

Российский конституционализм: судебный, судейский, судный...

*К. В. Арановский,
судья Конституционного Суда Российской Федерации,
доцент, доктор юридических наук*

*С. Д. Князев,
судья Конституционного Суда Российской Федерации,
профессор, доктор юридических наук*

Статья судей Конституционного Суда Российской Федерации К. В. Арановского и С. Д. Князева посвящена рецензированию монографии их коллеги Н. С. Бондаря «Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия» (М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. 544 с). В статье анализируется категориальный аппарат конституционного права и конституционализма, критически осмысливается концепция «судебного конституционализма», предложенная Н. С. Бондарем.

Ключевые слова: конституционное право, конституционализм, судебный конституционализм, конституционное правосудие, Н. С. Бондарь.

С изданием монографии Н. С. Бондаря, поступающей читателю под именем «Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия» (М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. 544 с), в конституционно-правовой литературе состоялось заметное событие. Аннотация книги верно адресует ее широкому кругу читателей, не замыкая его в рамки сообщества специалистов, занятых научной юриспруденцией. Тем не менее именно от юристов, вовлеченных в науку, особенно конституционного права, нужно ждать в первую очередь интереса к этой работе. Она, при всей доступности изложения, являет собой плод научного усилия, которым автор во многом итожит, обобщает сделанное прежде и дает прирост достигнутому.

Тематика конституционализма уверенно держит первенство в отечественной государственно-правовой литературе последних лет¹. Однако судебный конституционализм как таковой прежде никогда не объявлялся предметом специального исследования. Да и простое упоминание о нем если и встречалось в научной среде, то только в качестве постановки вопроса о возможности его выделения и изучения в автономном формате, подтверждением чему может служить скупой тезис И. А. Кравца о сущности судебного конституционализма как совокупности «решений органов конституционного правосудия и отраженных в них правовых позиций по

¹ См., например: Степанов И. М. Уроки и парадоксы российского конституционализма. М., 1996; Ромашов Р. А. Современный конституционализм: вопросы истории и теории. СПб., 1998; Кравец И. А. Конституционализм и российская государственность в начале XX века. М., 2000; Боброва Н. А. Конституционный строй и конституционализм в России. М. 2003; Кутафин О. Е. Российский конституционализм. М., 2008 и др.

конституционно-правовым вопросам»². Но тема далеко не исчерпана, и оттого сам титул рецензируемого сочинения побуждает мысленно поставить серию вопросов и предположить их решение в интерпретации автора и в собственном представлении.

Судебный конституционализм можно понимать в равной мере как часть конституционализма, относящуюся к правосудию, особенно конституционному, и как само конституционное право, конституционную идеологию, мысль, конституционные отношения, поставленные в контекст конституционной юстиции и ею развиваемые. Монография Н.С. Бондаря не опровергает ни то ни другое, хотя авторское ударение сделано на втором аспекте, позволяя выразить созидательную миссию правосудия в устройстве и прогрессе конституционного права и правопорядка. В ней наряду с обсуждением главных сторон конституционализма представлено исследование отдельных областей конституционной доктрины, конституционного уклада, преобразуемых средствами российского конституционного правосудия, содержание, последствия и перспективы таких преобразований.

В представлении автора судебный конституционализм определяется в широком смысле «деятельностью всей системы судебной власти», где «конституционное правосудие — главный фактор его формирования» (с. 106). Это утверждение само по себе обещает дискуссию, если учесть обратную ему линию взглядов, представленных, например, академиком О.Е. Кутафиным, который возражал против «преувеличения роли Конституционного Суда...» и возразил бы, конечно, автору в том его высказывании, что «Конституционный Суд РФ — суд над властью» (с. 94 и далее). О.Е. Кутафин утверждал: «...не Конституционный Суд стоит над Президентом, Государственной Думой, а Конституция стоит над всеми нами, в том числе над Конституционным Судом»³.

Автор определяет предмет своей темы как «особый политико-правовой режим судебного обеспечения верховенства права и на этой основе прямого действия «живой» Конституции...» (с. 113—114)⁴, дает ему «качественные характеристики», описывает условия и средства приведения его в действие, такие, в частности, как институт конституционной жалобы. В работе представлено исследование не вполне еще изученного инструмента, известного под именем «конституционно-судебная рекомен-

2 Кравец И.А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики): автореф. дис...докт. юрид. наук. Екатеринбург. 2002. С. 3

3 См.: Ответы академика О.Е. Кутафина на вопросы «Российского юридического журнала» (интервью брала Е.С. Шугрина) // Российский юридический журнал. 2008. № 6. С. 19—20.

4 Заметим, что идея развития, обогащения, постепенного преобразования конституции без изменения ее текста посредством активного конституционного правосудия находит позитивный отклик далеко не у всех. Так, по мнению экс-председателя Конституционного Суда профессора Н.В. Витрука, миссия Конституционного Суда состоит в том, чтобы на основе Конституции, познания ее буквы и выявления смысла содержащихся в ней положений обеспечить соблюдение и применение конституционных предписаний. Иное, а именно признание за Конституционным Судом преобразовательной функции, чревато тем, что может служить методологической базой для оправдания обхода, а то и прямого отступления от конституционных установлений. См.: Стенограмма круглого стола, посвященного 20-летию учреждения Конституционного Суда Российской Федерации (Москва, Российская академия правосудия, 15 декабря 2010 года). Ч. 1 // Журнал конституционного правосудия. 2011. № 1. С. 18.

дация законодателю», степени ее обязательности. Автор выясняет соотношение формально-позитивистского и естественно-правового начал в составе руководящих ориентиров Конституционного Суда России; воздействие федерального конституционного правосудия на иные формы судопроизводства; критерии конституционности правовых норм, в том числе их определенность, и многое, многое.

Впрочем, рецензия—рискованный жанр. В нем важно удержаться и от реферативного изложения, и от претензий на приговор литературному деянию или деятелю, будь он осуждающим или похвальным. Остановимся на авторском подходе к исполнению поставленной задачи, осмыслению ее самой, средств и условий ее исполнения, в общем, обсудим книгу, достойную обсуждения, уделив особое внимание природе и предназначению судебного конституционализма, его соотношению с конституционной доктриной, нормой и практикой. Отдавая себе отчет в том, что в своей книге Н.С. Бондарь не замыкается на указанных вопросах, а предлагает читателю, по сути, развернутую концепцию отечественного конституционного правосудия, полагает все же возможным сосредоточиться именно на судебном конституционализме. Хочется думать, что и сам автор вовсе не случайно посчитал необходимым придать ему титульное значение, не без оснований претендуя на первенство в исследовании данного феномена.

Юридическая наука, не исключая науки конституционного права, не может, в отличие, скажем, от естествознания, целиком посвятить себя получению и обработке объективного, проверяемого (верифицируемого) знания. По происхождению и по назначению своему юристы — продолжатели жреческого дела⁵ в том смысле, в каком оно должно было обеспечивать поддержание и воспроизводство ритуалов и правил, оживлять

⁵ Предшественники римских юристов, знатоки дхармашастры, ирландские брегоны, средневековые французские легисты и английские атторней, судьи канцлерской юстиции, исламские кадии (и вали), русские приказные дьяки и прочие, прочие — все они выходцы или участники жреческих и священнических корпораций, соответственно понтификов, друидов, брахманов, католических университетов, мусульманского духовенства, православных семинарий и т.д. Условное обособление юриста от жречества и священства, не везде и не всегда, впрочем, отчетливое, не отменяет полученного ими наследства.

А это выполняемые ими и потребляемые обществом услуги по разрешению споров, созданию и поддержанию этических ориентиров, идей, принципов, правил. Это усвоенные общие начала их деятельности, способы мышления, состав решаемых вопросов с опорой на сумму догматических положений, нередко очищенных от налета мистики, рационализированных и логически обработанных, но по-прежнему непререкаемых, как в любом вероисповедании.

Как вождь священного происхождения или шаман, творящий суд совместно с тайнодействием, целительством, прорицанием, управлением, дипломатией, обучением, так и ограничившийся светскими, казалось бы, занятиями профессор американского или советского права обеспечивают весомость своих суждений не столько силой проверяемых доказательств (протоколов эксперимента, лабораторных опытов или статистики), сколько внушительностью исходных постулатов, то есть догматами веры — примитивной или развитой, боговдохновенной или обмирщенной, в том числе в *rule of law* (правление (верховенство) права) и в естественные права (изначально — Богом дарованные) или в непогрешимость научного коммунизма. Не из доказанной естественной зависимости, а из святости клятвы, то есть из практической магии, берет силу принцип *Pacta sunt servanda*. Ничем, кроме несомненности, не обосновать *Dura lex sed lex*. Не доказательствами спорного качества, но напористо сказанным и горячо поддержанным словом внушал Ж.Ж. Руссо веру в «общую волю» (волю народа) как источник закона и власти и т.д. и т.п.

принципы, мысль и чувство права, чтобы правосодержащая деятельность получала если не верные, то уверенные ориентиры. В таких областях научной юриспруденции, как юридическая социология, психология, антропология, отчасти — сравнительное право, методология, родственная естествознанию, преобладает, обязывая исследователя отступить от выяснения «сущностей»⁶ и от собственных пристрастий (кроме страсти знания). По ее правилам он лично не вовлечен в изучаемое, держите ним дистанцию, не сочувствует и не судит, но видит в нем объект, внешне данное явление, изучаемое в наблюдениях, обобщениях, цифрах, классификациях. Методология эта, однако, в правоведении не господствует, потому что с юристов, не исключая ученых, никто не слагал обязанности вдохновлять и обнадеживать, поощрять правосообразное и порицать противоправное, внушительно и основательно представлять ценности, идеи и принципы, питающие собою то право, в которое лично и профессионально вовлечен сам юрист, равно как поддерживать ритуалы и правила, представляемые в целостном единстве понятий, образов, метафор.

Оставаясь в системе господствующих правовых убеждений, в гражданственности и верности юридической профессии, трудно даже подумать о возражении автору, когда он утверждает конституционализм, правовое государство, права и свободы человека в качестве незыблемых основ. В гармонии со старой, давно раскритикованной в естественно-научном плане, но все еще обаятельной и убедительной теорией «общественного договора» автор утверждает, что публичная власть может стать властью государственной лишь постольку, «поскольку общество отчуждает часть своей свободы, дает согласие на управление им, а публичная политическая власть признает естественные и неотчуждаемые права и свободы человека» (с. 59). И пусть история права или правовая современность дают бесчисленные примеры государственной власти, образованной вне связи с утверждением прав человека и вне обязательств

⁶ Их обсуждением ведала научная школа университетской схоластики, авторитетно просвещая человечество во многих областях знания, включая логику, семиотику, философию, право. Но в XVII в. с учреждением Лондонского Королевского общества для развития знаний о природе (*Royal Society for Improving Natural Knowledge*) ее основы были открыто отвергнуты естественно-научным позитивизмом. В Королевском обществе отказались *обсуждать метафизические вопросы*, и по принципу *Nullius in verba* авторитетное (учительское) слово, идейное единодушие были дисквалифицированы как доказательство истины в пользу экспериментально и математически доказанного знания. Само движение к истине в ее сущностном смысле перестало быть целью научного ума, который занялся доказыванием фактов без претензий на постижение сущностей, поскольку, по старому принципу «бритвы Оккама», науку нужно избавить от понятий, не поддающихся проверке опытом. Действительно, теорему или физический закон безотносительно к их сущности подтвердит правильное выполнение математических или экспериментальных действий. Доказанной формуле верят лишь до тех пор, пока при одинаковых исходных данных она дает одинаковый результат. И одного отклонения достаточно, чтобы ее опровергнуть или поставить под сомнение. В постижении сущностей, напротив, не обязательно, да и невозможно доказывать истину экспериментами, непротиворечивыми сериями фактов, выявленными в объективном наблюдении. Ими не обосновать, например, доктрину «верховенства права». «Истинную по существу» идею нужно веско заявить и логически обеспечить, поддержать ее изложение системой аргументов, чередой иллюстраций. Тогда в представлении тех, кто ее признает, она сохранит силу истины, даже если не подтвердится в отдельных «несущественных» фактах бесправия и беззакония, способных смутить, но не опровергнуть «верховенство права» в его существе.

по их соблюдению, а то и принципиально далекой от признания, уважения гражданских свобод как неотчуждаемых свойств личности; пусть акты «согласия» государства и общества со взаимным «отчуждением свободы» трудно подтвердить историческими и юридическими фактами; пусть в памяти самого автора свежи контуры социалистической государственности, имевшей мало общего со сказанным, предлагаемая Н.С. Бондарем схема приемлема в оперативном, идейно-ценностном, принципиальном плане, если, конечно, взять ее на веру и не испытывать неудобными вопросами.

Говоря на с. 461—462 и далее о равенстве и свободе в контексте конституционно-правовой и нравственно-этической оценки, автор не доказывает, но внушает: «При всем различии в оценках конкретного содержания этих категорий на уровне философских, конституционно-правовых, мировоззренческих систем современности нет сомнения в том, что это базовые общедемократические ценности современной цивилизации и ее правовых систем...» (выделено нами —А.К., К.С.). Примерно так Томас Джефферсон в Декларации независимости США «доказывал» когда-то, что «все люди рождены свободными и равными и наделены Создателем от рождения некими неотчуждаемыми правами...», — немудрено избавиться свои утверждения от возражений, когда они объявлены «самоочевидными истинами». Другое дело, что большая часть человечества (и значительная, по меньшей мере, часть российского народа) провела свою историю и продолжает жить не совсем в конституционно-правовом измерении и даже совсем не в нем, а в иных политико-правовых традициях и реалиях. Но какую веру, если она крепка и вдохновенна, смутят и поколеблют противные ей доказательства?! В конце концов, люди не могут жить и действовать бесстрастным доказуемым знанием, всегда ограниченным, зачастую сомнительным и малодоступным, в отличие от веры — объемной, если не универсальной, всегда бесспорной и, невзирая на догматические тонкости, открытой для приобщения неискушенных. Чем доказать достоверность, например, равенства и справедливости, если род человеческий опровергает равноправие то искренне и простодушно, то изощренно, и связывает во многих этических системах (конфуцианской, индусской, например) саму справедливость с разными видами иерархии, кастовости, то есть узаконенного неравенства. Доказать — едва ли, но можно убежденно заявить, что «требования справедливости и равенства, представляя собой квинтэссенцию права как меры свободы, задают фундаментальные юридические параметры социальной жизни...» (с. 457). И тогда чья-то вера в равноправную справедливость приободрится, а надежда на Конституцию, закон и правосудие, образно соединяемые со справедливостью и равенством, обретет ясные черты.

Верифицируемое научное знание, безусловно, имеет прикладной, эстетический, эмоциональный смысл, вручает человеку компетентность, расчетливость, утоляет пытливість ума. Но догматического знания ему не заменить. Поощряя осторожность и любознательность, оно чревато скептицизмом и разочарованиями, ибо во многая знания многая печали. Между тем постулаты и аксиомы, проживаемые с чувством несомненной их подлинности, дают решимость и уверенность. И хотя достоверность обычно смешивается в них с искренними заблуждениями, они насущно необходимы, потому что без несомненных «истин» немислимо деятельное и согласованное на общих правилах человеческое общежитие, особенно государственно-правовая коммуникация. Их продолжение, убедительная сила не даются сами собой. Нужно воспроизводить их в поведении людей,

действующих в разных статусах и ролях, принимающих законодательные, административные и судебные решения, полагающих важным исполнять обязанности, не посягать на чужое, требовать и платить по долгам, заботиться о детях и родителях, служить, создавать стоимости, голосовать и баллотироваться на выборах, подчиняться авторитетам и прочее. Автор и сам заявляет о пользе догматики, полагая, что «догматический метод позволяет удовлетворить соответствующую (выделено нами—А.К., К. С.) познавательную потребность наилучшим образом» (с. 69).

Не менее важно, чтобы кто-то развивал, обосновывал, тиражировал и время от времени объявлял «несомненное» вслух, например, «суверенную демократию»⁷. И актуализируя конституционализм, автор не в конъюнктурном, надо полагать, старании, но в попытке его осовременить, посвящает часть своего труда модному вопросу судебно-правовой реформы в условиях модернизации российской государственности (с. 431-456) или подробно обсуждает положения президентского послания по пяти темам «директивно-доктринального конституционного видения» (с. 36 и далее).

Это открывает смысл предпринятого Н.С. Бондарем труда. России с ее кратковременным, не вполне еще укоренившимся конституционализмом важно, раз уж взята эта дорога, вживаться в конституционное мировоззрение, осваивать конституционную технику, институты и процедуры конституционного права, понимать, внутренне принимать и проговаривать их с опорой на широко известные и популярные, то есть актуальные ценности, метафоры, символы, формулы и формы.

Не станем, однако, упрощать, причисляя рецензируемое к образцам догматики, приспособленной к политическому моменту. Ведь первую же главу монографии открывает перифраз: «Каждый народ имеет такую конституцию, которой он достоин». К этому легко добавить: «либо вовсе конституции не имеет», что можно связывать и с достоинством, но вернее — соотнести с образом жизни сложившихся народных общностей, которые в силу состоявшегося факта имеют, надо полагать, право на свой собственный правопорядок, даже если он устроен иначе, чем конституционализм. Автор не согласен видеть в конституционализме «порожденную государством категорию», поскольку государство «не в состоянии «учредить», «декретировать», установить своими законами желательный для него образ конституционализма...»; в одной из авторских версий конституционализм предстает как «объективно складывающийся порядок реальных общественных отношений, который основан на признанных самим обществом требованиях справедливости и меры достигнутой свободы»

(с. 66). Формализм, утверждает автор, «не позволяет с достаточной степенью точности, общесоциальной и научной достоверности отделить право от неправа» (с. 71). Автор против господства формально-юридической, нормативистской точки зрения (с. 67) и отрицает возможность «проникновения в природу столь сложного не только (и не столько!) формально-юридического - понятия, как конституция... не учитывая прежде всего социокультурные, национально-специфические, исторические особенности конституции...» (с. 26). Все это выражает не иначе как социологическую парадигму правопонимания. И автор

7 См., например: Лебедев В.А., Киреев В.В. Суверенная демократия как конституционная идея современной России. Челябинск, 2007; или годом позже изданное там же, теми же авторами: Суверенная демократия: идеология — политика — право (теоретические аспекты).

обнадеживает ею читателя, склонного к объективному исследованию, так же, впрочем, как обнадеживает конституционной верой тех, кто в этом нуждается.

Но все решают акценты. А они расставлены так, что на тех же страницах автор объявляет обветшавшими «западные образцы и стандарты конституционализма двух-трехвековой давности», как бы романтизируя явление нового, для новой жизни предназначенного конституционализма — того, что отречется от старого мира, отряхнет его прах с наших ног. Так ли это, можно судить, наблюдая, с одной стороны, верность крепких конституционных режимов «ветхим» принципам и даже незначительным мелочам в своем политико-правовом обиходе, а с другой — судьбу тех народов, что после экспериментов на тему социализма, национал-социализма и проч. возвращаются, как блудные сыновья, не к отжившим, как выясняется, но внезапно ожившим демократическим основам, к незыблемым гражданским свободам и верховенству права.

Противоречие фактам делает уязвимым, но не всякий раз обещенивает сказанное слово, ибо его смысл определяет не одна лишь достоверность, но и, быть может, способность воодушевлять. Ведь Россия не может жить и развиваться, осознавая себя, по преимуществу, хранителем конституционной старины и, тем более, отстающим сателлитом в конституционном начинании, давно затеянном другими народами и впоследствии предложенном для посильного, второстепенного в нем соучастия. Иметь свою конституционную романтику, свои мифы в основании национального правопорядка важно, особенно многолюдным народам и крупным государствам, не способным примириться с откровенной зависимостью. Попытка их поддержать, даже преувеличивая самостоятельность своего конституционализма или его новизну, не повредит, если не впадет в крайности.

С той же целью нелишне объявить конституционализм общемировым достоянием, опуская, как несущественное, не совсем универсальный его характер и оставляя в стороне, например, традицию исламского права, возникшую столетиями раньше конституционализма и не вполне еще оттесненную. Ни одна страна тогда не будет выглядеть как первичный источник прогресса и цивилизации, и все народы, включая наш, займут условно равное положение участников общего тренда — конституционализма, присоединиться к которому для национальной самостоятельности не зазорно и не опасно. Это если не решает, конечно, то хотя бы снимает трудный вопрос зависимости отечественного конституционализма от оригинального (иностранный).

Но, настаивая на особенности современного конституционализма, легко решить, что исходные опоры, исторически обусловленные стандарты конституционного права не налагают на его последователей строгих ограничений. И автор готов «вместо прежних, двухвековой давности конституционных положений» о первенстве свободы в ее соотношении с государственной властью исходить из «активного участия государства в обеспечении прав граждан», причем вне приоритета «какой-либо из соответствующих ценностей» (с. 39 и далее). Любое явление жизни, однако, как органической, так и социальной, является на свет и складывается (по итогам филогенеза, сказал бы биолог) с известным набором исходных приоритетных, конструктивных качеств, обусловленных как предысторией, так и обстоятельствами развития, особенно раннего, когда образуются и впоследствии как бы застывают, подобно вулканической лаве, капитальные

формы и сущности, например, народной культуры или правовой системы, когда происходит импринтинг (впечатывание) архетипов (первообразов). Отказаться от них — значит отказаться от себя. Каким бы новым конституционализм ни казался, сохранить самое себя он может, лишь если его архетипы получают подтверждение в действительности. И потому, если общество взялось осваивать конституцию, а не что-нибудь иное, конституцией лишь поименованное, то самовольные вмешательства в ее основы обещают утрату именно тех преимуществ, ради которых конституциональное обновление предпринято. Конституция — не столько средство, которым пользуются себе во благо, сколько правовой образ жизни со сложившимися принципами и правилами, которыми живут, по большей части безотчетно, ради них самих⁸. Лишь тогда ее преимуществами, быть может, доведется попутно воспользоваться.

В освоении конституционализма заносчивость опасна не меньше, чем недостаток уверенной решимости. Современный конституционализм существует лишь потому, что имеет прошлое, следы и формы которого сохраняют свою силу, пока он продолжается и сопротивляется тому, что его ослабляет. Заметим, что социальная государственность, которую автор пробует органично поместить в пространство конституционализма, сложилась не столько в конституционном саморазвитии, сколько в столкновении с радикальным социализмом, и родилась как его умеренный вариант, который пытались и пытаются по необходимости примирить с исходными конституционными принципами. И попытки эти не нуждаются в оправдании, в их основании — гуманизм, человеческая солидарность, которых конституционализму изначально не хватало. Но, обусловленные разностью происхождения и базовых ценностей, объективные различия между конституционными принципами и социальной государственностью полезно учитывать как источник перманентного риска: предупрежден — значит вооружен. Полезно брать в расчет как слабые стороны конституционализма (в мире нет совершенства), нехватку его ресурсов, чтобы встретить те или иные вызовы, так и вероятность его перерождения, особенно в странах с недолгим конституционным прошлым, когда конституционные изъяны думают возместить отказом от его основ, выдавая инородные к нему добавления за должное, органически ему присущее. Вот и социальную государственность нельзя вполне свободно развивать без риска для конституционализма. Опыт первого социального государства в Германии показал, что при известных обстоятельствах от социализма в умеренных, совместимых с конституционализмом величинах оно способно непринужденно и внезапно сместиться, например, к национал-социализму, сметая даже такие выдающиеся творения, как Веймарская конституция 1919 года.

Соединение в одном исследовании разных подходов, вмешательство в него противоположных типов правопонимания—доктринально-ценностного и реалистического — придает изложению объем, позволяет подать изучаемую материю с разных сторон. Автору удастся представить судебный

⁸ «Ляг *justitia, pereat mundus* (пусть справедливость свершится, даже если гибнет мир)», — сказано в преувеличенной, но не бессмысленной решимости все отдать на службу высшей ценности и обесценить все, если нет справедливости. Такое чувство и убеждение к царству правды не приведет, зато даст основание правопорядку, с которым ожидание справедливости условно сопрягается. Не имея подобной опоры в обществе, конституция сохраняет мало шансов удержаться.

конституционализм и с позиции вовлеченного симпатизанта с изрядной, разумеется, долей его апологетики, и с точки зрения объективного наблюдателя. Это плодотворный, но трудный путь, где смешение научных жанров чревато противоречиями, свободными переходами от объективности к пристрастности, расхождениями между ожиданиями, которые поощряет сам автор, и тем, что он предлагает в итоге. Немногие могли разрешить или, скорее, обойти такие противоречия подобно, скажем, А.В. Полякову, который интегрировал изначально противоположные типы правопонимания в концепцию права, представленного как вид социальной коммуникации⁹.

Н.С. Бондарь не раз замечает, что конституцию нельзя сводить к ее форме, и, стало быть, понятие основного закона ее не исчерпывает. Это верно в натуралистическом правопонимании, где конституция предстает содержательной общностью правоположений, в которых форма, собирающая конституционные нормы в целостный основной закон, поставленный на вершину правовой системы, — не главное. С другой стороны, он пишет: «...юридическая сущность проявляется в природе и назначении конституции как писаного основного закона» с особыми юридическими свойствами (с. 34), чем и создает важный для российского конституционализма, конституционного правосудия акцент.

Но как быть с тем, что Великобритания, Новая Зеландия провели свою конституционную историю без основного закона, что единого основного закона нет в Израиле и что его присутствие до последнего времени было не очевидно в Канаде, Австрии, Швеции, Финляндии. В астрономическом времени большую часть своей истории конституция проделала, не имея формы основного закона. Она принимала форму дарованных (иногда даже владельческих, как в Пенсильвании) хартий, квазисоглашений, серии связанных или разобщенных законов, сложных сочетаний статутного, прецедентного и обычного права, и лишь впоследствии облеклась, по большей части, но все еще не повсеместно, в основной закон. Это несущественные частности? Или конституционная история не сама жизнь конституции, а лишь приготовление к тому, чтобы конституция предъявила себя в завершенном виде именно на наш суд и на наше усмотрение? Разве отсутствие явно выраженного основного закона в ряде стран, относящихся к бастионам конституционализма, — эксцесс и частная мутация? Едва ли, потому что конституция — это политико-правовой образ жизни, протекающей в разном оформлении (хотя всегда в каком-либо оформлении, конечно) и под разными титулами. И в таком понимании конституции с автором легко согласиться. Иначе, если судить о ней лишь по наличию основного закона и словесным обозначениям, то в конституционные государства нужно будет записать, например, абсолютную монархию в Саудовской Аравии или ОАЭ, Исламскую Республику Иран или КНР, а Великобритании с Новой Зеландией в конституционализме отказать. И в Российской Империи XIX века тогда обнаружится конституция, поскольку еще до Манифеста 17 октября 1905 года ее основные законы были учреждены. И конституционализм тех славянских народов, что на разных участках своей истории слову «конституция» предпочитали семантически равнозначные «установление» или «устав», нужно то ли безосновательно подтверждать по признаку присутствия «устава» в их юридической лексике, то ли формально отрицать, например, сербскую конституционную юстицию,

9 См.: Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004.

потому что ее отправлением занят суд, именуемый уставным, а не конституционным.

Формы и термины важны, но полным доверием дарить их не стоит — формально-словесные сходства или расхождения вводят подчас в заблуждение. Важно, чтобы суждения, получаемые от операций с оформленными в слова понятиями и категориями, проходили проверку объективными фактами. Тогда исследование, осложненное сочетанием методов правопонимания, лучше справится с противоречиями. Тут не лишне, быть может, вспомнить Г. Еллинека, который резко разделил свое «Общее учение о государстве» на формально-юридическую и социологическую части. Его, не лишенное риска, композиционное решение обеспечило последовательность, не мешая емкости и разносторонности исследования.

Автор рецензируемой книги не избежал ряда издержек, вероятно, вследствие неполной сверки убеждений с фактами действительности и самой природой конституционализма. Так, вера автора в государство выразительна и крепка, и в становлении конституционализма, утверждении прав и свобод человека, в решении социальных задач он полагается на государство, на его волю, будто оно — живой субъект, действительно способный желать, мыслить, ставить цели и действовать само по себе. Но даже сторонники объективной социологии, например Э. Дюрк-гейм, придавая значение не столько личности и ее психике, сколько социальным институтам, сошлись на том, что единственным активным деятелем в обществе остается человек, а институты являют собой «организм в своем роде» — *sui generis*, то есть условность или отношение, но недействующую фигуру. Как условная правосубъектная единица государство в отечественном правовом порядке и политическом устройстве, разумеется, присутствует, оставаясь его необходимой частью¹⁰. Но важно видеть за его

¹⁰ Строго говоря, государство, если видеть разницу между ним самим и его народом, главой, правительством, парламентом и прочими институтами власти, нельзя считать общим для всех правосубъектным образованием. Не всегда и не везде именно оно выступает исходным субъектом верховной власти. Его могут числить и объектом правоотношений, установлением, пространством, на которое имеют право собственно субъекты — нация, владетельный монарх, сообщества (полицы, кланы), божества и т.д. Вместо субъекта оно бывало и отчасти все еще мыслится как состояние, если судить по англоязычным *state* и *commonwealth*, немецкому *Staat*, французскому *Etat*, итальянскому *Stato*, испанскому *Estado*. Бывало оно и принадлежностью государя — государство, королевство, султанат, раджастан.

Не все правовые культуры уверенно полагаются на государство как на правосубъектную персону. Так, мусульмане, особенно арабы, суверенную национальную государственность не развивали, а, скорее, приобщились к ее идее, отчасти вынужденно, в столкновении с государствами западного мира, «содействовавшими» образованию и обособлению в мусульманском мире подопечных им политических единиц вопреки правоверному единству. По сию пору мусульманская традиция отказывает государству, например, в суверенитете и в праве творить закон, оставляя их за Аллахом.

Профессор Шерилл Сондерс (преподаватель сравнительного конституционного права в Австралии, участница международного сообщества ученых-конституционалистов) одному из нас, сочинивших эту рецензию, говорила о том, как в аудиториях юристов континентальной Европы, в отличие от англосаксонских коллег, звучит вопрос или недоумение в том смысле, что она упускает государство среди субъектов конституционного права. Но права, обязанности, полномочия, прерогативы англосаксы связывают преимущественно с конкретными персонами — правительством, короной, парламентом, президентом, народом, частным или должностным лицом и проч. В их литературе по конституционному праву о государстве сообщается не много, если сколько-нибудь, а в правовой культуре правосубъектный образ государства не развит.

образом действующих людей и доступные ресурсы, понимая их заведомую ограниченность и не пленяясь государственным могуществом. Иное обещает разочарования и развитие безверия, ибо их рождает лишь доверчивое очарование, в том числе образом государства. А это совсем не безвредно для конституционализма, который невозможен без доверия к нему. Более того, в его контексте завышение ожиданий, обращаемых к государству, особенно противоречиво, учитывая, что в конституционном измерении, если, конечно, оставаться именно в нем, личность свободна от государственного попечения, насколько это возможно, а носители власти поставлены под подозрение граждан и всем правит закон. Не напрасно сам автор обращается к «дихотомии Тита Ливия», где «правление закона противопоставлено правлению человека» (с. 109).

Но не только эта вера вводит автора в неточности. Говоря об отражаемых в Основном Законе социальных ценностях, автор находит их получающими не только «общее признание», что явно преувеличено, но и «общеобязательное значение (выделено нами) представлениями людей о добре и справедливости, о целях и нормах своего поведения...»(с. 42 и далее), а это формально и содержательно противоречит конституционным положениям о плюрализме, правах и свободах личности. Вдохновляясь демократическим конституционализмом и вдохновляя им читателя, автор неосторожно приписывает ему «высокий удельный вес нравственных начал в нормативно-регулятивной системе общества и государства» (с. 25). Едва ли, однако, автор причислит к добродетелям известные в конституционных обществах обожание денег и стяжательство как, само-достаточную жизненную цель, формально правильную, свободную от морали экономическую и политическую конкуренцию или свободное стремление к личному успеху с индивидуализмом, взятым за принцип, при дефиците солидарности. Они нравственно сомнительны не только во многих этических системах, но и в конституционно обустроенных обществах встречают возражения. В рассуждениях о сущности конституции автор сам признает противоречия нормой конституционного бытия. Но протекает ли их разрешение непременно от доброго сердца и по чистой совести?

Опираясь на сущностные начала конституционализма, автор верно обособляет его от социалистической государственности, во всяком случае, не вводит в его контекст советские конституции, даже когда вступает в область конституционной истории. Действительно, социалистическая конституция («конституция нового типа», как ее величали когда-то) — не конституция в собственном смысле, ибо социализм не признает права человека, особенно частную собственность, естественными и неотчуждаемыми, по-ленински порицает парламентаризм как «говорильню», отрицает многопартийность и разделение властей ради единства советов, вводит свою социалистическую (пролетарскую, революционную) законность взамен конституционному верховенству права. В общем, безотносительно к их оценкам остается явным тот факт, что при множестве внешних сходств конституция и социалистическая конституция — различны по сути.

И в этом смысле непоследовательным представляется движение автора по стезям лассальянства в развитие идей о сущности конституции как «соотношения социальных сил». Припомним, что социалистические интерпретации конституционализма в XIX—XX веках явились в классовой борьбе, относительно которой «соотношение сил» и обсуждалось. С этой отправной точки конституцию и представили как итог или форму политического, классового конфликта, где соотношение борющихся сил

действительно все определяет. Но если автор держится конституционных ценностей и принципов, то стоит ли следовать логике Ф. Лассалья и его революционного последователя В.И. Ленина, подчиненной целям социального переворота со свержением конституционализма?

В сущности своей по функциональному назначению, по ожидаемым и получаемым результатам конституция резюмирует, продолжает и поддерживает социальный мир, а не классовую борьбу. Она направляет конфликты в русло правовых процедур и форм, прав и обязанностей, так что даже ведение социальных «войн», в общем неизбежных, в конституционных условиях обставлено правилами, ограничениями масштабов и допустимых «военных» средств. Любой мир обусловлен тем, что ему предшествует, мешает или нарушает его, то есть борьбой и непримиримостью. Но и войну, ее течение или исход предопределяет мир, во многом предваряющий собой военные столкновения. Основание ли это определять сущность антиподов друг через друга?

И, далее, разве методологически оправданно в юридической догматике или в социологии продолжение марксистской логики в части противопоставления фактической конституции и конституции юридической? Ведь и оно возникло в контексте классового противостояния, причем с дискредитирующим выводом о фиктивности конституции, естественным и неизбежным, если суть конституции видеть в соотношении сил, которое, меняясь, непременно вызывает расхождение фактической и юридической конституции, то есть ее несостоятельность. Не сказать, что авторские рассуждения в этой плоскости мешают получить исследовательский результат. Но оттенок путаницы они вносят, не искупив его видимой пользой.

Рассуждая по-медицински, заметим, что автор исследования выполнял как диагностические, так и рецептурные задачи, которые связаны, но разнятся и даже могут друг другу противоречить. В лечении даже фатальный диагноз — не приговор, при том что ценность его в объективной достоверности, а источник — собранное и осмысленное знание, где самочувствие и самопонимание страдающего (анамнез) решают не все. Оптимистический прогноз и лечебный рецепт, напротив, состраданием обусловлены. То и другое необходимо, чтобы в итоге состоялось осведомленное и решительное заключение при соблюдении, в любом случае, принципа «не навреди!». В тонкой сфере российского конституционализма важны как спокойное знание, так и вдохновенная решимость, и одинаково непозволительно дать сомнениям себя остановить, а воодушевленным фантазиям — возобладать над фактами.

Представленная работа создана с попыткой постичь, представить судебный конституционализм в балансе различных научных приемов, в чем-то небезупречном, но осмысленном. Баланс — хрупкое состояние, возможное лишь в движении и в усилии. В познавательном усилии движение совершают не один лишь сочинитель ученого текста, но и читатель. Н.С. Бондарь выполнил свою часть работы, а мы рекомендуем монографию читателю, который в согласии с автором и в споре с ним найдет в книге пищу для мысли, обновит свое знакомство с конституционализмом.

