

Верховный суд против «отцов-основателей». Парадоксы конституционного права США и выводы для России



С.Л. БУДИЛИН,
юрист компании Roche&Duffay

Введение

Конституционное право США весьма специфично. Основную часть его корпуса составляет отнюдь не текст Конституции, а многочисленные судебные прецеденты, прежде всего Верховного суда США. В принципе, это не удивительно, поскольку текст конституции любого государства по природе своей нуждается в детальном истолковании. Однако техника интерпретации Конституции судебной властью США может показаться несколько экстравагантной наблюдателю из страны с гражданской системой права (примеры мы увидим далее). Автор далек от мысли критиковать правовую систему чужого государства, а лишь считает, что анализ характерных особенностей зарубежного конституционного права может оказаться полезен и для России.

В США федеральный суд любого уровня может истолковывать и применять Конституцию, в том числе объявлять неконституционным тот или иной закон¹. Однако поскольку последней инстанцией является Верховный суд, именно его прецеденты и его интерпретация имеют важнейшее значение для конституционного права. Ввиду этого статья в основном рассматривает интерпретацию Конституции Верховным судом США.

Приемы истолкования Конституции, используемые судами США, многообразны. Они варьируются от «текстуализма» и «оригинализма» (то есть интерпретации на основе буквального значения слов или на основе предполагаемых изначальных намерений авторов Конституции) до «интерпретации на основе фундаментальных прав» (допускающей вложение совершенно нового смысла в общие формулировки Конституции)². Последний вариант интерпретации наиболее любопытен и будет обсуждаться подробно.

Общий вывод состоит в том, что в результате применения судами нетривиальных приемов интерпретации конституционное устройство США довольно значительно отличается от предусмотренного текстом самой Конституции.

Несмотря на радикальное различие правовых систем России и США, подобная тенденция наблюдается и в России (как обсуждается в заключительном разделе).

Конституция и жизнь

Изучение текста Конституции США может оставить страшное впечатление — что это конституция не реально существующих США, а какой-то другой страны.

Конституция рисует отчетливый образ довольно слабой федерации (со слабым центром и сильными штатами). Правомочия Конгресса весьма ограничены и выражены закрытым списком из 18 пунктов (разд.8 ст.1; здесь и далее не обозначенные ссылки — на текст Конституции США). Так, в области экономики основное правомочие Конгресса, не считая налогообложения и чеканки монеты, состоит всего лишь в том, чтобы «регулировать торговлю с иностранными государствами, между отдельными штатами и с индейскими племенами» (т.н. торговая оговорка — commerce clause) (п.3 разд.8 ст.1). Правомочия других ветвей федеральной власти, обозначенные Конституцией, впечатляют еще меньше. При этом полномочия, не делегированные центру, сохраняются «за штатами либо за народом» (попр.Х). Разумеется, все это не случайно: такой баланс сил в пользу штатов отражает подлинные намерения авторов Конституции («отцов-основателей»), многие из которых отнюдь не были склонны передавать федерации слишком много прав³. Однако в настоящее время федеральный центр, включая Конгресс, Президента и Верховный суд, несравненно более могуществен, чем тот его хилый вариант, который изображает Конституция.

Баланс сил между различными ветвями федеральной власти, устанавливаемый Конституцией, также выглядит отличным от реального. Пожалуй, по Конституции единственной действительно мощной силой представляется Конгресс. Во всяком случае, его права обозначены явно и относительно недвусмысленно. Исполнительная власть передана Президенту, но явно обозначенный Конституцией круг его полномочий чрезвычайно узок: помимо выполнения обязанностей главнокомандующего (п.1 разд.2 ст.11) заслуживает упоминания разве что право назначения (причем по согласованию с Сенатом) различных должностных лиц, включая судей Верховного суда (п.2 разд.2 ст.11), а также право вето при принятии законов (разд.7 ст.1). Здесь стоит отметить, что президент действительно играл относительно подчиненную роль вплоть до XX века⁴.

Что касается судебной власти, авторы Конституции сосредотачиваются на решении проблемы подсудности федеральным судам (в частности, эти суды рассматривают дела, возникающие на основе федерального законодательства, а также споры между гражданами различных штатов) (разд.2 ст.11). Однако требуется немало воображения, чтобы из скудных формулировок Конституции вывести, что судебная власть имеет право признать недействительными, ввиду несоответствия Конституции, любые действия Президента или Конгресса (т.н. судебное ограничение — judicial review), то есть является в некотором смысле наиболее сильной ветвью власти.

Это право было фактически установлено (а формально — признано «неявно содержащимся в Конституции») самим же Верховным судом в знаменитом деле 1803г. «Марбери против Мэдисона»⁵. Именно этот прецедент

стал первым случаем серьезного «пополнения» Конституции судебной властью.

Далее. В смысле прав человека Конституция не так щедра, как можно было бы предположить. Хотя запрещение расовой дискриминации считается — и справедливо — одним из важнейших аспектов конституционного права США, в самой Конституции мы об этом ничего не находим, за исключением довольно туманного запрета отказывать какому-либо лицу «в равной защите законов» (разд.1 поппр.XIV). Заметим, что впервые оговорка о «равной защите» была истолкована как запрещающая расовую сегрегацию лишь в 1954г., в не менее знаменитом деле «Браун против Совета по образованию» (была признана неконституционной практика раздельного обучения в государственных школах; до этого считалось достаточным «раздельное, но равное» обучение)⁶. Расплывчатость формулировок становится понятной, если принять во внимание, что основная часть Конституции была принята во времена рабства или чуть позже его отмены.

Как ни странно, первое парадоксальное впечатление верно: пред нами действительно конституция не сегодняшних США, а государства XVIII века, лишь с некоторыми последующими усовершенствованиями. Как мы увидим далее, ключ к пониманию причин этого расхождения лежит в методике интерпретации Конституции судами США, первые контуры которой просматриваются уже в деле «Марбери против Мэдисона». Как уже упоминалось, именно судебная интерпретация является решающей, хотя из текста самой Конституции это далеко не очевидно.

«Необязательные нормы»

Некоторые особенности судебной интерпретации Конституции США могут показаться довольно необычными. Так, в ряде случаев Конституция запрещает властям совершать те или иные действия, связанные с ограничением прав граждан. Значит ли это, что власти действительно не могут совершать этих действий? Оказывается, иногда могут. Суд может допустить то или иное действие, если оно проходит так называемую судебную проверку (scrutiny). В различных ситуациях судом применяются критерии различной степени жесткости, известные как строгая, промежуточная и слабая проверка (strict / middle / lax scrutiny)⁷.

Так, для признания закона, предполагающего расовую дискриминацию, соответствующим оговорке о «равной защите», закон должен выдержать «строгую проверку»: необходимо продемонстрировать (1) наличие «непреодолимого государственного интереса» в ограничении и (2) что это ограничение — наименее обременительное из путей достижения цели. Например, строгую проверку успешно прошли некоторые законы, предполагающие «обратную дискриминацию» (дающие преимущества национальным меньшинствам)⁸. Если, скажем, речь идет о дискриминации по признаку возраста, то закон должен пройти «слабую проверку»: необходимо всего лишь продемонстрировать «разумность» ограничения. Если речь идет о дискриминации по признаку пола, применяется «промежуточный» стандарт, специально для этого введенный в

1970-е гг.: необходимо продемонстрировать (1) «важную государственную цель» и (2) то, что вводимое ограничение «существенно связано» с достижением этой цели. Например, эту проверку прошел закон штата Флорида, предусматривающий налоговые льготы для вдов, но не для вдовцов⁹.

Рассмотрим другой пример. Первая поправка запрещает Конгрессу издавать законы, ограничивающие свободу слова. Это положение по праву считается одним из важнейших для конституционного права США. Однако суды трактуют данное конституционное положение далеко не буквально¹⁰.

Прежде всего, целый ряд видов самовыражения вообще не считается проявлением «свободы слова», и, соответственно, они не защищены Первой поправкой. Сюда относятся «преступная речь» (например подстрекательство к убийству), «подрывная речь» (подстрекательство к мятежу), «непристойность» и др. Значение упомянутых терминов и применимые в соответствующих случаях критерии определяются исключительно судебными решениями.

Далее. Если данный вид самовыражения защищен Первой поправкой, правительство не может запретить его целиком, но может ввести определенные ограничения, например на место и время такого самовыражения. Судами выработанная целая система определения того, когда ограничение допустимо, а когда — нет. Например, для запрета самовыражения на «непубличном форуме» (государственной собственности, не предназначенной для публичных дискуссий) необходимо всего лишь продемонстрировать «разумность» такого запрета. Так, Верховный суд признал допустимым запрет Обществу Сознания Кришны собирать средства в аэропорту Нью-Йорка («разумность» запрета следует из того, что сбор средств затрудняет движение пассажиров), но недопустимым — запрет им же распространять листовки в том же аэропорту¹¹.

В целом можно сказать, что едва ли не каждому безоговорочному конституционному запрету на те или иные действия властей соответствует изрядное количество исключений, происходящих из здравого смысла и судебной практики.

Таким образом, имеется целая система правовых норм, определяющих конституционность или неконституционность того или иного закона. Однако ни следа этой стройной теории мы не находим в самой Конституции: вся теория — продукт исключительно судебной системы.

Смысл нормы не следует из ее текста

Что касается приведенных в предыдущем разделе примеров, можно сказать, что они являются естественной попыткой судов истолковать Конституцию в соответствии со здравым смыслом, но по возможности близко к ее букве (выражающей намерения ее авторов). Однако в ряде случаев общепринятое в настоящее время истолкование Конституции находится в очевидном противоречии с замыслами «отцов-основателей».

Наиболее яркий пример — уже упоминавшаяся «торговая оговорка». По тексту Конституции, основная экономическая роль федерального центра — регулирование торговли между штатами (чем он, собственно, и зани-

мался вплоть до двадцатого века). Однако в период с 1937 по 1995гг. торговая оговорка нашла несколько неожиданное применение: она стала активно использоваться для почти безграничного расширения полномочий федерального центра (которые, напомним, в Конституции ограничены закрытым списком), и не только экономических. Логическое обоснование состоит в том, что почти любое действие федерального центра так или иначе влияет на торговлю между штатами, следовательно, разрешено торговой оговоркой¹².

Так, конституционной основой для некоторых антидискриминационных законов послужила именно торговая оговорка. В одном из дел Верховного суда от 1964г. федеральный запрет на расовую дискриминацию в частных ресторанах был признан конституционным, поскольку такая дискриминация, помимо прочего, ограничивает возможности передвижения чернокожих граждан по коммерческим делам, следовательно, влияет на торговлю между штатами¹³. Несмотря на похвальность самого федерального закона, его конституционный базис может показаться несколько шатким.

По-видимому, подобная техника интерпретации конституционной нормы выводит полномочия федерального центра далеко за рамки, предусмотренные самими авторами Конституции. Лишь относительно недавно наметилось обратное движение: в 1995г., неожиданно для многих, Верховный суд признал, что введенный Конгрессом федеральный запрет на владение оружием в радиусе одной тысячи футов от школ недостаточно связан с торговлей между штатами, чтобы быть конституционным (то есть регулирование данного вопроса находится в ведении штатов). Соответственно, с ученика, принесшего в школу оружие, обвинение по федеральному закону было снято¹⁴. Однако это движение — лишь легкая коррекция уже сложившейся конституционно-правовой теории.

Есть и другие примеры, когда в формулировки Конституции вкладывается смысл, который туда вряд ли могли вложить их авторы. Возможно, наиболее развитая семантическая теория связана с оговорками о «равной защите» и «надлежащей процедуре», отчасти обсуждаемыми ниже.

Таким образом, в целом ряде случаев Конституция трактуется судами не так, как могли бы предположить ее авторы.

«Невидимые нормы»

Как это ни покажется странным, некоторые из важнейших конституционно-правовых норм, применяемых судами, в самой Конституции просто отсутствуют.

Так, например, штаты США не имеют права выхода из США. Однако в Конституции это (несомненно, конституционно-правовое) положение отсутствует. В действительности оно было сформулировано Верховным судом после Гражданской войны (в ходе которой ряд штатов объявлял о своем отделении)¹⁵.

В качестве другого примера «невидимого положения» можно назвать оговорку о «равной защите» в Пятой поправке¹⁶. Собственно, дело в том, что такой оговорки там нет (поправка, кстати говоря, была принята в 1791г., во времена рабства, когда ни о какой «равной защите» речи и не шло). Вместо этого в ней имеется оговорка о «надлежа-

щей процедуре» («никто не может быть лишен жизни, свободы или собственности без надлежащей правовой процедуры»). Понятие «надлежащей процедуры», разумеется, весьма неоднозначно. За истекшие двести с лишним лет суды выработали весьма развитую теорию того, что оно означает. Так, было установлено, что в уголовных делах «надлежащая процедура» включает стандарт доказывания «вне обоснованных сомнений» (*beyond reasonable doubt*)¹⁷, причем определено это было лишь в 1970г. (хотя сам стандарт применялся и до этого)! Как и весь Билль о правах (поправки I-X), Пятая поправка, по замыслу «отцов-основателей», применима к федеральному центру, но не к штатам (это, кстати, тоже не вполне очевидно из текста Конституции, но установлено судебным решением)¹⁸.

С другой стороны, Четырнадцатая поправка (разд. I) от 1868г., применимая к штатам, но не федеральному центру, содержит как оговорку о «надлежащей процедуре», так и оговорку о «равной защите» («ни один штат не может лишить какое-либо лицо жизни, свободы или собственности без надлежащей правовой процедуры либо отказать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной защите законов»). Эта поправка была принята сразу после Гражданской войны, и оговорка о «равной защите» естественна для данного исторического периода: она была предназначена для защиты чернокожих граждан. Сходным образом со временем была выработана развитая теория (отчасти обсуждавшаяся выше) того, что именно означает оговорка о «равной защите». В частности, как уже упоминалось, было установлено, причем лишь в 1954г., что она запрещает расовую сегрегацию со стороны правительства штата.

Однако в результате образовалась существенная асимметрия в конституционных обязанностях штатов и федерального центра перед своими гражданами. Исходя из буквального прочтения Конституции, и федеральный центр, и штаты должны обеспечивать «надлежащую процедуру», но только штаты должны обеспечивать «равную защиту». Наблюдатель из страны системы гражданского права мог бы предположить, что следует либо внести изменения в Конституцию, либо смириться с этой неприятной асимметрией. Правовая мысль США развивалась в несколько ином русле.

В том же 1954г. (более того, в решении от того же дня, что и вышеупомянутое) Верховный суд установил, что оговорка о «надлежащей процедуре» в Пятой поправке налагает на федеральные власти те же ограничения, что и оговорка о «равной защите» в Четырнадцатой поправке, — на власти штатов¹⁹. Таким образом, оговорка о «равной защите», по существу, содержится в оговорке о «надлежащей процедуре» Пятой поправки. В принципе, исход данного дела неудивителен: если бы не «творческое прочтение» оговорки о «надлежащей процедуре», суду пришлось бы признать конституционность расовой сегрегации в школах федерального округа Колумбия (который не является штатом). Однако техника интерпретации Конституции, продемонстрированная при этом судом, до сих пор вызывает неоднозначные суждения у американских специалистов²⁰. Впрочем, решение Верховного суда пересмотреть может лишь сам Верховный суд, а он такого желания не изъявляет.

Однако в Конституции оставался другой тип асимметрии. Многие полезные положения Билля о правах, примененного к федеральному центру (например запрет «необоснованных обысков и арестов», попр.IV), не были включены ни в Четырнадцатую поправку, ни в какую-либо другую, применимую к штатам. Как оказалось, и это тоже не проблема: в серии решений начиная с 1960г. Верховный суд определил, что большинство положений Билля о правах «инкорпорировано» в оговорку о «надлежащей процедуре» Четырнадцатой поправки, следовательно, они обязательны к исполнению штатами²¹. Еще раньше, в 1925г., туда же было «инкорпорировано» право на свободу слова из Первой поправки²². Любопытно, что некоторые другие положения Билля о правах (например право «хранить и носить оружие», попр.II) так и не были «инкорпорированы» Верховным судом в Четырнадцатую поправку.

Период наиболее интенсивного развития теории значения оговорки о «надлежащей процедуре» (в основном в 1960-х гг.) получил название «революция надлежащей процедуры» (*due process revolution*). В частности, многие действующие в настоящее время положения уголовного процессуального права были выведены Верховным судом непосредственно из Конституции²³. «Революция надлежащей процедуры» является важным и, по-видимому, необходимым этапом развития конституционного права США. Она является ярким примером вложения совершенно нового смысла в неизменный текст Конституции.

Таким образом, оговорка о «надлежащей процедуре» оказалась чрезвычайно удобным инструментом для создания и перемещения по Конституции конституционных норм. Некоторые правовые приемы, которые были использованы для совершения «революции надлежащей процедуры», могут вызвать изумление у зарубежного исследователя.

Неписаная конституция?

Несмотря на видимые различия между текстом Конституции и фактическим устройством системы власти США, было бы несправедливо сказать, что власти США незаконноуполномочены. Все дело в том, что конституционное право США отличается от текста Конституции²⁴. Можно смело сказать, что конституция США в значительной мере носит неписанный характер, подобно конституции Великобритании²⁵. Неписанные конституционно-правовые нормы — продукт деятельности судебной системы, прежде всего Верховного суда США.

В принципе, столь активная позиция судов органична для страны общего права. Однако возникает вопрос, почему же США приняли писаную Конституцию, но подчиняются другой, неписаной? Как мы видели, эти две версии конституции довольно существенно отличаются, чтобы не сказать — противоречат друг другу. Почему бы не внести в Конституцию поправки, если уж это необходимо?

Возможно, дело здесь в той высокой планке, которую установили «отцы-основатели» для внесения поправок (предложение двумя третями обеих палат Конгресса и ратификация тремя четвертями штатов) (ст.V). Несмотря на многочисленные попытки, за всю более чем двухве-

ковую историю Конституции эту процедуру удалось пройти до конца лишь 26 поправкам.

В этом свете относительно пассивная позиция законодателей вполне объяснима с прагматической точки зрения. Внести поправку в Конституцию не просто, это требует огромных организационных усилий и финансовых затрат, а успех не гарантирован. Вместе с тем, если конституционно-правовое изменение (например укрепление центральной власти) назрело и является необходимым для общества, его нужно проводить. Наименее затратный для общества способ сделать это — принятие решения девятью судьями Верховного суда (а точнее пятью, так как требуется простое большинство).

Однако с точки зрения юридической чистоты результат весьма страшен. Как можно видеть из предыдущего обсуждения, существенная часть корпуса конституционного права США выглядит как набор довольно искусственных приемов, предназначенных, очевидно, именно для обхода действующих положений о внесении поправок в Конституцию.

Наконец, с точки зрения политологии здесь есть серьезная проблема. Откуда Верховный суд знает, что именно его интерпретация, фактически вводящая новую конституционно-правовую норму, это именно то, в чем пуждается общество? Напомню, что судьи Верховного суда не избираются гражданами США, а назначаются Президентом с согласия Сената, причем назначение это — пожизненное (разд.1 ст.III). А ведь решение Верховного суда по конституционному вопросу никем не может быть пересмотрено (кроме самого Верховного суда либо путем формального внесения поправок в Конституцию).

В результате в конституционном праве США чрезвычайно велика роль личности, и прежде всего личности Председателя Верховного суда (*Chief Justice*). Так, многие из обсуждавшихся выше революционных решений были приняты Верховным судом под председательством Эрла Уоррена (1953–1969). Стоит отметить, что действующий в настоящее время состав Верховного суда (Председатель — Джон Робертс), назначенный по большей части президентами-республиканцами, занимает несравненно более консервативную позицию.

Очевидно, авторы Конституции, устанавливая столь сложную процедуру внесения поправок, преследовали цель сохранения стабильности конституционных положений и невозможности изменения Конституции в угоду сиюминутным политическим интересам и взглядам отдельных политиков. Парадоксальным образом результат получился в некотором смысле противоположным: де-факто Конституция рутинным образом пересматривается выборным органом, состоящим всего лишь из девяти человек.

Может показаться удивительным, что при всем этом конституционное право США не скагывается в цикл неконтролируемых изменений. Это, несомненно, свидетельствует о замечательной устойчивости прецедентной системы общего права, основанной на принципе «принятое решение остается в силе» (*stare decisis*).

Таким образом, фактически существенная часть конституции США носит неписанный характер, являясь продуктом деятельности судебной системы. В противоречии с об-

ними демократическими принципами важнейшая нормотворческая функция осуществляется невыборным органом.

Некоторые выводы для России

Как и в США, авторы российской Конституции (неосомненно, находясь под впечатлением от непрерывного пересмотра Конституции РСФСР в заключительный период ее действия) установили весьма высокую планку для внесения в нее изменений. В большинстве случаев для этого требуется одобрение трех четвертей Совета Федерации, двух третей Государственной Думы и законодательных собраний двух третей субъектов РФ (ст.136, п.2 ст.108; здесь и далее необозначенные ссылки — на Конституцию РФ). Таким образом, для изменения текста Конституции необходима необычайно высокая консолидация либо всего общества, либо как минимум его законодательной власти.

Значит ли это, что в дальнейшем конституционное право России будет эволюционировать в большей степени за счет изменений судебной интерпретации, чем за счет формального внесения поправок в Конституцию? Казалось бы, это совершенно неправдоподобная перспектива для страны гражданской системы права, каковой является Россия. Однако обратимся к судебной практике.

В отличие от США, в России оценкой конституционности положений тех или иных нормативных актов занимается исключительно Конституционный Суд РФ (ст.125). По сравнению с Конституцией США, Конституция РФ еще очень молода: она принята лишь в 1993г. Несмотря на это, ее положения уже успели получить значительное количество нетривиальных судебных интерпретаций, в том числе довольно противоречивых. Можно себе представить, что будет через двести лет!

В качестве примера неявного конституционного нормотворчества можно привести концепцию «недобросовестного налогоплательщика»: согласно существующей судебной практике, к такому налогоплательщику нормы налогового права могут применяться не в полном объеме, а выборочно. В Налоговом кодексе РФ данное понятие отсутствует. Оно было введено в активный правовой оборот актом Конституционного Суда от 2001г., принятым в связи с распространившейся практикой «лжеуплаты» налога через неплатежеспособные банки: было признано, что на недобросовестных налогоплательщиков не распространяются обычные правила признания налога уплаченным (в то время — с момента списания средств со счета)²⁶. Тем самым некодифицированная концепция «недобросовестного налогоплательщика» приобрела, по существу, силу конституционно-правовой нормы, став своего рода «расширением» положения об обязанности платить законно установленные налоги (ст.57)²⁷.

Еще более яркий пример — история с «законом о назначении губернаторов»²⁸ (официально это называется «наделение полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ)»)²⁹. Как известно, по ныне действующему (с 2004г.) федеральному законодательству глава субъекта РФ наделяется полномочиями законодательным органом субъекта по пред-

ставлению Президента РФ; Президент также может отрешить его от должности, например, в случае «утраты доверия»³⁰. Если законодательный орган не согласится с представленной кандидатурой, он может быть распущен Президентом³¹. Отметим, что указанные полномочия Президента в Конституции явно не фигурируют.

Порядок выборов или назначения глав субъектов РФ Конституцией не установлен. По согласно Конституции народ, являющийся источником власти, «осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления» (п.2 ст.3); при этом граждане РФ «имеют право избирать и быть избранными» (ст.32).

В свое время (в 1996г.) именно на этом основании Конституционный Суд признал неконституционным порядок, предусматривающий избрание главы Алтайского края его законодательным органом³². Мотивировка: из смысла указанных статей следует, что «высшее должностное лицо, формирующее орган исполнительной власти, получает свой мандат непосредственно от народа и перед ним ответственно». Превращение Законодательного Собрания «в своеобразную избирательную коллегию, решение которой подменяет прямое волеизъявление избирателей», неконституционно. Кроме того, недопустимо ставить «исполнительную власть в подчиненное по отношению к представительному органу положение».

Однако в 2005г. Конституционный Суд трактует те же конституционные нормы совсем иначе³³. Оценивая конституционность нового федерального закона о «назначении губернаторов», суд приходит к выводу, что наделение полномочиями главы субъекта РФ может происходить «не обязательно только посредством прямых выборов населением субъекта». Мотивировкой служит аналогия с назначением главы федеральной исполнительной власти. Комментируя собственное постановление от 1996г., суд отмечает, что оно было принято «с учетом действовавшего в то время правового регулирования», а именно федерального избирательного законодательства и уставов субъектов РФ, предусматривающих прямые выборы глав субъектов. Таким образом, Конституционный Суд использует федеральный закон и даже нормативные акты субъектов РФ для истолкования положений Конституции, что представляется весьма спорным.

С этим решением согласны далеко не все специалисты по конституционному праву. Так, судьи Конституционного Суда В.Г. Ярославцев и А.Л. Конопов, выступившие с особыми мнениями, считают новый порядок «назначения губернаторов» неконституционным. Мотивировка критиков, по существу, совпадает с аргументацией Конституционного Суда образца 1996г.: новый порядок «назначения губернаторов» нарушает избирательные права граждан и принцип разделения властей, а вдобавок и принципы федерализма.

Не берясь за решение вопроса по существу (это прерогатива Конституционного Суда), отмечу лишь очевидную эволюцию в судебной интерпретации конституционных норм. «Можно ли предположить, что текущее изменение законодательства или некий “дух времени” могут изменить смысл конституционных норм до неузнаваемости?» — за-

дастся вопросом А.Л. Кононов в своем особом мнении. Несмотря на риторический характер вопроса, правильный ответ на него — «да, могут изменить». Мы уже видели примеры подобного изменения в конституционном праве США; рассматриваемый пример показывает, что в какой-то степени то же возможно и в России.

Эту эволюцию констатирует и Венецианская комиссия (Европейская комиссия «За демократию через право», экспертный совещательный орган Совета Европы по конституционным вопросам) в своем заключении, посвященном проекту российского «закона о назначении губернаторов». Согласно выводам Венецианской комиссии, «[в] России палицо устойчивая тенденция к укреплению центральной власти без изменения текста Конституции. Риск подобного конституционного развития вне текста Конституции состоит в том, что нормативная сила Конституции может уменьшиться»⁴⁴.

Конечно, Россия — не США, и для нее нехарактерна столь активная роль судебной системы в нормотворчестве. Зато весьма активная роль характерна для президентской власти РФ. В частности, именно Президент внес в Государственную Думу «закон о назначении губернаторов». Очевидно, в данном случае движущей силой изменения содержания конституционной нормы следует считать именно главу государства, что вызывает опасения по поводу возможного дисбаланса власти.

Рассмотренный пример демонстрирует, что, несмотря на довольно жесткие формулировки Конституции, существует реальная возможность радикальной перестройки

всей системы власти в РФ без изменения самой Конституции. Представляется, что для России подобная ревизия содержания конституционных норм далеко не так органична, как для США — страны общего права. Окажется ли российский конституционный строй столь же замечательно устойчивым, как в США, несмотря на активное переосмысление конституционных норм, — покажет будущее.

Заключение

Парадоксальным образом конституционное право США в значительной части никак не связано с текстом Конституции США. Различие между писаной и неписаной конституциями проистекает из творческой интерпретации Конституции судебной системой. По-видимому, такая интерпретация отчасти вдохновляется потребностью обойти сложности, связанные с формальным изменением Конституции. Однако в результате Конституция фактически пересматривается невыборным органом — Верховным судом.

Подобные явления наблюдаются и в России. Несмотря на молодость российской Конституции, уже наметилась тенденция по неявному (без изменения текста) пересмотру содержания некоторых ее важнейших норм. Движущей силой при этом выступает не столько Конституционный Суд, сколько Президент, что создает опасность возникновения дисбаланса властей. Для России, страны гражданского права, данную тенденцию следует признать гораздо менее органичной, чем для США.

Автор признателен профессору Мериэн Дент за ценное обсуждение.

⁴⁴ См., например: Burnham W. Introduction to the Law and Legal System of the United States. West. 2002. P.314.

⁴⁵ Там же, p.316-319.

⁴⁶ Там же, p.4.

⁴⁷ Там же, p.13.

⁴⁸ U.S. Supreme Court. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

⁴⁹ U.S. Supreme Court. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁰ Burnham W. Указ. соч. P.340-346.

⁵¹ Там же, p.342.

⁵² Там же, p.348.

⁵³ Там же, p.353-374.

⁵⁴ U.S. Supreme Court. International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672 (1992).

⁵⁵ Burnham W. Указ. соч. P.329-332.

⁵⁶ U.S. Supreme Court. Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964).

⁵⁷ U.S. Supreme Court. United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).

⁵⁸ U.S. Supreme Court. Tex. v. White, 74 U.S. 700 (1869).

⁵⁹ Burnham W. Указ. соч. P.340.

⁶⁰ U.S. Supreme Court. In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

⁶¹ U.S. Supreme Court. Barron v. Baltimore, 32 U.S. 243 (1833).

⁶² U.S. Supreme Court. Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).

⁶³ См., например: Burnham W. Указ. соч. P.340, n.159 («Это решение, разумеется, абсурдно как интерпретация конституционного текста»).

⁶⁴ Burnham W. Указ. соч. P.277.

⁶⁵ U.S. Supreme Court. Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

⁶⁶ Упомянем хотя бы полицейскую практику «защитывать права» арестовываемому. Она явилась следствием судебного решения, признанного, что без подобного предупреждения использование в суде показаний, данных арестованным, неконституционно. U.S. Supreme Court. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

⁶⁷ См., например: Burnham W. Указ. соч. P.317 («значительная часть корпуса конституционного права [США] не прослеживается к тексту Конституции какими-либо традиционными средствами»).

⁶⁸ Grey T.G. Do We Have an Unwritten Constitution? // Stanford Law Review, 1975, Vol.27, P.703. Цит. по: Burnham W. Указ. соч. P.319, n.23.

⁶⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 г. №138-О.

⁷⁰ См: Будылин С.Л. // Российская юстиция. 2006. № __. С. __.

⁷¹ Федеральный закон от 11.12.2004 №159-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации».

⁷² Федеральный закон от 06.10.1999 №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации».

⁷³ Там же, п.1 ст.18, пп.а) п.1 ст.19.

⁷⁴ Там же, п.4.1. ст.9.

⁷⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 18.01.1996 №2-П.

⁷⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.12.2005 №13-П.

⁷⁷ Там же, pag.33.