

РЕЦЕНЗИЯ И КОММЕНТАРИЙ К КНИГЕ С. М. ШАХРАЯ
«О КОНСТИТУЦИИ: ОСНОВНОЙ ЗАКОН
КАК ИНСТРУМЕНТ ПРАВОВЫХ
И СОЦИАЛЬНО-ПОЛИТИЧЕСКИХ ПРЕОБРАЗОВАНИЙ».
М.: Наука, 2013. 919 с.

В настоящей рецензии выделяются некоторые особенно интересные мысли из книги С. М. Шахрая «О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований», способные вызвать глубокий отклик у читателя и побудить его к собственным размышлениям. Немаловажной является идея «амбивалентности» российской Конституции, с одной стороны, жестко фиксирующей основные конституционные ценности и принципы, а с другой — оставляющей простор для политического творчества, для обновления государственно-правовых институтов сообразно развитию общества. Социальная, экономическая, культурная детерминированность многих положений Конституции, нашедшая отражение в самых первых словах ее преамбулы, идея зависимости от предшествующего развития (*path dependence*) предопределяют использование автором методов институциональной экономики. Принципиально актуальным для сегодняшнего времени оказывается обращение С. Шахрая к идеям Дж. Бьюкенена о взаимоотношениях рыночной и политической конкуренции. Некоторые размышления автора книги важны и для понимания фундаментальной идеи балансирования, в том числе, в виде принципа сдержек и противовесов (*checks and balances*), лежащей в основе государственного механизма. С учетом сказанного, монография, бесспорно, представляет большой интерес для юристов, политологов, социологов и экономистов.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: конституционные ценности, институциональная экономика, политическая конкуренция, стабильность и развитие.

REVIEW OF AND COMMENTARY ON S. M. SHAKHRAI BOOK “ON THE CONSTITUTION: THE FUNDAMENTAL LAW AS AN INSTRUMENT OF LEGAL AND SOCIO-POLITICAL REFORMS”. M.: NAUKA, 2013. 919 P.

This review touches upon some particularly interesting ideas from the book of S. M. Shakhrai Book “On the Constitution: The Fundamental Law as an Instrument of Legal and Socio-Political Reforms” which can strike a deep chord in the readers’ heart and urge them to make their own considerations. An important idea is that of the ambivalence of the Russian Constitution which strictly establishes the main constitutional values and principles, on the one hand, and provides freedom for political creativity, for renewal of state and legal institutes according to the development of the society, on the other hand. Social, economic, and cultural determinacy of many constitutional provisions reflected in the first words of its recitals, the idea of path dependence predetermine the usage of the methods of institutional economics by the author. S. M. Shakhrai’s resort to the ideas of G. Buchanan regarding the relations between the market and political competition is particularly urgent today. Some reflections of the author of the book are important for to understand the fundamental

idea of balance, including the principle of checks and balances underlying the state mechanism. In light of the foregoing, the monograph is, undoubtedly, of great interest for lawyers, political scientists, social scientists and economists.

KEYWORDS: constitutional values, institutional economics, political competition, stability and development.

Сергей Михайлович Шахрай не нуждается в особом представлении. Крупный политический деятель России в сложный период ее истории, один из тех, кто взял на себя тяжелую ответственность по созданию новой российской Конституции, глубокий ученый, он в канун празднования двадцатилетия российской Конституции опубликовал монументальное исследование, которое в равной степени будет полезным не только юристам, но и политологам, экономистам, социологам и историкам. Книга читается легко, она снабжена интересными таблицами, содержит много информации по истории создания действующей Конституции России, а поэтому я бы рекомендовал ее и студентам, и аспирантам.

Я для себя выделил в книге три основных блока. В первом С. М. Шахрай исследует феномен действующей Конституции, являющейся основным инструментом управления масштабными социальными трансформациями. В этой части книги автор, исходя из своих представлений об общих закономерностях «переходных периодов», выявляет методологические проблемы, возникающие при оценке роли Конституции в управлении социальными трансформациями.

Во второй части описываются особенности Основного закона как «плана будущего». Этот «футурологический» аспект Конституции рассматривается с помощью описания конституционных моделей отношений общества и государства, государственного устройства Российской Федерации, организации верховной государственной власти, моделей политической системы, конституционной модели российской экономики и т. д.

В третьей части содержится ценный анализ исторического развития Основного закона за 20 лет, практической реализации конституционных моделей, что позволяет читателю усвоить многомерное, объемное видение исторической роли Конституции 1993 г. в становлении нового этапа российской государственности. Это уже, образно выражаясь, не плоский экран, книга позволяет увидеть ее как бы в формате 3D, поскольку Конституция рассматривается как часть конституционного пространства и в определенный период своего развития.

Конституция и ее практическое воплощение, реальность текста и реальность конституционно-правового пространства рассматриваются автором на примере избранных им сфер. Это реализация конституционной модели федерализма, а также конституционной модели экономики и государственного аудита.

Возможно, есть смысл предупредить читателя о том, что книга С. М. Шахрая — это не обычное конституционно-правовое исследование, основанное на методологии, разработанной в юридической науке. Я бы отнес это исследование к числу междисциплинарных, когда автор использует для этого методы, характерные для других социальных наук.

Особенно заметны стереоподходы к исследованию Конституции в первой части книги, где автор, обнаружив стыки между конституционным правом и политологией, пытается объяснить читателям, почему одни конституции способны успешно трансформировать социальную реальность,

а другие, будучи практически идеальными по форме и содержанию, так и остаются «безжизненными и бесплодными политическими артефактами» (с. 12). Российская Конституция была принята в условиях острого политического конфликта, который неизбежно сопровождает процессы системной трансформации общества и государства. Как пишет С. М. Шахрай, в этой обстановке творцы принципиально нового Основного закона должны были решить непростую задачу. Суть ее заключалась в необходимости дать практический ответ на вопрос: как в ситуации общественного раскола создать Конституцию, которая могла бы способствовать восстановлению общественного согласия и одновременно служить эффективным инструментом трансформации социально-экономической системы, иными словами — реально работать (с. 14).

С. М. Шахрай убедительно объясняет общий концептуальный подход к решению указанной задачи. Он заключался в том, что Основной закон должен был стать ядром кристаллизации порядка из хаоса «эпохи перемен» (с. 14). Именно этим концептуальным подходом объясняются основные юридические особенности Конституции 1993 г., позволяющие «чтобы при погружении в перенасыщенный “социальный раствор” прочная рамка из ключевых идей и принципов дала бы основу для роста новой структуры» (с. 14). Для этого (чтобы гарантировать жесткость Конституции) в нее были встроены специальные конструктивные элементы, являющиеся приемами конституционной юридической техники, которые позволяли бы сохранить ее устойчивость, несмотря на любую флуктуацию социальной среды.

Далее автор подробно анализирует то, как в тексте Основного закона был реализован общий концептуальный замысел. Во-первых, в Конституции содержится набор конституционно-правовых ценностей, которые в равной степени разделяются всеми представителями всего спектра политической элиты. По образному выражению автора, это «ядро согласия». Особенно много таких объединяющих ценностей содержит Преамбула, состоящая из 66 сакральных слов. Действительно, кто рискнет выступить против ценностей гражданского мира и согласия, верховенства права, исторически сложившегося государственного единства, равноправия и самоопределения народов, необходимости чтить память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость, против незабываемости демократической основы суверенной государственности России?

Тем самым Конституция заложила столь необходимую аксиологическую базу для политического согласия.

Во-вторых, в 1993 г., когда возникли острые конфликты по основным конституционным вопросам (о правах человека, о федерализме, о собственности на недра и т. д.), в условиях дефицита времени для достижения консенсуса очень прагматично была использована юридическая техника: вместо фиксации в тексте тех или иных решений, воспринимаемых как грубое «продавливание», творцы Конституции описали алгоритмы решения этих конфликтов в будущем, в текущем законодательстве. В общем, для решения сложнейших и неразрешимых в то время политических споров воспользовались простыми приемами юридической техники, включая широкое использование бланкетных норм. В тексте Конституции нет детального урегулирования избирательной системы, но есть отсылка к будущему избирательному законодательству, не отрицается, что природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, но при этом вопросы владения, пользования и распоряжения природными

ресурсами отнесены компетенционной и одновременно бланкетной нормой к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. У А. С. Пушкина есть замечательные стихи с яркой метафорой:

«...На нити праздного веселья
Низал он хитрою рукой
Прозрачной лести ожерелье
И четки мудрости златой...»

«Четки мудрости златой» — вот что такое умелое применение довольно простых юридических приемов в нашей Конституции. Но для того чтобы пойти на их применение, у политической элиты должен был быть настрой на совместное политическое сосуществование, а не на гражданскую войну. «Соединенность общей судьбой на своей земле» — а именно этими священными словами начинается конституционный текст! — объясняет, почему мы, российский народ, не очутились в пучине гражданской войны, болезненно пережив только один ее эпизод в октябре 1993 г. Осознание общей судьбы на своей земле оказалось могущественнее расколов в российском обществе, которые принес «окаянный» XX век!

Вот почему удалось создать особенно прочную модель Конституции, «которая с момента своего рождения отличалась качествами устойчивости, “здоровья” и жизнеспособности, поскольку изначально включала в себя набор стимулов, процедур, инструментов, обеспечивающих ее самосохранение. С одной стороны, это жесткое закрепление основополагающих принципов, включая усложненный порядок внесения изменения в текст Конституции. С другой стороны, это отсутствие запретов для самого широкого политического творчества в существующих конституционных рамках» (с. 58). С. М. Шахрай ссылается на мнение В. Д. Зорькина, полагающего, что гигантское завоевание Конституции 1993 г. состояло в том, что она закрепила прочность государственных конструкций и одновременно сохранила пространство для свободы внутри этих прочных конструкций. В этом ее огромное отличие от предыдущих конституций. Дело не только в новом качестве человеческих свобод. Дело и в новой государственной прочности (с. 82). Я знаком с основными научными работами С. М. Шахрая, в том числе и с его докторской диссертацией, и поэтому помню, что идея об «амбивалентности» российской Конституции и ранее высказывалась автором, она является для его творчества принципиально важной. Конституция, которая жестко зафиксировала базовые, принципиальные идеи для строительства новой России, допускает определенную амбивалентность в решении вопросов практического характера. В этой амбивалентности содержатся большие возможности для политического творчества, для постоянного совершенствования институтов государства и общественных отношений.

Мне особенно импонирует использование С. М. Шахраем методов институциональной и конституционной экономики. Признаюсь, я не могу быть до конца объективен, поскольку сам медленно перемещаюсь в диапазоне от мнения, согласно которому использование этих новых для конституционного права методов носит спекулятивный характер, до, возможно, чрезмерно оптимистического вывода о том, что в будущем эти методы окажутся более востребованными. Во всяком случае, исследование Шахрая дало мне пищу для размышлений и вселило дополнительную уверенность, что я, занимаясь методологическими аспектами научной дисциплины «Экономика и право», не сбился с пути.

А теперь чуть более подробно об идеях С. М. Шахрая по использованию в конституционном праве достижений институциональной экономики. Автор формулирует точную эпистемологическую аксиому — необходимо рассматривать и оценивать любые нормативные акты, любые политические решения с учетом всего исторического контекста, с учетом всех возможностей и ограничений, которые существовали на момент их принятия (с. 59). Также он отмечает, что в институциональной экономике существует теория «зависимости от предшествующего развития» (path dependence). Ее основы были заложены в 80-е гг. XX в. американскими экономистами-историками Полом Дэвидом и Брайаном Артуром, которые изучали феномен «институциональной инерции», т. е. вопрос о том, почему институциональные новации не всегда возможны в существующей экономической системе. Согласно этим теоретическим взглядам, «новизна любого нового Основного закона не может быть абсолютной, а его конструктивный потенциал всегда будет ограничиваться инерцией системы, в которой производятся изменения» (с. 60).

С. М. Шахрай высказывает мысли, очень созвучные моим собственным. «Более того, — как пишет автор, — динамичный баланс традиционного и нового объективно необходим, поскольку позволяет государству, обществу, культуре развиваться и отвечать на вызовы времени, не теряя своей национальной идентичности. Потому шаг новизны в конституционном и политическом творчестве не может быть выше какого-то предела, даже если архитекторы нового мира имеют намерение начать все с чистого листа». Я думаю, что современный российский судебный конституционализм старается учитывать национальные правовые традиции, пределы возможного, а также считается даже с инерционными элементами в общественном сознании. Кстати, об этом писал и известный немецкий конституционалист Й. Изензее, заметивший, что конституция не только кодифицирует основные юридические нормы, реальная конституция кодифицирует связи с прошлым народа.¹

Идея о том, что есть некий «исторический предел», обладает значительным методологическим потенциалом. Сейчас России приходится усваивать ряд конституционно-правовых идей, появившихся на Западе. Возникает сложная дилемма: как, «осознавая себя частью мирового сообщества» (предпоследняя строчка преамбулы Конституции РФ 1993 г.), не потерять национальной правовой идентичности? Западничество как определенная идеологическая установка может помешать найти разумный баланс, если побуждает замечать и воспринимать все плоды правовой цивилизации без разбора, не замечая стоящие за ними творческие процессы. Вряд ли полезна установка на подражание, а не на собственное правовое творчество. Западничество является благом, только если заимствуются приемы, способы правового творчества, его методология, но не готовые результаты, которые бывает трудно «прописать» в России.

По мнению С. М. Шахрая, «фактически в действующей российской Конституции были реализованы идеи и подходы так называемой концепции взаимной безопасности (Common Security), появившейся на исходе “холодной войны” и дающей возможности для укрепления безопасности всех конфликтующих сторон. Ключевой технологический прием, вытекающий из этой теории, заключается в том, что каждая сторона может добиваться обеспечения безопасности для себя через увеличение безопасности для

¹ См.: Государственные права Германии. Т. 1 / отв. ред. Б. А. Топорнин. М., 1994. С. 12.

всех сторон» (с. 60). По сути, в процессе подготовки российской Конституции 1993 г. использованы приемы теории игр, в которой существует учение об «игре с нулевой суммой» (одна из сторон в игре выигрывает столько, сколько проигрывает другая сторона); есть также «игра с отрицательной суммой» (в которой проигрывают все) и «игра с положительной суммой» (в которой выигрывают все стороны) (с. 61). Применительно к сфере конституционного права теория игр может быть использована следующим образом: если противостоящие друг другу политические силы расколотого общества смогут убедиться, что Основной закон государства равным образом защищает их права и содержит идеи, против которых трудно возразить, то они будут заинтересованы в сохранении этого документа как гарантии обеспечения их собственных политических интересов.

С. М. Шахрай является убежденным сторонником идеи о том, что поскольку новая Конституция описывает концептуальные основы, цели и принципы трансформации государства и общества, постольку к ее анализу, а также к исследованию процесса и результатов фактической реализации нормативных моделей, заложенных в Конституции 1993 г., применим методологический инструментарий наук о переходном периоде. Поэтому, считает автор, перспективные теоретические и методологические подходы для изучения роли конституции в меняющемся обществе может предложить также конституционная экономика (с. 50). Вклад в теорию общественного выбора, внесенный Дж. Бьюкененом, Нобелевским лауреатом по экономике (1986), состоит в том, что он первым выбрал абсолютно новое направление в экономическом анализе права и открыл новую страницу дисциплины «Экономика и право». Он стал анализировать совершенно нерыночные решения, принимаемые в сфере общественных отношений, изучаемых конституционным правом. По мнению Дж. Бьюкенена, «общественный выбор — это взгляд на политику, который возникает вследствие распространения применения инструментов и методов экономиста на коллективные, или нерыночные, решения» (с. 50).

Как пишет С. М. Шахрай, будучи последовательным сторонником индивидуализма и рыночной конкуренции, Бьюкенен считает идеалом установление таких общественных институтов, которые, подобно конкурентному рынку, позволяли бы лицам, преследующим индивидуальные интересы, одновременно обеспечивать и общественные интересы. Однако, сравнивая особенности политического и конкурентного рынков, Бьюкенен увидел заметные отличия в механизмах их функционирования.

Например, общеизвестно, что при увеличении числа участников эффективность обычного рынка растет. Однако рост конкуренции на политическом рынке, напротив, снижает его эффективность, поскольку необходимость согласования мнений серьезно осложняет процесс принятия коллективных решений. Если на рынке частных благ потребитель стремится сделать наилучший выбор, то участники политического рынка демонстрируют парадоксально низкую требовательность к качеству предлагаемых «товаров» — будь то претенденты на государственный пост, программы политических партий, принимаемые законы или социально-экономические решения правительства. Кроме того, обычный конкурентный рынок способен достаточно точно настраиваться на удовлетворение разнообразных интересов потребителя, тогда как политический выбор чаще всего осуществляется из малого набора взаимоисключающих альтернатив («из двух зол выбирается меньшее»).

Таким образом, в результате Дж. Бьюкенен оказался перед дилеммой: либо поставить под сомнение идею об универсальности рыночных

методов, либо признать, что существующая в реальности политическая среда не обладает некими необходимыми характеристиками, которые обеспечивали бы нормальную работу механизмов конкурентного рынка.

Решение проблемы исследователь увидел в концепции конституционной (конституциональной) экономики. Суть идеи заключается в следующем: для того чтобы политический механизм стал по своей эффективности подобием рынка совершенной конкуренции, все индивиды должны быть, во-первых, участниками одного и того же контракта и, во-вторых, этот контракт должен быть заключен ими единогласно. Такой контракт (общественный договор) — и есть не что иное, как конституция (с. 51).

Замечу, что идею о применимости категории экономической науки для оценки конституционно-правовых категорий в 30-е гг. XX в. предложил К. Шмитт. Примечательно, что она появилась в ходе рассуждений о необходимости придания публичности политической жизни — проблемой, очень актуальной в современной России. По мысли К. Шмитта, публичность обретает характер абсолютной ценности, хотя сначала она является только практическим средством против профессионально-бюрократически-технической тайной политики. Публичность — это «абсолютно контролирующий орган; устранение тайной политики и тайной дипломатии становится панацеей от любой политической болезни и коррупции».² Как говорил Кондорсе, где царит свобода печати, злоупотребление властью невысказано, всего одна свободная газета способна устранить самого могущественного тирана. Свободная печать является и контролирующей властью (*controlling power*), и проверкой для власти и произвола (“Check to arbitrary power” — по словам фанатика либеральной разумности И. Бенетама). Рационализм как главный продукт Просвещения создал важнейший для того времени образ — образ баланса. Противовесы, которые использовались в устройстве часов, навели на мысль о том, что и в устройстве государства нужны сдержки и противовесы. Рационализм лежит и в основе торгового баланса в национальной экономике, и в идее европейского равновесия во внешней политике, и в равновесии питания в физиологии. Как противовес принципу демократии с его идеей приоритета мнения большинства появилась рациональная по своей природе потребность в контрмэжоритарных институциональных механизмах. Свободная пресса, сильные независимые суды — это есть противопоставление злоупотреблениям принципом большинства.

По словам К. Шмитта, публичность мнения, защищенная свободой слова, свободой печати, свободой собраний и парламентскими иммунитетами, означает в системе либерализма свободу мнений во всем богатстве значений слова «свобода» в этой системе. Свобода выражения мнений — это свобода частных лиц, и она необходима для конкуренции, из которой возникает предустановленная гармония. В современном парламентаризме эта вера в общественное (публичное) мнение соединяется со вторым институциональным представлением — об уравнивании различных государственных деятельностей и инстанций. И здесь имеет место представление об известной конкуренции, в результате которой возникает правильное соотношение. То, что при разделении властей парламент получает роль законодательной власти, тем, однако же, и ограничиваясь, снова делает относительным сам рационализм, лежащий в основе идеи уравнивания.³

² Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 191.

³ Там же. С. 193.

Не стану писать в рецензии о недостатках книги. Они, видимо, есть, но ее чтение убедило меня в том, что полезнее не их фиксация, а форма сотворчества с автором. Это ситуация, когда, в отличие от традиционного и известного авторскому праву соавторства, идея по принципу ассоциативных связей порождает в сознании читателя другую идею. Вот в чем смысл моего комментария к очень интересной и нужной книге С. М. Шахрая.

Гаджиев Гадис Абдуллаевич,
судья Конституционного Суда РФ

Gadzhiev Gadis Abdullaevich,
doctor of legal sciences,
judge of the Constitutional Court
of the Russian Federation

E-mail: gadg@ksrf.ru
© Гаджиев Г. А., 2013