

*А.В. ХОВАНСКАЯ,
Д.В. ГОНЧАРОВ*

Аверсия: опыт российского конституционного правосудия

Статья посвящена процессам конституционного строительства в современной России. В фокусе исследования – механизмы воспроизводства феноменов конституционализма, базирующиеся на двух конституционных моделях: аверсивной и аспиративной. Ставится под сомнение эффективность российской аверсивной модели конституционного строительства, равно как и действенность стремительных судебных реформ.

Ключевые слова: аверсия, конституционные модели, конституционное правосудие, конституционализм, судебная политика, реинтерпретация прав.

Constitutional process of modern Russia is in the focus of the article. The authors concentrate on the mechanisms of legal institutions based on two models of constitutionalism: aversive and aspirational. The authors criticize constitutional process and politics shaped under the Russian aversive constitutionalism.

Keywords: constitutional models, aversive constitutionalism, constitutional review, judicial politics, reinterpretation of constitutional rights.

Протестные движения и эрозия поддержки власти в России развиваются по известному в истории сценарию. Недовольство провоцируется конкретным кругом вопросов: коррупцией, несменяемостью политического руководства, недемократичным характером избрания парламента, дефицитом политических свобод и контролем над средствами массовой информации. Этот круг политических раздражителей становится камнем преткновения, поскольку, с одной стороны, он глубоко персонифицирован, а с другой – в обществе нарастает убеждение в нелегитимности власти¹. Поэтому логично, что все больше недовольства вызывают институты, созданные с целью охраны конституционных прав: Конституционный суд (КС), институт омбудсмана по правам человека, Общественная палата и проч. Почему они так и не стали инструментом обеспечения прав, институтами, обладающими правом вето? Почему их присутствие едва заметно в пространстве российской политики?

В целом можно согласиться с В. Меркель и А. Круассан в том, что “режимы поддерживают общественный запрос на минимальный набор прав и их перераспределение, только если эти процедуры обеспечивают долговечность и стабильность самих режимов” [Меркель, Круассан, 2002, с. 9–10]. Например, несмотря на формальное

¹ Так, Б. Миронов отмечает сходство общественных настроений и развития России в пореформенный 1861–1917 гг. и постсоветский период 1985–2000 гг. [Миронов, 2012, с. 15].

Хованская Анна Валерьевна – кандидат политических наук, заведующая кафедрой государственно-правовых дисциплин Института правоведения и предпринимательства (Санкт-Петербург).

Гончаров Дмитрий Владимирович – доктор политических наук, профессор Национального исследовательского университета – Высшей школы экономики.

присутствие конституционных судов в разных вариантах гибридных режимов² (таких как ЮАР, Венгрия, Россия, Молдавия и проч.), институционализация личных, гражданских, политических и прочих прав проходит очень сложно. Не в последнюю очередь, помимо влияния неформальных практик и отсутствия развитого гражданского общества, этому способствует противоречивый дизайн самих конституционных органов, ограниченных жесткими дискрециями. В этом случае функциональная трактовка, утверждающая нормативное верховенство конституции и прав человека, требует уточнения, поскольку никак не объясняет цели режима и обширные отступления в реинтерпретации и перераспределении конституционных прав³.

Институциональная теория увязывает эффективность институтов с их способностью создавать новеллы и воспроизводить общественные феномены. Общие требования к эффективности механизмов, способствующих воспроизводству образцов и правил конституционализма, в континентальном конституционном правосудии действуют с оглядкой на искусственную природу института, к тому же маркированного монополией на конституционный пересмотр. Все это оставляет вопрос об эффективности института открытым. Во-первых, дизайн КС (или иного органа) напрямую зависит от того, было ли конституционное правосудие создано в результате парламентских переговоров и компромиссов, военного переворота, гражданского возмущения, реформ или революции и т.п. Во-вторых, институциональная обособленность делает конституционное правосудие весьма зависимым от его способности к трансформации за счет косвенных влияний.

Данные вопросы важны для понимания российского конституционного строительства вообще и конституционного правосудия в частности. Зародившийся в недрах конституционного надзора СССР на подъеме конституционализации 1985–1993 гг. [Медушевский, 2006], институт конституционного правосудия России впитал позднесоветские нормы и образцы формирования власти. Дальнейшие трансформации определились конфликтом 1992–1993 гг., а его эффективность складывалась на фоне адаптации к правилам гибридного режима. В предлагаемой статье мы сфокусировали интерес на существующих возможностях института конституционного правосудия, связанных с реинтерпретацией прав и полномочий акторов, действующих в условиях гибридного режима.

Конституционная аверсия как нормативный ограничитель

Изучая фазы политического развития России – разрушения первоначального порядка, его отрицания и восстановления, – А. Медушевский замечает, что тексты “самих конституций показывают, от чего они отказывались и к чему стремились в момент их создания” [Медушевский, 2006, с. 52]. Конституционный перечень “отказов” и “целей”, таким образом, становится решающим в каждой фазе политического развития. Последнее особенно отчетливо проявляется при толковании текстов конституций высшими национальными судами.

Исследование данного вопроса в силу известной консервативности российской правовой школы протекает, преимущественно, в нормативно-историческом либо философско-конституционном русле (см. [Конституция... 2011; Зорькин, 2007]). Поэтому интересными показались работы зарубежных авторов, обратившихся к проблемам конституционных “образов” и “тем” и связанной с ними публичной политикой. На-

² В литературе существуют и иные обозначения политических режимов данного типа, например, “дефектные демократии” (см. [Меркель, Круассан, 2002; Collier, Levitsky, 1997; Levitsky, Way, 2002; 2010 и др.]).

³ Например, ссылаясь на опыт успешных демократий, А. Стоун-Свит замечает, что организационная логика дает преимущество конституционным судам в разрешении особых институциональных проблем – того, как конкретная полиция гарантирует нормативное верховенство конституции и положения о правах человека “без того, чтобы наделять обычное судейство полномочиями конституционного надзора” [Stone-Sweet, 2002, p. 70].

пример, К. Шеппели замечает, что использование отрицания или утверждения, негативных или положительных образов становится системообразующим в национальном строительстве [Scheppelle, 2003]. По этому основанию она выделяет конституционализм “аспиративный” – положительный, содержащий рациональные цели и версии желаемого политического устройства, и “аверсивный” – отрицательный, уклоняющийся. Выбор той или иной модели способен полностью изменить направление дальнейшего конституционного строительства.

Аспиративная модель (рациональная, положительная) является соглашением об устремлениях, целях и задачах, описанных в общих терминах, характере институтов управления. “Она может выражаться в заимствованных конституционных положениях – взятых целиком, тщательно перенесенных, иногда – через трансформацию смыслов, через неточный перевод, простое непонимание и даже искажение – через перечень всего, к чему новая конституция может стремиться”. В аверсивной модели, напротив, “применяется знание о строительстве нации путем отрицания частной конституционной вероятности”, когда конституционно (то есть позитивно) отрицается то, что должно быть отвергнуто самым решительным образом. В отличие от аспирации аверсия обращена назад, к негативному прошлому страны. “Институциональное формирование выглядит весьма туманным; творцы основного закона имеют слабое представление о средствах, путях и целях национального строительства; из текста конституции явствуется только ясное представление только о том, что они хотели бы избежать” [Scheppelle, 2003, p. 307, 308, 311].

Аверсии, как правило, присутствуют уже в преамбулах конституций, которые содержат основной перечень болезненных проблем (маркеров). Например, преамбула послевоенного Основного закона Германии передает новым институтам сигналы об окончательно отвергнутом нацистском прошлом и федерализме как осознании причины провала Веймарской республики. Аверсивная реакция на прошлый институциональный порядок оказалась ключевой в конституционном процессе Польши. Аверсия предшествующей конституционной модели – центральная идея преамбулы новой конституции ЮАР⁴.

Аверсивный конституционализм известен и “модельными” конституционными традициями. Например, национальное строительство США начиналось с негативной модели. Декларация независимости 1776 г. и статьи Конфедерации 1781 г. – это конституционные отрицания. В первом случае права человека и гражданина, а также позитивная модель управления (“Правительства... получают свои полномочия исключительно с согласия управляемых”) выстраиваются на почве сепарации американских колоний; во втором – на почве отрицания института короля и связанной с ней модели сильной исполнительной власти. До положительной (аспиративной) модели, заимствованной из британской конституционной структуры, американцы дозрели только в Конституции 1787 г.

Тем не менее конституционное право страны – в ряде громких судебных дел второй половины XX в. по гражданским правам, полномочиям правительства – продолжало формироваться, привлекая аверсию. Например, во времена “холодной войны”, объясняя ограниченное применение Первой поправки, Верховный суд США соглашался с усилением исполнительной власти и ограничением процессуальных прав⁵. В интерпретации Четвертой и Пятой поправок судьи ссылались на негативный опыт СССР и нацистской Германии, на “сложные геополитические факторы”, “особые обстоятельства дела” (например, *Dennis vs United States*, 341 U.S. 494 (1951)). Пример СССР формировал мнение судей по делам о добровольном признании по-

⁴ Она начинается следующими словами: “Мы, народ Южной Африки, признаем всю несправедливость нашего прошлого, почитаем тех, кто пострадал за справедливость и свободу нашей земли...” (<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>; <http://worldconstitutions.ru>).

⁵ Дела по оспариванию расширяющихся полномочий президента регулярно проигрывались в судах. Исключение – дело *Youngstown Sheet & Tube Co. vs Sawyer*, 343 U.S. 579 635 (1952), в котором, однако, суд уклонился от критики действий президента, относящихся к внешней, “чистой политике”.

сле тридцатидвухчасового допроса подозреваемого, о приветствии государственно-го флага (*West Virginia State Board of Education vs Barnette*, 319 U.S. 624 (1943)), об электронном прослушивании (*Berger vs New York*, 388 U.S. 41, 67–68 (1967) (Justice Douglas, concurring)), об обыске пассажиров (*Florida vs Bostick*, 501 U.S. 443 (1991) (Justice Marshall, dissenting)), о праве обвиняемого против дачи невыгодных для себя показаний (*Escobedo vs Illinois*, 378 U.S. 478 (1964)), о принудительном помещении в психиатрическую лечебницу (*Allen vs Illinois*, 478 U.S. 364 (1986)) и т.п. Проправительственное конституционное толкование использовалось в ответ на попытки ограничить полномочия президента во внутренней и внешней политике (*Ashcraft vs Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944)). Например, М. Дудзак отмечает: отказы рассматривать запросы о прекращении войны во Вьетнаме Верховный суд мотивировал либо тем, что заявители не являлись надлежащей стороной, либо вообще проваливал эти обращения, объявляя войну “политическим вопросом”, в разрешении которых суд не компетентен. Он также свидетельствует, что аналогичный конституционный ответ возникает на современную войну с терроризмом, когда президент создает теневое правительство на непредвиденный случай (правительство, не имеющее законодательной или судебной ветви); выделяются военные ресурсы на разнообразные конфликты за пределами США; депортируются иностранцы, подозреваемые в преступлении, без обычных гарантий уголовного процесса; объявляются конституционными попытки новых надзорных структур усиливать контроль над проживающими в США иностранцами [Dudziak, 2000, p. 87, 116].

Гипотеза об аверсивном характере российской Конституции

Наше предположение заключается в том, что российская Конституция как основной хранитель символов, образов общественного устройства относится к аверсивному типу. Аверсия и как правовой, и как мотивационный механизм формирует конституционное пространство России, в котором центральной темой взаимодействия государства и общества становится уже упоминавшееся недопущение “частной конституционной вероятности”. Такая модель препятствует институционализации прав человека и субъектов Федерации, блокирует спрос на них, противопоставляется механизму сдержек и противовесов, а также обособлению зон конституционных интересов ветвей власти.

Исследование феномена аверсии в случае с конституционным правосудием позволяет сосредоточиться на одном из конституционных механизмов, создающем прецеденты легитимности отношений непосредственно из текста конституции. Мы полагаем, что в силу негативной (аверсивной) конституционной конструкции – при одновременном отсутствии сильных косвенных влияний (например, положительных образов)⁶ конституционное правосудие не может функционировать как канал воспроизводства прав; этому не способствуют и либеральные “темы” конституции. Аверсивная гипотеза объясняет многие проблемы воспроизводства модели “разделения и сдерживания” институтов власти, существующие охранительные тенденции в решениях конституционных судов, “каскадное” ограничение конституционных прав и угасание “либерального” в либеральных институтах, переживаемое гибридными режимами.

Тема реинтерпретации и перераспределения конституционных прав так или иначе уже затрагивалась в работах, посвященных влиянию конституционных концептов на судебные решения, заимствованию “сильных образов” в решениях высших судов

⁶ “Сильный положительный образ” – понятие, используемое в теории институтов (см. [Сазонов, 2010]). Речь идет о категории понятий с неопределенным объемом; не являясь строго юридическим, на практике они используются для усиления аргументации (например, “демократия”). Тем не менее присутствие тех или иных образов в официальных документах позволяет обществу “транскрибировать” формируемую публичную политику. Так, в решениях КС термин “демократия” за 1995 – 2011 гг. упоминается только восемь раз (из них пять упоминаний – их особые мнения судей КС), в то время как “государство” присутствует более чем в 600 решений.

[Scheppele, 2003]. Она перекликается с проблемой теории и практики конституционализма и теорией конституционных циклов [Бондарь, 2011; Шлезингер, 1992; Медушевский, 2006⁷] и с изучением правосудия как специфического института в структуре общества [Арановский, Князев, 2011; Петрухин, Батуров, Морщакова, 1979; Морщакова, 2001; Baum, 1983; Shapiro, 1981; Gates, 1991], а также с работами, фокусирующимися на межинституциональном взаимодействии [Конституция... 2011; Божьев, 2000; Гончаров, 2007; Жилин, 1999; Clayton, 1999; Owens, 2010]; роли судов как трансляторов норм поведения [Кузнеченкова, 2011; Кряжков, Кряжкова, 2005; Canon, Johnson, 1999; Reedy, 1982]; взаимодействии с предметом конституционного правосудия [Кравец, 2003; Mishler, Sheehan, 1993]; измерении судебной политики [Вильдхабер, 2007; Bailey, 2007; Baum, 1988; Cook, 1993; Grofman, Brazill, 2002] и др.

Демократии, конституционные суды и принятие решений

Формально конституционная юрисдикция присутствует внутри не только гибридных, но и откровенно авторитарных режимов (Белоруссия, Иран, Казахстан, Таджикистан, Уганда, Узбекистан и др.), хотя долгое время существовало убеждение, что конституционные суды способны работать только в условиях развитой демократии. Например, еще в 1942 г. их “отец-основатель” Г. Кельзен предупреждал, что даже полуфашистский режим ограничивает демократический контроль конституционности законодательства и является для него крайне вредным [Schmitz, 2003]. В начале 90-х гг. XX в. создание конституционного надзора становилось определяющим для отнесения той или иной страны к разряду демократизирующихся ([Schwarzer, 1994; Paleev, 1994; Juviler, 1995] и др.). Однако опыт стран Африки, Латинской Америки и Восточной Европы поставил под сомнение ранее незыблемую догму о необходимости демократического контекста. Ряд авторов [Ginsburg, 2003; Moustafa, Ginsburg, 2008; Trochev, 2008] описывают существование конституционного правосудия в условиях недемократических режимов⁸.

Такое парадоксальное сочетание конституционного правосудия и проблемных демократий, электоральных автократий и открыто авторитарных режимов политической теория склонна объяснять логикой отношений и ожиданий, возникающих при делегировании полномочий от парламента Конституционному суду. Складывающаяся модель создает отношения “агента”(суда) и “принципала” (парламента)⁹, в которой выгоды, получаемые принципалом, значительно выше издержек, возникающих вследствие использования агентом предоставленных ему дискреций. Реинтерпретируя право, конституционные суды, подобно судам общей юрисдикции, укрепляют легитимность режимов, а потому последние их “терпят” (см. [Carrigan, Coglianese, 2011]). Развивая тему – в рамках общей дискуссии о связи между эффективностью государства и проблемами его ограничения, – общественные науки вообще поставили под сомнение идею о “хороших”¹⁰ и “плохих”¹¹ институтах. “Составляющие институционального дизайна очень сильно варьируются в группах стран с очень сходной эффективностью... Формальные институты могут не функционировать (или очень своеобразно функционировать) в развивающихся странах” [Ахременко, 2012, с. 113]¹².

⁷ Медушевский анализирует переход от одного порядка-фазы к другому через кризис существующей конституционной системы.

⁸ А. Трошев даже делает, хотя и небесспорный, вывод о некотором институциональном усилении конституционных судов [Trochev, 2008, p. 213].

⁹ Термины “агент” и “принципал” экономической и политической теориями заимствованы у права. В любом случае речь идет о соотношении власти (экономической или политической) и контроля. Проблематика теории “агента-принципала” выстроена вокруг преодоления конфликта интересов этих субъектов.

¹⁰ Например, конституционное правосудие или суд присяжных и т.п.

¹¹ Например, взятка, “стукачество” или секретные службы и т.п.

¹² Далее в статье говорится, что «проблема выбора адекватных писанных правил не отменяется и в случае со способностью государства имплементировать “бумажные” правила в реальность; однако уже не допускается жесткая привязка эффективности государства к определенному набору институтов» [Ахременко, 2012, с. 114].

Как следствие, конституционное правосудие перестало не только ассоциироваться с демократизирующимися режимами, но вообще восприниматься встроенным в общественно-политический тренд.

Изучение причин несостоявшегося усложнения политической практики в России, которая нуждалась бы в мощном конституционном правосудии и децентрализованных процедурах, находится за пределами данного исследования. Но очевидно, что собственно конституции не могут непосредственно влиять на появление новых или воспроизводство привычных, традиционных норм поведения людей. Прежде всего потому, что конституционному соглашению как незавершенному контракту всегда присуща нормативная неопределенность. «В момент его “заключения” не может быть ни четких представлений о природе сделанных обязательств, ни о предмете договора. По этой причине конституции генерируются широким форматированием отношений сторон по перечню “целей и задач”¹³. Относительно четко фиксируются только внешние ограничения приемлемого поведения и установления в будущем процедур для “укомплектования” контракта, чаще всего в конституционных (органических) законах» [Sheppele, 2003, p. 311]. Именно здесь кроются возможности для широкого толкования причин и оснований соглашения, имеющего разную прагматику в разных политических контекстах.

Поэтому, оказываясь в прямой зависимости от контекста “общественного договора”, реинтерпретация прав судами оказывается в опции допустимого (типового) и оптимального (оригинального) решения. С точки зрения теории, такой выбор стоит перед любой системой. И выбор, который делают в результате суды, также зависит не только от их свободы усмотрения в смысле нормативной возможности, но и от наличия образцов и “цены”, которую придется заплатить за нарушение ограничения. Практически это означает, что, помимо сведений из органических законов, варианты толкования текста конституции ограничены знанием о сопутствующих обстоятельствах, которые в целом можно назвать уровнем потребности в социальной и конституционной новации. К последней А. Стоун-Свит относит “прецедентный конституционный элемент” внутри законодательства, потребность в “конституционализации первого порядка” – конституционном надзоре и включение “конституционной составляющей” в деятельность всех ветвей власти¹⁴, потребность в децентрализованных процедурах “для обнаружения нарушений конституции, ослабления кодексов и их реинтерпретации обычными судами” [Stone-Sweet, 2002, p. 74]¹⁵.

При ограниченности вариантов поведения – в силу отсутствия спроса на “конституционализацию” институтов государства – конституционные суды вынуждены наращивать допустимые, типовые решения. В контексте привычных “социальных феноменов и процессов с собственными механизмами воспроизводства” [Сазонов] в ведении конституционных органов остается единственная обязанность сообщать об “отклоняющихся от традиции образцах”, на которые и указывает конституционная аверсия. Однако – и здесь кроется одна из причин трансформации института конституционного правосудия в отрицающий механизм государства – в этом случае возни-

¹³ Например, задачей конституционного соглашения РФ является строительство “демократического правового федеративного государства с республиканской формой правления” (ст. 1 Конституции РФ), в котором “человек, его права и свободы являются высшей ценностью” (ст. 2). Однако очевидно, что туманная природа сделанных обязательств не может буквально обязывать имплементирующие их институты.

¹⁴ Не имеет значения, в каких терминах описывается такое включение: идет ли речь о прямом влиянии – ветировании законопроектов или отдельных норм; либо о самоограничении парламента, ищущего компромиссы; о начале корректирующего процесса, когда парламентское большинство озабочено выработкой нового, конституционного текста; потребности во внутрипарламентских переговорах или проблеме выбора поведения, возникшего у парламентского большинства, или оппозиции в связи с блокированием конституционными судами биллей или действующих статуты.

¹⁵ Стоун-Свит далее замечает, что речь идет о взаимодействии обычных судов с конституционными, которое описывается уже не в терминах компромиссов, но в силу очевидной потребности в прецеденте [Stone-Sweet, 2002, p. 74].

кает принципиальная несовместимость аверсии как негативного опыта и смысла любого института как способа “оестествления” новации.

Российский кейс: конституционные траектории

Характер Конституции РФ был предопределен поведением участников острого политического конфликта 1993 г.: парламента, президента, правительства, армии. Ее конструкция подчиняет новые демократические ценности аверсивным целям и ожиданиям: уже в тексте Преамбулы содержится негативный образ – страх государственной дезинтеграции, отрицание предшествующего опыта сепаратизма¹⁶. Он перекликается с мотивами возрождения утраченного “исторического сложившегося единства”: “соединенные общей судьбой на своей земле, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие, сохраняя исторически сложившееся государственное единство... возрождая суверенную государственность России и утверждая незыблемость ее демократической основы”. Страх перед дезинтеграцией отражается в ст. 3, 5, 10, 11 Конституции: аверсия задает тон конституционному строительству ради сохранения территории и исторически сложившегося государственного единства – “суверена”. На фоне глубоких изменений в организации власти подчеркивается континуитет по отношению к прошлому в смысле “объединительной миссии” высшей власти – раньше эту роль выполняла партия, традиционно соглашавшаяся с тем, что “суверен” представляет собой объединяющее начало государств [Ганино, Ковлер, 1999]¹⁷.

Основы конституционного строя, составляющие “суперконституцию”, ввиду их превалирования над остальными положениями, действительно, образуют “позитивный” список целей. Однако в “положительном” российском конституционном дискурсе нет отсылок к процессам конституционного строительства, таким как наличие, ценность и гарантии прав оппозиции, из чего следовало бы понимание действий в терминах целей и задач. Если “страна желает показать, что она высоко ценит свободу и намерена создавать возможности для всех, спокойную последовательную смену лидеров, поощряет присутствие законной оппозиции и обеспечивает основу несогласия в политической жизни, то она обычно включает такие свойства конституционализма непосредственно в текст” [Scheppele, 2003, p. 211]. Иначе говоря, в самом формате российского конституционализма не заложена положительная концепция общественного договора как процедуры возобновления правил, по которым управляется общество.

Как отмечает М. Ганино, форма правления в Конституции РФ “не сопоставляется с обычными классическими” [Ганино, Ковлер, 1999, с. 8]. Это касается ее организационной стороны, в частности отношений президент–правительство–парламент. В юридических терминах в Конституции РФ нет отсылок к приемам, включающим подготовку проектов законов и толкования их теми или иными акторами. В тексте вообще нет упоминаний о политических партиях, кроме некоторого отступления о “политическом многообразии” и “многопартийности” в ст. 13. Отсутствие упоминания о структурировании партийной системы ставит вопрос об отдельных способах достижения конституционных целей, об инструментах связи, о канализации отношений между властью и гражданами¹⁸.

¹⁶ Ср. с Преамбулой Конституции СССР 1978 г.: “...Советский народ, руководствуясь идеями научного коммунизма и соблюдая верность своим революционным традициям... сохраняя преемственность идей и принципов первой советской Конституции 1918 года, Конституции СССР 1924 года и Конституции СССР 1936 года, закрепляет основы общественного строя и политики СССР...”.

¹⁷ Особенно ярко это прослеживается на примере ст. 82 Конституции РФ, п. 2 текста присяги Президента РФ: “Клянусь при осуществлении полномочий Президента Российской Федерации уважать и охранять права и свободы человека и гражданина, соблюдать и защищать Конституцию Российской Федерации, защищать суверенитет и независимость, безопасность и целостность государства, верно служить народу”.

¹⁸ Хотя на фоне аверсивной Преамбулы сохранение “исторического единства” через партийное строительство выглядело бы нелогично.

Напротив, конституционный дизайн для достижения “исторически сложившегося государственного единства” выстроен в “президентской функции”. Конституция РФ была одобрена всенародным голосованием в исключительной ситуации – голосование проводилось по тексту, принятому на основе “директив” победителя в политической схватке, которая потребовала реструктуризации одного из полюсов конфликта – парламента¹⁹. Таким образом, по версии нынешней Конституции, политическое развитие и роль президента не могут строиться на системе сдержек и противовесов. Исключается “дуализм властей” в силу доминирования главы государства (ст. 78, 80–93 и др.). При этом создается позиция, легитимирующая расширительные толкования ограничений основных прав и свобод человека и гражданина. Конституция РФ вкупе с “антипарламентской” установкой создает мощное институциональное напряжение, неоднозначно разрешаемое КС РФ²⁰.

Конечно, конституционная аверсия, реализуемая КС, создавалась в России на фоне традиционного для континентализма недоверия к судам: его основные законы регулярно отказывали в праве конституционного вето судам общей юрисдикции. Замышлявшееся в качестве централизованной функции власти, конституционное правосудие РФ также строилось как отчетливо бюрократическое. К началу своей деятельности институт был очевидно увязан с позднесоветскими нормами воспроизводства власти (подробнее см. [Trochev, 2008]): предшественником КС был Комитет конституционного надзора в СССР (1989–1991 гг.), позднее трансформировавшийся в Конституционный суд РСФСР (1991–1993 гг.). И хотя после августа 1991 г. были расширены полномочия обычных судов, конституционное правосудие было оставлено за рамками общей юрисдикции. Таким образом, конституционная реинтерпретация прав была заключена в границы специализированного органа с предоставленным правом конституционного вето.

Институт конституционного правосудия прошел через несколько фаз формирования: политического подъема (1987–1993 гг.), утверждения (1993–2000 гг.) и последующей трансформации (началась в 2000 г.)²¹. С 1993 по 2010 г. этот институт пережил, по крайней мере, четыре реформы²². При этом, не обладая нужным запасом прочности, обычно возникающей у судов подобного уровня в результате парламентских переговоров и соответствующей общественной поддержки, всякая последующая фаза общественного и конституционного строительства приводила к наращиванию ограничителей. И центральной темой конституционных реинтерпретаций оставалась тема “государственного единства” – страха перед ослаблением центральной власти, нежелательности центробежных тенденций, сакральности фигуры “правителя”. Общие тенденции реализовывались на фоне естественного уменьшения запроса на новации и конституционный прецедент – судами общей юрисдикции, парламентом, президентом.

Дальнейшее изучение темы реконституционализации прав лежит в плоскости детального количественного анализа. Но уже сейчас можно составить некоторое

¹⁹ Для сравнения: А. Стоун-Свит делает обстоятельный анализ парламентских переговоров, приведших к принятию конституций Испании, Германии, Италии, Франции [Stone-Sweet, 2003]. В контексте теории агента-принципала он исследует делегированные парламентами полномочия конституционных судов.

²⁰ “Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства” (п. 3 ст. 55).

²¹ Медушевский определяет эти периоды как “фазы конституционализации, или практической реализации конституционных принципов и выяснения их конфликта с реальностью (начало политического разочарования), и, наконец, фазу реконституционализации – ограниченной демократии, а затем и перехода к авторитаризму” [Медушевский, 2006, с. 52].

²² В 1993 г. КС был лишен права пересмотра законов по собственной инициативе; с 2001 г. – неоднократно менялся порядок нахождения в должности судей КС, что позволило изменить первоначальный состав суда; введена дисциплинарная ответственность, а также лишения иммунитета против уголовного преследования; в 2007 г. суд был перемещен в Санкт-Петербург, в 2010 г. были объединены палаты суда и усилена роль Председателя.

представление о запросе на конституционный прецедент и присутствии аверсивных конструкций в решениях КС. Так, потребность в прецеденте – конституционализации первого уровня – нельзя назвать высокой: из всех поступивших в 1995–2011 гг. жалоб (2 421 690) 2 405 610 пришлось на обращения граждан, 1608 – на обращения государственных органов и судов, в том числе 1 – по жалобе муниципального образования (<http://www.ksrf.ru/Treatments/Pages/Reference.aspx>).

Из них принято в 1995–2011 гг.:

- по запросам Государственной думы 15 постановлений и 21 определение;
- по обращению депутатов Государственной думы – 12 постановлений и 26 определений;
- Правительства РФ – 1 постановление и 4 определения;
- органов государственной власти субъектов Федерации – 70 постановлений и 230 определений;
- судов общей юрисдикции – 103 постановления и 327 определений.

О разрешении споров между ветвями власти (исполнительной и законодательной) – было рассмотрено 10 обращений, по которым принято 1 постановление (о разрешении спора между Президентом и Советом Федерации, Государственной думой и Президентом). Подобного рода обращения после 2000 г. в КС не поступают. Показателен объем запросов, направленных в КС от субъектов публичной власти. Так, от Президента РФ всего было направлено 11 запросов (9 постановлений, одно особое мнение). Характерной выглядит дата последнего принятия решения – 1999 год.

С 1999 г. субъекты Федерации постепенно исчезают из конституционных споров (количество постановлений с 2006 г. стабильно удерживается на планке двух за год; для сравнения, в 1995–1998 гг. их принималось в среднем по 11). После 1999 г. КС принимает только по одному постановлению в год (либо не принимает вовсе, как это было в 2001–2002 гг.) по запросам о конституционных полномочиях с формулировкой “не соответствует конституции” (из всех 9805 решений, в том числе 212 постановлений). Предварительный обзор решений КС (постановлений и определений) показывает, что аверсия весьма широко используется при выстраивании российской системы центр-периферийных отношений. Она становится инструментом предоставления дополнительных полномочий федеральным органам государственной власти²³.

Пример прямой аллюзии на “нежелательный исторический опыт” – Постановление КС от 7 июня 2000 г. № 10-П: “...объявление на основе изменений Конституции РСФСР 1978 года республик – субъектов Российской Федерации суверенными отражало особенности переходного периода, когда возобладали субъективные факторы, а суверенитет по вине первого Президента Российской Федерации, по существу, оказался разменной политической монетой. Процессы так называемой суверенизации, подготовка и подписание Федеративного договора, последующее его включение в текст Конституции РФ, однако, не означали передачи Российской Федерацией своего суверенитета или его части субъектам Российской Федерации. Фактически речь шла о наделении в конституционном порядке субъектов Федерации более широкими полномочиями²⁴”.

Аверсивная формула Преамбулы Конституции РФ “сохранение исторически сложившегося государственного единства” используется для обоснования механизма назначения губернаторов²⁵, запрета на регистрацию религиозных партий²⁶, положений о суверенитете республик в составе РФ и статусе органов управления субъектов

²³ Обзор сделан по материалам справочно-консультационной системы (СКС) “Консультант плюс” по состоянию на 1 января 2012 г.

²⁴ Постановление КС РФ от 21 декабря 2005 г. № 13-П (Собрание законодательства РФ – далее СЗ РФ, № 3, 16 января 2006 г.).

²⁵ Постановление КС РФ от 21 декабря 2005 г. № 13-П (Вестник КС РФ, 2006. № 1).

²⁶ Постановление КС РФ от 15 декабря 2004 г. № 18-П (СЗ РФ, № 51, 20 декабря 2004 г.).

Федерации²⁷, долга и обязанности нести военную службу²⁸; о правомерности использования вооруженных сил на территории субъектов РФ²⁹ и др. Аверсивная формула Преамбулы, “возрождая суверенную государственность России”, используется для обоснования полномочий Федерации в существующем федеративном устройстве³⁰ и др.

Активно используется тема “суверена” через неакциональный термин “государство” (встречается 622 раза): “Осуществляя регулирование порядка создания и правового положения акционерных обществ... государство действует в определенных Конституцией... пределах, исходя из того, что оно не вправе лишать... общества их правомочий...”³¹; “Конституция... возлагая на государство обязанность обеспечивать государственную поддержку инвалидов и пожилых граждан... вместе с тем не закрепляет конкретные меры социальной защиты... Соответствующее правовое регулирование относится к полномочиям федерального законодателя...” (серия определений³²) и т.д. В решениях КС понятия “государство” и “исполнительная власть” часто отождествляются: “В любом случае государство вправе принимать и необременительно приводить в исполнение организационно-штатные решения согласно нуждам граждан России”³³; Конституция... обязывая Российскую Федерацию как социальное государство к установлению гарантий социальной защиты (ст. 7), не определяет способы и объем такой защиты, предоставляемой тем или иным категориям граждан³⁴, и др.

В некоторых случаях при создании “формул перераспределения прав” Конституционный суд РФ прибегает к аспирации “сакральных объектов”. Аспирация активно присутствует в теме государственно-федеративных отношений и теме ограничения прав: “РФ является не договорной, а конституционной федерацией”³⁵ – тема, присутствующая во всех делах, посвященных федеративным отношениям. Наконец, аспиративная конструкция используется для обоснования эластичности ограничения прав человека: “государственный механизм зависит от конкретного этапа своего развития, с учетом баланса ценностей и общенациональных интересов”³⁶; “С учетом вытекающего из Конституции... требования о балансе конституционно защищаемых ценностей и общенациональных интересов РФ на каждом конкретном этапе развития своей государственности самостоятельно корректирует установленный ею государственно-правовой механизм, в том числе в части, касающейся обеспечения единства системы государственной власти и разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ”³⁷.

²⁷ Определение КС РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О (СЗ РФ, № 29, 17 июля 2000 г., ст. 3117; Постановление КС РФ от 07 июня 2000 г. № 10 (СЗ РФ, № 25, 19 июня 2000 г.; Постановление КС РФ от 14 июля 1997 г. № 12-П (СЗ РФ, № 29, 21 июля 1997 г.).

²⁸ Постановление КС РФ от 15 ноября 2011 г. № 24-П (СЗ РФ, № 48, 28 ноября 2011 г.).

²⁹ Постановление КС РФ от 31 июля 1995 г. № 10-П (СЗ РФ, № 33, 14 августа 1995 г.; № 5, от 28 августа 1995 г.).

³⁰ Определение КС РФ от 06 декабря 2001 г. № 249-О (СЗ РФ, № 4, 28 января 2002); Определение КС РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О (СЗ РФ, № 29, 17 июля 2000 г.); Постановление КС РФ от 07 июня 2000 г. № 10-П (СЗ РФ, № 25, 19 июня 2000 г.).

³¹ Определение КС РФ от 02 ноября 2011 г. № 1486-О-О. Документ опубликован не был. Используется по материалам СКС “Консультант плюс”.

³² См., например, Определение КС РФ от 17 октября 2006 г. № 391-О. Документ опубликован не был. Использован по материалам СКС “Консультант плюс”.

³³ Постановление КС РФ от 22 ноября 2011 г. № 25-П (СЗ РФ, № 49 (ч. 5), 5 декабря 2011 г.).

³⁴ Постановление КС РФ от 15 ноября 2011 г. № 24-П (Российская газета, 2011, 7 декабря).

³⁵ Постановление КС РФ от 07 июня 2000 г. № 10-П (Вестник КС РФ, 2000. № 5).

³⁶ Тема ограничения прав человека представлена несколькими основными формулировками – “права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом” (выражение встречается более чем в 70 решениях). После 1999 г. в обоснование этого тезиса используется дополнительное выражение – “баланс конституционно защищаемых ценностей” – оно присутствует в 47 решениях. К схеме эластичной позиции ограничения прав – “реализация прав и свобод человека и гражданина не должна нарушать права и свободы других лиц” – КС зачастую прибегает для обоснования ограничения прав собственности.

³⁷ Постановление КС РФ от 21 декабря 2005 г. № 13-П (Вестник КС РФ, 2006. № 1).

Конструкция конституционного правосудия России в его нынешнем виде такова, что основной задачей становится распознавание “угрозы”, исходящей из прошлого либо из общественного контекста. В конституционном строительстве КС вынужден оценивать конституционные права на предмет исходящей от них “опасности” для государственных интересов. Если права и свободы попадают в объем негативного опыта (угрозы), то они не институционализируются (напротив, наращиваются полномочия государственной власти, федерального правительства). Конституционное пространство активно заполняется надправовым субъектом “государство-суверен”. При этом КС вынужден наращивать дихотомию “человек–государство-суверен”, делая вертикальные двухсубъектные отношения пределом реализации прав.

Во многом из-за отсутствия положительной конституционной модели правосудие не становится инструментом “вето” по отношению к другим ветвям власти. Низкий спрос на конституционный прецедент у политических акторов никак не способствует “избыточному генерированию” [Луман, 2004, с. 14] конституционных инноваций, которые критически важны для устойчивости демократического общества. Конституционное правосудие поддерживает сложившиеся образцы биполярных отношений в строительстве конституционализма, выводя доктрину сдержек и противовесов за скобки. При этом очевидно, что сложившуюся ситуацию орган конституционного правосудия самостоятельно преодолеть не может.

Российское общество переживает кризис конституционной системы, берущей начало еще в советской версии конституционализма и диссонирующей с новым поколением ценностей. Такую ситуацию не могут разрулить ни судебная, ни административная реформы, поскольку попытка общественных и институциональных новаций наталкивается на конституционное отрицание. Поэтому эффективными представляются только конституционные преобразования (в том числе наделение судов общей юрисдикции правом конституционного вето), преодолевающие аверсию как национальную мегаидею.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Арановский К., Князев С.* Российский конституционализм: судебный, судейский, судный.... // Журнал конституционного правосудия. 2011. № 3.
- Ахременко А.* Оценка эффективности государства в производстве публичных услуг: теоретическая модель и методика измерения // ПОЛИС. 2012. № 1.
- Божьев В.* “Тихая революция” Конституционного Суда в уголовном процессе Российской Федерации // Российская юстиция. 2000. № 10.
- Бондарь Н.* Судебный (живой) конституционализм: доктрина и практика // Современный российский конституционализм: доктрина и практика. Ростов-н/Д.,–СПб., 2011.
- Вильдхабер Л.* Отношения между Европейским судом по правам человека и национальными судебными органами // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 1 (58).
- Ганино М., Ковлер А.* Российская конституция: взгляд из Италии (интервью главного редактора журнала с профессором М. Ганино) // Государство и право. 1999. № 6.
- Гончаров М.* Правосудный и нормотворческий аспекты действия решений и правовых позиций Конституционного Суда во времени // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 19.
- Жилин Г.* Соотношение целевых установок гражданского и конституционного судопроизводства // Журнал российского права. 1999. № 5–6.
- Зорькин В.* Россия и Конституция в XXI веке. М., 2007.
- Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование. М., 2011.
- Кравец И.* Конституционная жалоба: традиции и новации в механизме гарантий прав и свобод личности // Журнал российского права. 2003. № 8.
- Кряжков В., Кряжкова О.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации в его интерпретации // Государство и право. 2005. № 11.

- Кузнеценкова В. Влияние решений Конституционного Суда РФ на налоговое законодательство // Современный российский конституционализм: доктрина и практика. Ростов-на-Дону, СПб., 2011.
- Луман Н. Общество как социальная система. М., 2004.
- Медушевский А. Теория конституционных циклов // ПОЛИС. 2006. № 2.
- Меркель В., Круассан А. Формальные и неформальные институты в дефектных демократиях // ПОЛИС. 2002. № 1–2.
- Миронов Б. Уроки революции 1917 года, или Кому на Руси жить плохо // Родина. 2012. № 1–2.
- Морщакова Т. Конституционная концепция судопроизводства // Российская юстиция. 2001. № 10.
- Петрухин И., Батуров Г., Морщакова Т. Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979.
- Сазонов Б. Организация как социальный институт (<http://www.fondgp.ru/lib/chteniya/xv/text/10>).
- Шлезингер А. Циклы американской истории. М., 1992.
- Bailey M. Comparable Preference Estimates across Time and Institutions for the Court, Congress, and Presidency // American Journal of Political Science. 2007. № 51.
- Baum L. Judicial Politics: Still a Distinctive Field // Political Science: The State of the Discipline. Washington (DC), 1983.
- Baum L. Measuring Policy Change in the U.S. Supreme Court // American Political Science Review. 1988. № 9(82).
- Canon B., Johnson Ch. Judicial Policies: Implementation and Impact. Washington, 1999.
- Carrigan C., Coglianese C. The Politics of Regulation: From New Institutionalism to New Governance // The Annual Review of Political Science. 2011. № 14.
- Clayton C. The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms // Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches. Chicago, 1999.
- Collier D., Levitsky S. Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research // World Politics. 1997. Vol. 49. № 3.
- Cook B. Measuring the Significance of U.S. Supreme Court Decisions // Journal of Politics. 1993. № 55 (November).
- Dudziak M. Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy. Princeton, 2000.
- Gates J. Theory, Methods, and the New Institutionalism in Judicial Research. In American Courts: A Critical Assessment. Washington, 1991.
- Ginsburg T. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. Cambridge, 2003.
- Grofman B., Brazill Th. Identifying the Median Justice on the Supreme Court Through Multidimensional Scaling: Analysis of the 'Natural Courts' 1953–1991 // Public Choice. 2002. Vol. 6. № 112.
- Juviler P. Human Rights and Russia's Future // Parker School Journal of East European Law. 1995. Vol. 2.
- Levitsky S., Way L. Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War. New York, 2010.
- Levitsky S., Way L. The Rise of Competitive Authoritarianism // Journal of Democracy. 2002. Vol. 2. № 13.
- Mishler W., Sheehan R. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions // American Political Science Review. 1993. № 87.
- Moustafa T., Ginsburg T. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. In Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes. Cambridge, 2008.
- Owens R. The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting // American Journal of Political Science. 2010. № 54 (April).
- Paleev M. The Establishment of an Independent Judiciary in Russia // Parker School Journal of East European Law. 1994. № 1.
- Reedy Ch. The Supreme Court and Congress on Abortion: An Analysis of Comparative Institutional Capacity (Presented at the annual meeting of the American Political Science Association), 1982.
- Scheppele K. Aspirational and Aversive Constitutionalism: the Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models // International Journal of Constitutional Law. 2003. № 1 (April).

Schmitz G. The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920 // *Ratio Juris*. 2003. Vol. 16. № 2.

Schwarzer W. Civil and Human Rights and the Courts under the New Constitution of Russian Federation // *The International Lawyer*. 1994. Vol. 28. № 3.

Shapiro M. Courts. Chicago, 1981.

Stone-Sweet A. Constitutional Courts and Parliamentary Democracy // *The Politics of Delegation*. London, Portland, 2002.

Trochev A. Judging Russia: The Role of the Constitutional Court in Russian Politics 1990–2006. Cambridge, 2008.

© А. Хованская, Д. Гончаров, 2013