

Михаил Краснов,
заведующий кафедрой конституционного
и муниципального права
Высшей школы экономики

О российском конституционализме

Всё чаще у меня возникает ощущение, будто наша публичная жизнь походит на «русскую рулетку»: не предугадаешь, «какой выстрел окажется роковым» – кого в очередной раз схватит «суровая рука закона». На самом деле у нынешней российской государственной машины есть своя логика. Но эта логика именно *своя*, не публичная. Это не логика права – даже при том, что в жернова машины государственного принуждения попадают люди, действительно, преступившие закон. Суть не в этом, а в том, что институты, призванные охранять закон, действуют *избирательно*.

На мой взгляд, этот феномен даже опаснее советских репрессий. Опаснее, разумеется, не для их жертв, а для будущего страны. Потому что советские репрессии осуществлялись согласно ложной, но все-таки некоей определенной идее, по крайней мере, оправдывались ею. И это ничуть не убавляет меры преступности советского режима, не просто уничтожившего миллионы людей и еще большему числу сломавшего судьбы, не просто унизившего страну страхом, но и совершившего еще и духовный и интеллектуальный геноцид, последствия которого сказываются по сей день, и, думаю, будут сказываться еще долго. Однако от большевистской власти никто и не ждал реализации правовых идеалов. Поэтому нельзя сказать, что право в советское время дискредитировалось, ибо официальная доктрина открыто отвергала понятия и правового государства, и прав человека*.

* Например, в фундаментальном четырёхтомном труде «Марксистско-ленинская общая теория государства и права», изданном в начале 1970-х годов, говорилось: «Вопрос о соотношении

А сегодня право, которое, напомним, не тождественно закону – дискредитируется, ибо репрессивный произвол (пусть даже его масштабы несоизмеримы с советскими) происходит в рамках Конституции, провозгласившей правовые ценности. И что самое пагубное, закладывается *традиция* презрения к праву – правового нигилизма, едва ли не главным источником которого являются институты, предназначенные для защиты права. Именно они, разлагающиеся на глазах, инфицируют общество антиправовым сознанием.

Когда диктатура всем очевидна, это хотя и страшно, но, повторю, не представляет угрозу для права, ибо общество признает, что репрессии осуществляются на основе голой силы диктатора (единовластного или коллективного), который убеждает население, что его решения и есть «право», облакая свои решения в юридическую форму, которая, собственно, и призвана легитимировать диктатуру*. Но когда, с одной стороны, конституционно провозглашаются принципы правового государства, а с другой – эти принципы самым причудливым образом используются в качестве «дубинки» и ею «размахивают» институты, изначально предназначенные для защиты права (прежде всего, суд), в обществе, естественно, формируется убеждение, что между понятиями «право силы» и «сила права» нет различий. И тем самым растет недоверие к Конституции, которая, как выясняется, не способна защитить от произвола, что мы и

политической власти, государства, с одной стороны, и буржуазного права – с другой, пользуется неизменным вниманием буржуазной науки. Основная концепция данной проблемы сводится к *так называемому правовому государству, или господству права над государством...* Мысль о том, что право, понимаемое или как надклассовая норма должностования, или как абстрактная всеобщая справедливость, или как “естественные” права человека, господствует над государством, над политической властью, связывает и ограничивает ее, в существе своем есть прикрытие классовой диктатуры» (Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Исторические типы государства и права. – М., 1971. – С. 418).

* Официальное советское определение права гласило: «Право – это воля народа, возведенная в закон». Тогда как в гитлеровской Германии под правом понималась воля вождя (фюрера): «В действительности действие фюрера было подлинным правосудием. Оно не подпадает под юстицию, а само являлось высшей юстицией» (Шмитт К. Государство и политическая форма. Пер. с нем. О.В. Кильдюшова. – М.: Изд. Дом Гос. ун-та – Высшей школы экономики, 2010. – С.265).

видим сегодня в России, где отсутствует понимание ценности конституционного строя.

Репрессивный произвол – характерная черта псевдоправовых государств, то есть государств, формально признающих правовые принципы и даже вроде бы использующих процедурные правила, но в реальности подчиняющих эти правила целям, далеким от права.

Такое положение вещей – самое отвратительное в любом государстве. Нормальный человек может смириться с материальным недостатком. Но как смириться с правовой незащищенностью? С произволом? С неравенством перед законом и судом? Впрочем, как и в прошлые времена, большинство из нас мирятся, очевидно, считая, что «приходят за теми, за кем надо». И не задумываются, что уже сам факт существования тех, кто определяет, «за кем надо», а «за кем не надо», говорит, что мы живем, по выражению Августина Блаженного, скорее в окружении «шайки разбойников», отличающейся, как он писал в своем трактате «О граде Божиим», от государства тем, что в ней нет юстиции. Это понятие можно переводить двумя разными, но близкими по смыслу словами – «справедливость» и «правосудие».

И дело не только в том, что полиция, спецслужбы, прокуратура, органы следствия, суды выполняют заказы «политической власти». В том-то и драма, что «работа по заказу» не означает, что «в остающееся от выполнения заказов время» эти властные органы служат закону. Наоборот, «выполнение заказов» как раз оправдывает возможность работать «на себя», выполняя в том числе «частные заказы». Примеров наша жизнь предоставляет достаточно.

Какое отношение все сказанное имеет к конституционализму? Попробую объяснить, начав с его схематичного определения: **конституционализм – это идея и практика ограничения власти.** Хотя это слово этимологически связано со словом «конституция», конституционализм – самостоятельное явление, которое может существовать и до конституции

или, напротив, его может не быть и при наличии акта с названием «конституция». Сошлюсь в этой связи, в частности, на лекции Б.А. Кистяковского о государственном праве, которые он читал в Московском коммерческом институте в 1908/1909 академическом году.

Известно, что в начале XX века (в том числе и в России) требование конституции не вызывало ни у мыслящей части общества, ни у властвующей элиты вопрос, *о какой именно* конституции идет речь. Это слово однозначно воспринималось тогда как акт, ограничивающий государственную власть, ликвидирующий абсолютизм. Поэтому неудивительно, что ни в одном из российских законоположений, изданных в 1905-1906 годов, нет слов: конституция, конституционная монархия, конституционный строй и т.д. «Но это отсутствие слова “конституция”, – говорил Б.А. Кистяковский на своих лекциях, – не имеет принципиального значения. В некоторых других конституционных государствах это слово также не употребляется. Так, во Франции после реставрации Бурбонов была издана хартия, в которой ни слова не говорилось о конституции. Итальянская конституция называется “статутом”. Одна из наиболее старых европейских конституций, шведская, называется “формой правления”, австрийские конституционные законы, так же как и наши, русские, называются “основными законами”. Таким образом, отсутствие слова “конституция” не означает еще, что у нас нет конституции»*.

Ирония истории заключается, однако, в том, что первый акт под названием «конституция» появился на русской земле в правление большевиков (я имею в виду Конституцию РСФСР 1918 года), хотя, конечно, настоящей Конституцией были уже Основные государственные законы Российской империи 1906 года. И именно феномен большевистских конституций заставил пересмотреть содержание, которое традиционно приписывалось данному понятию, ибо в этих конституциях ни о каком ограничении власти, ни о какой свободе личности речь не шла. Тем не менее,

* Кистяковский Б.А. Избранное: в 2-х ч. / сост., автор вступ. статьи и коммент. А.Н. Медушевский. Ч. 2. – М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. – С. 163.

до сих пор во многих российских учебниках по конституционному (государственному) праву конституция определяется как акт высшей юридической силы, закрепляющий основы организации и жизнедеятельности общества и государства: права и свободы человека и гражданина, основы общественного строя, форму правления, территориальную организацию государства, систему органов публичной власти, основы их компетенции, государственную символику и столицу*.

В чем же недостаток подобных определений? Мы не видим тут главного, что несет (должна нести) с собой конституция – идеи ограничения власти. Да, приведенное выше определение весьма близко к определению Г. Еллинека (1851-1911)**. Но в его времена еще не существовало тоталитарных государств, активно использующих понятия «демократия», «конституция», «права личности». Сегодня же такое определение не только не объясняет смысл конституции, но и, наоборот, скрывает его. Конституция здесь предстает как мировоззренчески нейтральная юридическая форма, не более того. А ведь конституция не может быть *мировоззренчески нейтральным актом*, ибо мировоззрение конституционализма, которым пронизана любая подлинная конституция, несовместимо с антиправовым (тоталитарным, холистским и т.п.) мировоззрением.

Конечно, не очень правильно определять одно понятие («конституция») через еще менее понятное («конституционализм»), тем более, лингвистически производное от первого. Но тут нет логической ошибки, при которой нечто определяется или доказывается *idem per idem* (тем же самым). Действительно, конституционализм происходит от слова

* См., например, учебники: Конституционное право / Отв. ред. А.Е. Козлов. – М., 1996. – С.28; Конституционное (государственное) право зарубежных стран: в 4 т. Тома 1–2. Часть общая / Отв. ред. проф. Б.А. Страшун. 3-е изд., обновл. и дораб. – М., 1999. – С.44; Конституционное право / Отв. ред. В.В. Лазарев. – М., 1999. – С.53; Автономов А.С. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. – М., 2005. – С.58; Шаповал В.Н. Сравнительное конституционное право. – Киев, 2007. – С.43-44; Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. 4-е изд., перераб. и доп. – М., 2008. – СС.70-71. См. также: Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. 2-е изд. – М., 2000. – С.9.

** См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. Пер. с нем. – М., 2005

«конституция». Однако в политико-правовом смысле именно он и определяет сущность «материнского» термина. Так уж сложилось исторически: сначала появился феномен современной конституции, а уж потом объясняющий его суть термин «конституционализм». И особенность его состоит отнюдь не в обозначении идеологии приверженности конституции, хотя порой конституционализм понимают именно так, а, наоборот, в том, что **конституция, не основанная на конституционализме, не может считаться собственно конституцией!**

Репрессивный произвол проистекает именно из-за отсутствия или слабости конституционализма в государстве. Система власти, не построенная на принципах конституционализма либо только формально провозглашающая эти принципы (как в современной России), неизбежно порождает произвол и правовое неравенство. Уж на что нынешний российский Президент кажется всемогущим, однако, и он не сильнее «собственной» бюрократии. У того же Б.А. Кистяковского можно найти описание этого феномена (а ведь он говорил о самодержце, чья власть даже юридически не была ограниченной): «Наконец, в XIX столетии окончательно определился характер русской неограниченной монархии: русское неограниченное самодержавие привело не только к формально неограниченной власти монарха, *но и к неограниченной и бесконтрольной власти бюрократии*. Русский император при всей формальной неограниченности его власти фактически не имел возможности не только заведовать всем государственным управлением, но даже контролировать его. Таким образом, получилось неограниченное и бесконтрольное управление всей страной бюрократией. Русская бюрократия заслоняла перед русским монархом народную Россию с ее истинными нуждами и потребностями»*.

Встает вопрос: как при вполне современной Конституции, каковой считается Конституция РФ 1993 года, могла возникнуть иерархическая

* Б.А. Кистяковский. Цит. соч., с. 154.

система власти? В определенном смысле ответ кроется в тех иллюзиях, которые мы разделяли во время перестройки. Вспомним. Ключевыми словами-лозунгами в период крушения советской империи стали два понятия: «демократия» и «рынок». Они воспринимались как «золотой ключик», открывающий дверь, ведущую к благам европейской цивилизации. Однако не только общество в целом, но и новые лидеры, новые «властители дум» не сильно погружались в детальный разбор этих понятий. Казалось тогда, что вполне достаточно убрать монополию КПСС, провозгласить плюрализм, разделение властей, политическую свободу, легализовать частную собственность и предпринимательскую инициативу, признать ценность прав человека, – и Россия преобразится.

Не скрою, сам в те годы полагал примерно так же. Погубило нас невнимание к деталям, которые казались неуместными, когда на глазах отдаёт концы коммунистический монстр. Впереди была новая жизнь, насыщенная счастьем созидания...

Что же это за *детали*, которые способны изменить характер политического режима? Мне не хватит формата письма, чтобы показать их все, поэтому скажу о главных.

Форма правления (или модель власти), установленная в действующей российской Конституции, и известная как полупрезидентская (смешанная) республика, имеет некоторые преимущества в сравнении и с парламентской, и с президентской моделями. Смешанная модель управления, в сравнении с парламентской, в гораздо большей мере сдерживает свободную (и не всегда соответствующую общественным интересам) игру парламентских партий и тем самым обеспечивает более высокую степень стабильности кабинетов. К тому же она в большей мере отвечает массовым представлениям об оптимальном построении системы государственной власти, замыкающейся фигурой институционально сильного главы государства, что особенно важно в странах с авторитарным прошлым, где еще распространены «царецентристские» стереотипы. В сравнении с президентской смешанная

республика обладает возможностями для выхода из политических тупиков (напомню, что в президентской модели нет ни вотума недоверия правительству, ни права президента распускать парламент или его нижнюю палату и потому такая модель требует высокой политической культуры).

Однако модель полупрезидентской (смешанной) республики таит в себе и опасности. Дело в том, что здесь президент выступает как *глава государства*, выполняющий арбитражную функцию (Конституция Франции, например, прямо говорит о ней), а потому должен быть институтом, нейтральным по отношению к разным политическим силам. Но одновременно президент здесь и *партийный деятель* (вне зависимости, является ли он формально членом какой-то партии). И эти две его роли входят в столкновение друг с другом. Причем, в силу политической логики, побеждает обычно роль «партийного деятеля». А раз так, то для президента становится естественным принятие мер к максимальному ограничению возможностей своих политических противников. И поскольку президент в смешанной модели обладает довольно весомой властью, постольку политическая конкуренция затрудняется, а в пределе становится вообще невозможной.

Закономерен вопрос: почему же тогда эти следствия мы не наблюдаем, скажем, во Франции, Польше, Португалии и некоторых других европейских полупрезидентских республиках? По крайней мере, не видим там ставшей привычной для нас «передачи власти» в монархическом стиле. Наверное, кто-то скажет, что там общества исповедуют другие ценности, там другие традиции, другая культура, другие размеры территорий, другой климат... Конечно, все эти факторы так или иначе сказываются на публичной жизни. Однако согласитесь: если правила устроены таким образом, что человеку дается огромная власть, а контроль за ней конституционно весьма слаб, то даже при самых благоприятных социокультурных и всяких иных особенностях общества (и страны) нормальный политик, вполне в рамках рационального поведения, будет стремиться максимально использовать свое

преимущество, преграждая конкурентам, как в игре «царь горы», путь к власти («зачищая публичное пространство»).

Напротив, если система власти, предусматриваемая конституцией страны, сбалансирована, прежде всего, благодаря довольно сильным властным, в том числе контрольным, прерогативам парламента, это уже само по себе превращается в ограничитель президента, сдерживает его роль политического игрока и нацеливает на выполнение роли гаранта конституционного строя. *Именно этого баланса нет в российской Конституции. Почему?*

Фердинанд Лассаль 150 лет назад выдвинул идею конституции как фактического соотношения сил, а роль писаной (юридической) конституции сводится к закреплению такого соотношения. Это верно. В том смысле, что конституция не может не учитывать состояние общества. Например, бессмысленно провозглашать верховенство права в стране, где еще очень сильны патриархальные отношения, стереотипы племенного строя и т. п. Однако это неверно в другом смысле: конституция не должна просто фиксировать победу одной части общества над другими, устанавливать ценности, исповедуемые лишь одной политической силой. Ведь рано или поздно носитель иных ценностей, иного мировоззрения либо сумеет мирным путем овладеть властью* и тогда сам будет властвовать, не считаясь со своими политическими конкурентами; либо, не находя легального пути к власти, прибегнет к неконституционным способам завоевания власти. Вот почему конституция, если общество и политическая элита заинтересованы в стабильности государственного строя, должна разрабатываться и приниматься *как компромисс* между основными политическими силами, между носителями основных ценностей (за исключением, разумеется, ценностей, отрицающих собственно конституционализм. Плюрализм обязан иметь свои пределы*).

* Именно это произошло в нашем случае, когда Б.Н. Ельцин «передал» президентство В.В. Путину, не сумев разглядеть, что его «преемник» исповедует иное миропонимание.

Наша действующая Конституция РФ, к сожалению, родилась, скорее, на основе лассалевского подхода. Разумеется, с исторической точки зрения, можно сказать, что реформаторская часть элиты, победив силовым путем антиреформаторскую часть, установила правила игры, удобные для дальнейшего проведения демократических реформ (в данном случае я не оцениваю, насколько удались такие реформы). Однако юридически это обернулось непропорционально огромным, доминирующим политическим и административным весом Президента и очень слабыми властными прерогативами Парламента, в том числе мизерными парламентскими возможностями влиять на определение политики государства и контролировать Правительство.

Поэтому не следует удивляться установившемуся единовластию, практической невозможностью реализовать высокие конституционные принципы правового и демократического государства, засилью бюрократии, влекущему за собой масштабную коррупцию и произвол.

Да, общество наше не слишком сильно ориентировано на ценности права. Но откуда взяться росткам, позволяющим появиться этим ценностям, коль скоро публичная жизнь ежедневно, ежечасно воспроизводит патриархальные стереотипы взаимоотношений власти и народа? Таким образом, нам просто **жизненно необходимо изменение «правил игры», которые формируют персоналистский режим, а в общественном сознании – «царецентризм».**

Отталкиваясь, в первую очередь, от этой необходимости, на факультете права Высшей школы экономики доцент кафедры конституционного и муниципального права С.В. Васильева, несколько студентов и автор

* Я попытался это обосновать в своей статье «Онтология разнообразия (к осмыслению статьи 13 Конституции РФ)» (*Общественные науки и современность*. 2006, № 3).

настоящего письма разработали *проект новой Конституции России*. Вообще-то для того, чтобы обеспечить баланс в системе публичной власти и нейтрализовать «вождистский» потенциал института Президента, нет нужды принимать новую Конституцию. Достаточно внести поправки в те главы Конституции, которые принимаются Парламентом (а не специально созываемым Конституционным Собранием) в порядке, предусмотренном для принятия федерального конституционного закона, и одобряются не менее чем 2/3 законодательных собраний регионов. Однако мы, как научные руководители проекта, решили, что неплохо было бы предоставить возможность нашим молодым коллегам через формулирование норм выразить одновременно и общее понимание российской государственности, основных ее ценностей, механизмов нейтрализации иных, помимо персоналистской власти, угроз.

Не буду приводить все новеллы проекта конституции (отсылаю к изданной брошюре*). Остановлюсь только на том, каким именно образом предложено снять опасность единовластия, пометив предварительно, что реализация нашего проекта возможна лишь в условиях демократии, а именно – реальной политической конкуренции и ротации властных элит.

Итак, сохраняя в проекте полупрезидентскую (смешанную) модель власти, мы попытались обрисовать институт главы государства главным образом как *хранителя конституционного строя*, ограничив в то же время его прерогативы как политического игрока и изменив общий властный баланс в пользу парламента, чтобы именно парламентские выборы превратились в выбор обществом политического курса.

Согласно проекту, **Президент** России избирается на 7 лет, но только один раз в жизни. При этом мы исходили из того, что глава государства должен будет концентрировать свое внимание на охране конституционного

* См.: Проект Конституции России / Отв. ред. М.А. Краснов. – М.: Фонд «Либеральная миссия», 2012.

строю не только потому, что это ему предписано Конституцией, но и потому, что ему не придется думать о своем переизбрании, что подталкивает к популизму. К тому же действующий Президент, занимающий эту должность только один раз, не будет стараться прибегнуть к административным рычагам, стремясь вновь быть избранным. На это обратил внимание еще А. де Токвиль: «Интриги и коррупция являются естественными пороками выборных правительств. Однако в том случае, когда глава государства может быть переизбран, *эти пороки стократно усиливаются* и само существование страны ставится на карту. Если успеха на пути интриг намерен добиваться простой кандидат, то его уловки распространяются на весьма ограниченный круг людей. Если же, напротив, в этой игре решил поучаствовать сам глава государства, то *он начинает использовать в своих собственных интересах мощь всего государства*»*. Впрочем, дело тут не только в использовании административных рычагов, но и в наблюдаемой в разных странах закономерности (хотя и не стопроцентной) избираемости на второй срок именно действующего президента.

Кстати, именно роль хранителя обусловила в проекте не только изъятие у Президента некоторых его нынешних функций и полномочий, но и добавление тех, соответствующих роли хранителя, которых у нынешнего Президента нет (руководство Прокуратурой, применение мер федерального вмешательства и др.). Президент, по нашей идее, остается институционально довольно сильным, однако, *его сила перенаправлена* именно на охрану базовых институтов конституционного государства.

Правительство перестает быть исключительно президентским. Кандидатуру Премьер-министра** предлагает Госдума Президенту, а не

* Токвиль Алексис де. Демократия в Америке: Пер. с франц. / Предисл. Гарольда Дж. Ласки. – М.: Издательство «Весь Мир», 2000. – С. 118. (Курс. мой. – М.К.)

** Так в проекте именуется глава правительства. А сам этот орган, в свою очередь называется Совет министров.

Президент Думе, как сейчас. И свои полномочия Совет министров слагает не перед вновь избранным Президентом, а перед вновь избранной Думой. Однако в проекте предусматривается и, так сказать, резервная (стабилизирующая) роль главы государства: если думские фракции не смогут договориться о кандидатуре Премьера, то Президент сам назначает Премьера и министров, но только на один год. Через год такой временный Кабинет должен получить доверие Думы (тогда он становится полноценным правительством). В противном случае он отправляется в отставку. Однако если после отставки «президентского» Кабинета Дума вновь не может выдвинуть согласованную кандидатуру Премьер-министра, Президент распускает эту палату (это единственное в нашем проекте основание для ее роспуска).

В нашем проекте по-иному формируется и «верхняя» палата Парламента – **Сенат** (нынешний Совет Федерации). Мы предложили, чтобы он избирался непосредственно населением на 6 лет, но с обязательной ротацией каждые 2 года одной трети сенаторов. В целом компетенция этой палаты остается примерно такой же, как и в настоящее время. Однако есть новелла, которая опосредованно связана с занятием должности Президента: в случае невозможности последнего исполнять свои обязанности (досрочного прекращения полномочий) до внеочередных президентских выборов должность главы государства временно исполняет именно Председатель Сената, а не Председатель Правительства, как сейчас.

Государственная дума становится реальным центром политической жизни. Это не означает, что речь идет о «скрытой форме» парламентской республики. Для России на нынешнем этапе ее развития оптимальной, как я уже сказал, остается полупрезидентская модель, что, однако, вовсе не противоречит институционально сильному парламенту, в том числе его возможности влиять на формирование и политический курс правительства (подобная конструкция существует в таких полупрезидентских республиках, как Польша, Словения, Хорватия и др.). В конце концов, именно из-за

институциональной слабости законодательной власти (как в начале, так и в конце XX века) в России так и не сформировались традиции парламентаризма, в том числе традиция ответственности парламента и парламентариев. А без сильного парламента невозможно демонтировать персоналистский характер власти и ликвидировать «царецентризм» в массовом сознании.

Повторю, я рассказал лишь о наиболее существенных изменениях в системе публичной власти. Но даже если будут реализованы только они, общество довольно быстро увидит огромный политический, а за ним экономический и социальный эффекты. Разумеется, новая конструкция власти не панацея. И не следует думать, что Россия, скажем, за один год превратится в правовое (или почти правовое) государство. Однако подобные изменения позволят хотя бы сдвинуть с мертвой точки нынешнее межумочное положение, когда, с одной стороны, страна имеет Конституцию, провозглашающую принципы конституционализма, а с другой, – то и дело воспроизводятся патриархальные представления о публичной жизни, не дающие возможности динамичного развития.

Проще говоря, новые институциональные условия заставят меняться и сознание людей, которые, может быть, впервые в российской истории поймут и оценят, какое благо для страны несет с собой подлинный конституционализм.