиться нашим сходством и гордиться нашими различиями». Удивление, вызванное различиями, является движущей силой сравнительного правоведения. Вместе с тем, отметим, что процесс унификации законодательных процессов, содержания и форм законов будет продолжаться. *Европеизация и интернационализация* конституций и законодательства благодаря международной открытости государств обретают все более прочный общий фундамент. «Европейское и национальное конституционное право дополняют друг друга, создают конституционный союз дополняющих друг друга правопорядков»<sup>226</sup>.

Как бы ни менялось в будущем значение *парламента*, он останется в *демократическом государстве центром власти*. Он подвергается постоянному политическому давлению, он должен обеспечивать стабильность и сохранять способность к адаптации правового порядка. Действенность правовых норм остается его высшей целью. Он должен учитывать множество факторов: количество законодательных проектов, потребность уменьшения нагрузки на законодателя, проблемы слабого качества проектов, недостаточная прозрачность процедур, потребность в расширении участников законодательного процесса, оценка последствий принимаемых законов, гармонизация, с одной стороны, федеральных или национальных, а с другой стороны, региональных и местных тенденций регулирования.

*Срацивание законодательства и правоприменительной практики* будет возрастать. Судья является частью законодательного процесса. В конце концов, именно он соизмеряет с конституцией методы, цели, инструменты и формы законодательства. Зачем нужно принимать «закон о законах», если он не будет учитывать особенности правоприменительной практики в национальных судах, Европейском суде в Люксембурге и Европейском суде по правам человека в Страсбурге? Законодатель не должен повторять судьбу «закованного Гулливера»<sup>227</sup>.

И, наконец, *учение о законодательстве* должно знать *свои границы*. Законодательство должно быть как можно лучше, как можно точнее, как можно эффективнее, как можно более надежным и рациональным; но это — не математика. Как сказал Джон Дикинсон<sup>228</sup> 13 августа 1787 г. в Филадельфийском конвенте при разработке Конституции США: «Мы должны руководство-

<sup>220</sup> Pagano, Le Directive Di Tecnica Legislativa in Europa, Bd. I und II, 1997.

<sup>221</sup> Vgl. Fn. 142.

<sup>222</sup> Vgl. das Loi concernant l'interprétation des lois et des règlements von 1985, bei Côté (Montreal, Canada), Methode Legislative et Directives d'interprétation, in: Morand, Légistique, S. 151.

<sup>223</sup> Morand, (Fn. 26), S. 159, Fn. 9.

<sup>224</sup> Law on Normative Acts, State Gaz.27/1979, as amended State Gaz.65/1995

<sup>225</sup> Weber, (Fn. 10), S. 428.

<sup>226</sup> Ismayr, (Fn. 8), S. 58 f.

<sup>227</sup> Morand, (Fn. 26), S. 43.

<sup>228</sup> A century of law-making for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774-1875, Max Farrand's Records, 1991, vol. 2, стр. 278.

ваться только опытом. Разум нас может обмануть». Через сто лет ту же мысль выскажет и судья Верховного суда США Оливер Вендел Холмс: «Жизнью права была не логика, а опыт»<sup>229</sup>.

### Библиографический список:

1. Albrecht Weber, Europäische Verfassungsvergleichung, München 2010.
2. Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón, Peter M. Huber (Hg.), Handbuch Jus Publicum Europeum, Bd. I, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, Heidelberg 2007.
3. Bernd Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, Wien/New York 2005.
4. ders. (Hg.), Die politischen Systeme Osteuropas, 3. Auflage, Opladen 2010.
5. ders. (Hg.), Gesetzgebung in Westeuropa, Wiesbaden 2008.
6. ders., Gesetzgebungslehre — neu evaluiert/Legistics — freshly evaluated, 2. Auflage, Baden-Baden 2008.
7. Georg Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. Auflage, Zürich 2006.
8. Hans Schneider, Gesetzgebung, Ein Lehr- und Handbuch, 3. Auflage, Heidelberg 2002.
9. Ines Härtel, Handbuch Europäische Rechtssetzung, Berlin 2006.
10. Konrad Zweigert, Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996.
11. René David, Günther Grasmann, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. deutsche Auflage, München 1988.
12. Ulrich Karpen (Hg.), Legislation in European Countries, Baden-Baden 1996.
13. Ulrich Karpen, Hagen Hof (Hg.), Wirkungsforschung zum Recht IV, Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, Baden-Baden 2003.
14. Urs Peter Gruber, Methoden des internationalen Einheitsrechts, Tübingen 2004.
15. Wolfgang Ismayr (Hg.), Die politischen Systeme Westeuropas, 3. Auflage, Opladen 2006.

---

<sup>229</sup> The Common Law, 1881, S. 1.