

Новая радикальная критика института конституционной юрисдикции

Ди́тер Гримм*

* Ди́тер Гримм – доктор права, профессор, судья Федерального Конституционного Суда в отставке, член-корреспондент Британской академии по содействию историческим, философским и филологическим исследованиям

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Dieter Grimm: Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit**, в: Der Staat, Vol. 59 (2020), Iss. 3: стр. 321 и далее.

Содержание:

I. Введение	95
II. «Изъять Конституцию из судов»	97
III. Народ как творец и интерпретатор конституции	109
IV. Новые модели конституционной юрисдикции	129
V. Конституционный контроль и принцип демократического правления	136

I. Введение (здесь и далее оглавление предложено Дайджестом)

Тридцать лет назад казалось, что конституция как юридический институт утвердилась в качестве общепризнанного средства легитимации и регулирования функционирования политического правления. Во многих частях мира преодоление авторитарных, диктаторских, военных или расистских режимов привело к появлению новых демократических или

измененных на демократической основе конституций. Но не только конституция, но и конституционная юрисдикция получила распространение как средство обеспечения уважения и верховенства конституции.¹ В конституциях, принятых во второй половине 20 века, особенно после 1989 года, конституционные суды или соответственно суды с полномочиями в области конституционного судопроизводства стали составным элементом того стандарта, который должен был обеспечиваться, чтобы показать серьезное отношение к конституции или, по крайней мере, создать его видимость.

Сегодня конституционный мир выглядит иначе. Проект конституционализма во многих странах, которые еще недавно мечтали о нём, подвергся давлению со стороны популистских тенденций.² Среди первых жертв этого кардинальной смены курса оказались конституционные суды. В кадровом отношении в их состав включаются судьи, чьи позиции оказывается близким к официальной линии государственного руководства или их полномочия урезаются. В недавней публикации *Брюса Аккермана (Bruce Ackerman)*, написанной под влиянием популистских воззрений, говорится, что в государствах, в которых существует институт конституционной юрисдикции, для успеха системной трансформации потребуются годы, потому что конституционные суды стоят на этом пути.³ Но как быть, если трансформация начинается с паралича конституционных судов? Таким государствам, как Венгрия и Польша, для этого понадобилось всего несколько месяцев.⁴

¹ См. C. Neal Tate/Tjorborn Vallinder (Hrsg.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1995; Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe*, Oxford 2014; Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2005; Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge u.a. 2013; Rachel Sieder/Line Schjolden/Alan Angell(Hrsg.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Basingstoke 2005; Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge u.a. 2003; Albert H. Y. Chen, *Constitutional Courts in Asia*, Cambridge u.a. 2018; Yvonne Tew, *Constitutional Statecraft in Asian Courts*, Oxford 2020; H. Kwasi Prempeh, *Marbury in Africa: Judicial Review and the Challenge of Constitutionalism in Contemporary Africa*, 80 *Tulane Law Review* (2006), стр. 1239.

² См. Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge u.a. 2015; Steven Levitsky/Daniel Ziblatt, *Wie Demokratien sterben*, 2018; Mark A. Graber/Sanford Levinson/Mark Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford 2018.

³ Bruce Ackerman, *Revolutionary Constitutionalism*, Cambridge/MA 2019, стр. 226.

⁴ См. Доклады Венецианской Комиссии «Демократия через право»: относительно ситуации в Венгрии - 621/2011; 665/2012, 683/2012, 720/2013; относительно ситуации в Польше - 833/2015; 860/2016.

Показательно, что конституционная юрисдикция находится не только под политическим давлением. В течение некоторого времени растёт определённая оппозиция и в теории. Это проистекает в основном, но не только, из США, где оговорки и возражения по поводу судебного контроля (*judicial review*) имеют давнюю традицию.⁵ Однако традиционная подозрительность в отношении конституционной юрисдикции недавно получила радикальное развитие. Нынешняя критика не направлена против конкретной судебной практики. Она также не касается методологической переориентации, например, в смысле изначального намерения (*original intent*) или изначального смысла (*original meaning*), требования возвращения к которым выдвигались в ответ на либеральную судебную практику «Суда Уоррена» (*Warren Court*). В той же малой степени она ограничивается также предостережениями против судебного активизма (*judicial activism*) и призывами к судебному самоограничению и сдержанности.

Скорее речь ведётся о необходимости отмены судебного контроля. Верховный суд США, который в первую очередь имеется здесь в виду, в этом случае оказался бы лишь высшей апелляционной инстанцией, но утратил бы свои конституционно-судебные функции. Это требование не является популистским или даже антиконституционным, но выдвигается в контексте западного понимания демократии. Авторы, поддерживающие подобные требования, это не маргинальные фигуры в американской юриспруденции, а признанные учёные из первоклассных юридических школ и центров (*Law Schools*), которые политически относятся скорее к либеральному крылу, но, однако, тщательно следят за тем, чтобы их критика воспринималась и понималась не с политической, а с принципиальной теоретико-методологической точки зрения. Эта критика носила принципиальный характер, независимо от того, кто и в рамках каких тенденций или методов исследовал вопросы развития конституционного права.

II. «Изъять Конституцию из судов»

Одним из истоков радикальной критики послужила монография с многозначительным названием «Изъять Конституцию из судов» (*«Taking*

⁵ См. Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, 112 *Yale Law Journal* (2002), стр. 153.

the Constitution Away from the Courts)⁶ Требование автора, Марка Таунета (Mark Tushnet), забрать конституцию из рук судов, основывается у него на определенном понимании конституции, которое он обозначает как «популистская концепция конституционного права» (*populist constitutional law*).⁷ Таунета, однако, нельзя подозревать в популизме в том виде, в котором он преимущественно проявляется сегодня, то есть как концепция правления народа (*Volksherrschaft*), в рамках которого партия или движение отождествляют себя с народом и на этой основе выводят своё право, реализовывать детерминированную ими народную волю, невзирая на существующие конституционные барьеры и ограничения. Центральным моментом служит тезис, что смысл и значение конституции, а также и требования, которые она предъявляет к политике, должны решаться не юристами и судами, а «самими людьми» или «самим народом» (*the people themselves*).⁸

Это выражение является в США знаковым. Отцы-основатели Конституции использовали его неоднократно. У Томаса Джефферсона (Thomas Jefferson) можно прочесть: «Я не знаю другого надежного хранилища высшей власти общества, кроме самого народа» (*I know of no safe depository of the ultimate powers of the society but the people themselves*).⁹ Джеймс Мэдисон (James Madison) спрашивает: «Кто является лучшим хранителем народных свобод?» и отвечает: «Сами люди» (*Who Are the Best Keepers of the People's Liberties? - The People themselves*).¹⁰ Представление о том, что решать должны «сами люди» или «сам народ», относится не только к разработке (проекта) конституции, функция которой во всех демократических конституциях приписывается народу, но и к государственно-политическому процессу в рамках действия конституции. Требование Таунета гласит: «вернуть принятие всех конституционных решений народу, действующему на политическом уровне» (*Return all constitutional decisionmaking to the people, acting politically*), другими словами: «Мы все должны участвовать в создании конституционного права через наши действия в политике» (*We all ought to participate in creating constitutional law through our actions in politics*).¹¹

⁶ Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999.

⁷ Ebd., стр. 177 и далее.

⁸ Ebd., стр. 182.

⁹ Thomas Jefferson, Letter to William C. Jarvis, в: Paul Leicester Ford (Hrsg.), *The Writings of Thomas Jefferson*, Bd. X, New York City/London 1892, стр. 162.

¹⁰ James Madison, For the National Gazette, *National Gazette* vom 20.12.1792, размещено на сайте <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-14-02-0384>.

¹¹ Tushnet (сноска 6), стр. 154, 157.

Эти замечания могут навести на мысль, что целью является введение плебисцитарных элементов, в частности конституционных референдумов, которые можно найти в конституциях отдельных американских штатов, но полностью отсутствуют в Конституции США. Что касается решений, то полномочия американского народа ограничиваются избранием президента и Конгресса. Вместе с тем, эта линия аргументации не выливается в требование проведения народных плебисцитов. Скорее, речь идёт о лишении судов их власти как препятствия на пути «популистского конституционного права». Благодаря этому, должно быть создано «пространство для государственно-политической жизни» (*space for politics*)¹² и перед лицом отклонения от нормального развития восстановлено действие принципа самоуправления. Самоуправление народа - это правление избранных им представителей.

Чтобы обосновать это, *Таунет* проводит различие между большой и малой Конституцией (*the thick Constitution and the thin Constitution*).¹³ «Большая» и «малая» не означают здесь различия с точки зрения характера и содержания регулируемых в конституции нормативных требований и целей. Скорее, это обозначение касается чисто объёма конституционного документа. «Малая» конституция включает в себя немногие основополагающие принципы, «большая» - весь прочий текст. Строго говоря, «малая конституция» содержится вне конституции. Для *Таунета* она идентична основным положениям Декларации Независимости и иногда расширяется ещё и вводными принципами Конституции, т.е. принципами «равенства, свободы выражения мнений, личной свободы», но явно не Первой поправкой или оговоркой о равной защите законом в соответствии с XIV поправкой к конституции США (равенство всех перед законом).¹⁴

«Малая» конституция - это та, которую знает народ, которая воспринимает и непосредственно затрагивает его «жизненно важные интересы», то есть собственно «популистская конституция».¹⁵ Это не значит, что её содержание и смысл бесспорны, но лишь то, что спор о значении её соответствующих норм должен решать не Верховный суд, а проясняться в рамках политического процесса. «Большая» конституция, тем не менее, имеет немаловажное значение. Без этого система управления

¹² Ebd., стр. 187.

¹³ Ebd., стр. 9 и сл.

¹⁴ Ebd., стр. 11. Идея собственно конституции вне конституционного документа напоминает о различии между конституцией и конституционным правом у *Карла Шмитта*, Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, стр. 20. Однако ничто не указывает на то, что *Шмитт* послужил здесь для автора так сказать «крестным отцом».

¹⁵ Ebd., стр. 13.

оказалась бы недостаточно урегулированной. Однако, ссылаясь на «малую» Конституцию, можно пренебречь «большой». Вопрос в том, насколько трактовка этого соотношения должна оставаться прерогативой судов. В конечном итоге, однако, ответ таков: каждая ветвь государственной власти сама определяет значение соответствующих конституционных норм. Если перефразировать знаменитую фразу судьи Верховного Суда *Хьюза (Hughes)*, Конституция - это «то, что говорит большинство Конгресса».¹⁶

Таинет иллюстрирует свои рассуждения при помощи решения Верховного суда, согласно которому законодательное положение о том, что дети нелегальных иммигрантов не имеют права на бесплатное школьное образование, противоречит Конституции США.¹⁷ Несколько лет спустя в Калифорнии в результате народного голосования было введено аналогичное по сути положение. Законодательные органы Калифорнии должны были имплементировать, а директора школ - применять его. Принятое в Калифорнии регулирование со ссылкой на решение Верховного суда по делу *Плайлер (Plyler)* было признано федеральным судом неконституционным. Законодатели Калифорнии были убеждены, что они свято соблюдают Конституцию и законы Калифорнии, а также Конституцию США. *Таинет* задаётся в этой связи вопросом: поступают ли депутаты и директора школ неправомерно, игнорируя решение суда?

Его ответ стоит процитировать. Он звучит: «Конечно, нет». Но почему? «Законодатели давали клятву поддерживать Конституцию - Конституцию, а не Верховный суд. То, что означает Конституция, не обязательно означает то, что говорит Верховный суд. Если законодатели считают, что Суд неправильно истолковал Конституцию, их присяга позволяет им - более того, она может потребовать от них - игнорировать решение по делу *Плайлер*.»¹⁸ *Таинет*, как представляется, исходит из того, что Конституция имеет определенный смысл, который Верховный суд мог упустить или, в любом случае по мнению парламентариев, упустил из виду. Однако из этого не обязательно следует, что решение суда не имеет значения. Ведь,

¹⁶ Ebd., стр. 52.

¹⁷ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

¹⁸ «Законодатели присягали поддерживать Конституцию - Конституцию, а не Верховный суд. То, что означает Конституция, вовсе не обязательно означает то, что говорит Верховный суд. Если законодатели считают, что суд неправильно истолковал Конституцию, их присяга позволяет им - более того, она может потребовать от них - игнорировать решение по делу *Плайлер*. - Legislators took an oath to support the Constitution - the Constitution - not the Supreme Court. What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means. If legislators think the Court misinterpreted the Constitution, their oath allows them - indeed, it may require them - to disregard *Plyler*.» - Tushnet (сноска 6), стр. 6.

как и Верховный суд, калифорнийские законодатели могут ошибаться. Но как *Таинет* пришел к своему выводу?

Таинет не упускает из виду, что самоуправление избранных представителей - это процесс, обусловленный многочисленными предпосылками и условиями. Он перечисляет три условия, которые должны быть выполнены, чтобы говорить о самоуправлении через избранных представителей: Должно обеспечиваться всеобщее свободное избирательное право, должна быть разрешена критика правительства, и должно быть возможным беспрепятственное формирование мнений в дополитическом пространстве, что предполагает защищенность частной сферы.¹⁹ На этой основе делается вывод, что конституционная юрисдикция должна ограничиваться сохранением и поддержанием этих условий. В действительности, в основе такого производного и подчинённого принципу демократии функционального определения лежит влиятельная более ранняя работа по конституционной юрисдикции, а именно «Демократия и недоверие» *Джона Харта Эли (John Hart Ely, «Democracy and Distrust»)*.²⁰ Но не в этом заключается концепция *Таинета*.

Скорее, *Таинет* опасается, что и такое обременённое ограничениями допущение судебного контроля будет достаточным не при любых обстоятельствах. Возможные угрозы принципу демократии можно предотвратить, только полностью отказавшись от судебного контроля. Однако это не приведет к анархической системе, «в которой закон - это то, что каждый думает, каким он должен быть» («*in which the law is whatever anyone thinks it ought to be*»)²¹ Наоборот, конституция сохранит свое директивно-ориентирующее значение, но не как норма, подлежащая судебному контролю. «Вместо этого она задаёт условия и рамки дискурса».²² В ходе дискурса в каждом конкретном случае должно обсуждаться и решаться, как следует понимать смысл применимых норм. «Популистское конституционное право» означает конституцию, которая не предназначена для того, чтобы определять, кто прав в политических спорах и противостояниях. Она не вмешивается в демократический процесс в приказном или запретительном порядке, а «ориентирует нас, когда мы думаем и обсуждаем, куда должна идти наша страна» («*orients us as we think about and discuss where our country ought to go*»)²³

¹⁹ Ebd., стр. 157 и сл.

²⁰ John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge/MA 1980.

²¹ Tushnet (сноска 6), стр. 14.

²² Ebd., стр. 185.

²³ Ebd., стр. 194.

Билль о правах американской Конституции не исключен из процесса такого переосмысления и переопределения. Однако это не означает, что *Таинет* принижает значение прав и свобод индивида по отношению к государству. Он описывает «популистское конституционное право» как «право, приверженное принципу универсальных прав человека, неотъемлемых для реализации самоуправления».²⁴ Но самоуправление не должно более ограничиваться судебными вердиктами Верховного суда относительно фундаментальных прав человека. *Таинет* полагает, что можно иметь права человека как ограничение государственной власти и без того, чтобы их применения против высших органов государства обеспечивалось конституционным судом. По его мнению, они вполне могут выполнять свою функцию, даже если они закреплены не на конституционном уровне, а имеют ранг законов.²⁵

Возражение, что конституционные проблемы в большей степени надлежит решать Верховному Суду, а не Конгрессу, и что стабильность и правовая определенность требуют единообразного ответа на вопросы конституционности, который должен давать только один орган, *Таинет* парирует аргументом, что и парламент, и Суд являются институтами, которые в равной степени преследуют собственные институциональные интересы.²⁶ Также он подчёркивает, что судьи назначаются политическими органами. *Таинет* не считает, что система, в которой единственный орган власти имеет последнее слово в конституционных вопросах, более стабильна и обеспечивает большую правовую определенность, чем система, в которой каждая ветвь власти сама для себя решает, что означает конституция. И он полагал, что Конгресс будет относиться к Конституции более серьезно, если он больше не сможет передавать конституционные вопросы на рассмотрение Верховного суда.²⁷

Таинет завершает свой критический разбор *judicial review* успокоительным заявлением о том, что отказ от судебного контроля не означает каких-либо значительных потерь. «Судебный контроль - это маргинальный институт» («*Judicial review is a marginal institution*»),²⁸ поясняя, что и разговоры о его действительной значимости ничто иное, «как много шума из ничего».²⁹ С одной стороны, он подтверждает это тем, что Верховный Суд, как правило, всё равно принимает решение в пользу соответствующего большинства. С другой стороны, он объясняет, что

²⁴ Ebd., стр. 181

²⁵ Ebd., стр. 163 и сл.

²⁶ Ebd., стр. 26.

²⁷ Ebd., стр. 163.

²⁸ Ebd., стр. 174.

²⁹ Ebd., стр. 153.

либералы и консерваторы завоевывают и теряют позиции примерно в одинаковой степени. Нельзя также сказать, что система правления теряет свои качества без судебного контроля. Иногда судебные решения лучше парламентских, иногда хуже. Однако очевиден положительный эффект отказа от судебного контроля: «это делает популистское конституционное право единственным существующим конституционным правом».³⁰

Ларри Крамер (Larry Kramer) культовое выражение «сам народ» вынес даже в название своей монографии. Подзаголовок показывает, что, как и *Таинет*, он занимается «народным конституционализмом».³¹ Однако, в отличие от *Таинета*, он опирается на историческое исследование роли Верховного Суда. Американская история описывается как постоянная борьба между верховенством судебной власти (*judicial supremacy*) и ведомственным департаментализмом (*departmentalism*; модель принятия политических решений, при которой решения являются результатом согласованной работы основных ведомств – прим. Дайджеста). Верховенство означает, что решения Верховного Суда обязательны для всех ветвей власти. Департаментализм означает, что каждая из трех ветвей власти сама для себя определяет, как следует понимать конституционные нормы. По его мнению, за департаментализм обычно выступали прогрессивные политические силы, в то время как консервативные склонялись к верховенству судебной власти. Лишь недавно ситуация изменилась на противоположную.

В самом начале американской конституционной истории и ещё в течение многих лет было нелепо, чтобы народ уступил ответственность за смысл Конституции судебной власти (судебным органам). Для решения конституционных конфликтов между государственными властями, предусматривалось, скорее, обращение к народу. При этом *Крамер* ссылается на *Мэдисона*: такие конфликты не могут быть разрешены «без апелляции к самому народу, лишь он один, как творец конституции, может установить её истинный смысл» («without an appeal to the people themselves, who, as the grantors of the constitution, can alone declare its true meaning»)³² Это заставляет снова задуматься о всенародных опросах или референдумах, которые *Джефферсон* действительно имел в виду, в то время как *Мэдисон* не исключал их, но предостерегал от их использования,

³⁰ Ebd., стр. 154.

³¹ Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford 2004.

³² Kramer (сноска 31), стр. 45 и сл. Цитата из *Мэдисона* даже становится заголовком главы в книге, ebd., стр. 39. *Крамер*, однако, не указывает, что *Мэдисон* здесь ссылается на другого автора, с которым он критически полемизирует, см. *Federalist* Nr. 47, об этом также см. Jack N. Rakove, *Original Meanings*, New York City 1996, стр. 140 и сл., 280 и сл.

поскольку они могли повредить авторитету Конституции.³³ В любом случае, они не нашли своего места в Конституции.

Крамер, в свою очередь, озабочен не плебисцитами: для него важным является лишение Верховного суда его полномочий (в области исключительного конституционного контроля – **прим. Дайджеста**). По его мнению, функцией Суда не должна являться защита Конституции от законодательной власти. Ответственность за это возлагается на народ, который реализует её через выборы, «но также, если необходимо, и другими, внеправовыми средствами».³⁴ Ни один государственный орган не уполномочен аутентично интерпретировать конституцию, «поскольку право толкования оставалось за народом».³⁵ Согласно ретроспективе *Крамера*, осознание того, что конституция – это дело народа, было утрачено только во второй половине XX-го века. С тех пор она считается делом юристов-экспертов в области права. Результатом стала, по его словам, монополизация толкования конституции Верховным Судом, которая во всём является полной противоположностью «народному конституционализму» (*popular constitutionalism*).

Исследование *Крамера* направлено на восстановление народного конституционализма. Однако он не заходит так далеко, чтобы требовать отмены института судебного контроля. Объектом его критики является исключительно верховенство судебной власти. Верховный суд может и далее интерпретировать и применять конституцию, но за ним более не признаётся право решающего голоса, т.н. «последнее слово», в спорах с другими ветвями власти. Однако именно это право прямо заявил для себя Верховный суд, ссылаясь на дело «*Марбери против Мэдисона*» (*Marbury v. Madison*), когда губернатор Арканзаса *Фабус* (*Faubus*) отказался исполнять постановление по делу «*Браун против Совета по образованию*» (*Brown v. Board of Education*) и поручил Национальной гвардии блокировать доступ чернокожих учеников в здание школы. В чрезвычайно важном постановлении, подписанном всеми девятью судьями Верховного Суда, он объявил, что суд является «высшим авторитетом при толковании права Конституции» (*supreme in the exposition of the law of the Constitution*).³⁶

Сделанный на этой основе вывод был противоположен утверждению *Таинета* о том, что депутаты и государственные служащие присягали

³³ Jefferson, Proposed Constitution for Virginia, в: Paul Leicester Ford (Hrsg.), The Writings of Thomas Jefferson, Bd. III, New York City/London 1892, стр. 332; James Madison, Federalist Nr. 47.

³⁴ Kramer (сноска 31), стр. 58.

³⁵ Ebd.

³⁶ Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958), там же и последующие цитаты.

Конституции, а не Верховному Суду, и тезису *Крамера* о том, что право аутентичного толкования принадлежит не ему, а народу. «Толкование Четырнадцатой поправки, данное этим Судом в деле Брауна, является высшим законом страны» («*is the supreme law of the land*»). Конституция и ее толкование Верховным судом не могут разделяться и противопоставляться друг против друга. «Члены законодательных собраний и все административные и судебные должностные лица торжественно обязались в соответствии со ст. VI поддерживать эту Конституцию» («*Every state legislator and executive and judicial officer is solemnly committed by oath taken pursuant to Art. VI, to support this Constitution*»). Суды и государственная власть, согласно этому мнению, всегда рассматривали это как «неотъемлемую черту нашей конституционной системы» (*indispensable feature of our constitutional system*).

Для *Крамера* подобная трактовка является «чистой воды фикцией и преувеличением»: в действительности же даже на «*Марбери против Мэдисона*» Верховный суд, по его мнению, не имеет никаких оснований ссылаться.³⁷ Верховенство судебной власти описывается им как профессиональная идеология судей (*Berufsideologie der Richter*). «Верховенство - это идеологический постулат, вся цель которого состоит в том, чтобы убедить рядовых граждан, что, что бы они ни думали о конституционных вердиктах, принимаемых судьями, не их дело им противоречить. Это устройство, чтобы изменить направление и ослабить энергию народного конституционализма».³⁸ Кроме того, судебная власть не всегда оказывалась и оказывается на высоте положения. Утверждение верховенства судебной власти имеет, однако, целью максимально отсрочить «момент разрыва» и максимизировать авторитет Суда путем распространения среди населения позиции «почтения и подчинения его решениям» (*deference and submission to its judgments*).³⁹

Крамер видит в подобных тенденциях допущение, что суды заслуживают большего доверия, чем парламенты. Он считает это эмпирически сомнительным. Нет определённой уверенности в том, как будет трактоваться конституция. В любом случае, слишком поспешно отвергается способность Конгресса ответственно и компетентно толковать Конституцию. Он превосходит Верховный суд тем, что в парламентском процессе будет услышано больше голосов и обработано больше

³⁷ Kramer (сноска 31), стр. 221. Обоснование решения по делу *Cooper v. Aaron* см. Larry Alexander/Frederick Schauer, On Extrajudicial Constitutional Interpretation, 110 Harvard Law Review (1997), стр. 1359.

³⁸ Kramer (сноска 31), стр. 233.

³⁹ Ebd.

информации. Его важное, центральное преимущество состоит в слабостях и дефицитах совещательного процесса в Верховном суде. Кроме того, большую часть работы там выполняют клерки-юристы. Это еще одна причина, по которой Конституция вновь должна стать делом народа. «Верховный суд не является высшей инстанцией в стране по конституционному праву. Таковой являемся «Мы»».⁴⁰

В этом случае, вопрос, однако, заключается в том, как вырвать власть у Верховного Суда. Надеясь на президентские выборы 2000 года и решение по делу *Буш против Гора (Bush v. Gore)*,⁴¹ Крамер размышляет о том, что произошло бы в аналогичной ситуации в 1876 году, если бы Верховный Суд решал спор о победе на выборах между кандидатами *Хейсом (Hayes)* и *Тилденом (Tilden)*. Опираясь на исторические прецеденты, он перечисляет различные возможности: предъявить судьям обвинение; «осложнить» им жизнь новыми условиями и требованиями; полностью проигнорировать их решение или объявить его необоснованным; ограничить компетенцию Суда; дополнительно назначить новых судей. Решая вопрос о том, что можно было бы сделать сегодня, чтобы поставить Верховный суд «на место», он обращается к этому каталогу: «средства имеются».⁴²

От преимущественно исторической аргументации Крамера и преимущественно политической аргументации Таинета позиция другого автора, Джереми Уолдрона (*Jeremy Waldron*), отличается тем, что он использует философский подход и стремится сформулировать «общий базовый аргумент против судебного контроля».⁴³ Предполагается, что он не должен зависеть от мнения и отношения к решениям судов, а также быть применимым даже тогда, когда решения принимаются самыми лучшими судьями, которых только можно себе представить. Кроме того, он должен применяться не только к США и их Верховному суду, но и в целом, и, следовательно, «быть без примесей культуры, истории, политических забот конкретного общества».⁴⁴ Однако его соображения ограничиваются основной материально-правовой частью Конституции, основными конституционными правами и свободами. Что касается организационной части Конституции, то он не формулирует четкой позиции. Однако есть

⁴⁰ Ebd., стр. 248.

⁴¹ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

⁴² Kramer (сноска 31), стр. 231, 249.

⁴³ Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Yale Law Journal* (2006), стр. 1346 (1351). стр. До этого уже Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford 1999.

⁴⁴ Waldron, *Core* (сноска 43), стр. 1352.

отрывки, которые могут свидетельствовать о том, что он не является априори противником процедурного контроля.⁴⁵

Судебный контроль законов на соответствие фундаментальным правам объявляется с точки зрения философии необоснованным. За этим, однако, не стоит критика основных прав в целом, как это практикуют теоретики радикальной демократии, для которых существует только одно основное право, а именно право на участие в формировании воли народа. *Уолдрон* выступает за фундаментальные права, которые накладывают ограничения на демократического законодателя, и не ограничивает их признание исключительно теми основными правами, которые могут считаться в качестве неотъемлемой предпосылки демократического формирования политической воли. Для него нет противоречия между основными правами и демократией, но, очевидно есть противоречие между демократией и судебным контролем. Только тогда, когда судебного контроля не существует, «сам народ», по его мнению, принимает решения и причём делает это именно «путём обычных законодательных процедур».⁴⁶

Отправной точкой для рассуждений *Уолдрона* являются разногласия в мнениях общества по вопросу о «справедливом порядке». Эти разногласия распространяются и на индивидуальные права и свободы.⁴⁷ Хотя в обществе, по всей вероятности, и можно прийти к согласию относительно того, что люди обладают или должны обладать основополагающими правами, однако это согласие заканчивается уже на вопросе о том, что заслуживает признания в качестве фундаментального права и кому принадлежат эти права. Кроме того, согласие отсутствует в отношении пределов и ограничений прав, а также в отношении того, как решать конфликты между ними, и тем более относительно их значения в конкретных случаях правоприменения. Также с научной точки зрения существующие расхождения преодолеть невозможно. Именно на этом эмпирическом выводе основан его нормативный подход к конституционному судебному контролю законов.

Разногласия являются основной предпосылкой и условием политических действий. Задача политики заключается в том, чтобы обеспечить возможность совместных действий даже в условиях непреодолимых расхождений. Средством являются закон и право. Определение права должно осуществляться в рамках политического процесса. Субъектом этого процесса является народ. Он свободен в своем

⁴⁵ Ebd., в частности стр. 1371.

⁴⁶ Ebd., стр. 1349.

⁴⁷ Waldron, Law and Disagreement (сноска 43), стр. 1 и сл., 211 и сл.; ders., Core (сноска 43), стр. 1366 и сл.

принципиальном решении об организации политики. *Уолдрон* проводит различие между народным суверенитетом и демократией. Как суверен, народ может выступить и против демократии. Он также может принять решение в пользу судебного контроля. Однако судебный контроль не является демократичным уже только из-за этого. Подобно тому, как тирания не превращается в демократию, даже если решение об этом было принято демократическим путем, так и судебный контроль не становится демократическим только потому, что этого хочет народ.

Наоборот, преодоление социальной разобщенности посредством судебных решений является противоположностью самоуправления. С точки зрения демократии такое преодоление не может быть оправдано. *Уолдрон* прилагает большие усилия, чтобы показать, что введение судебного контроля не является, как это часто предполагается, актом добровольного самообязательства народа (*Selbstbindung des Volkes*), как своего рода мера предосторожности, принятая в разумном состоянии, чтобы предупредить опасность совершения нерациональных действий в «неразумном» состоянии (*precommitment*), а представляет собой акт подчинения (*submission*). В контексте сохраняющихся разногласий, судебный контроль - это не реализация собственной воли народа с помощью «третьей стороны», судов, а подчинение чужой воле.⁴⁸ Таким образом, народ, хотя и по собственной воле, отказывается от самоопределения.

Отвечая на вопрос о том, являются ли условия для обеспечения основных прав в судебном процессе более благоприятными, чем в парламентском, он обращается к различию между факторами, связанными с результатом (*outcome-related*) и факторами, связанными с процедурой/процессом (*process-related*).⁴⁹ Первые из них касаются материального содержания основных прав, относительно которого консенсуса как такового собственно не существует. Поэтому в этих рамках значение могут иметь только процедурные факторы. Для них, однако, он находит более благоприятные условия в парламенте, даже если признать определённые дефициты, например, в том, что касается свободы выбора. Парламентская процедура «явно превосходит в плане демократии и демократических ценностей косвенную и ограниченную основу демократической легитимности судебной власти» (*evidently superior as a matter of democracy and democratic values to the indirect and limited basis of democratic legitimacy for the judiciary*).⁵⁰

⁴⁸ Waldron, Law (сноска 43), стр. 255 и сл.

⁴⁹ Waldron, Core (сноска 43), стр. 1372 и сл.

⁵⁰ Ebd., стр. 1391.

Но естественно решения - особенно при наличии непреодолимых разногласий - неизменно принимаются по принципу большинства. В этом отношении парламенты ничем не отличаются от судов. Численное соотношение девяти судей и 500 членов парламента не является релевантным в сравнении с количеством избирателей, имеющих право голоса. Однако для *Уолдрона* это не может иметь значения, потому что парламентарии представляют народ, а судьи не представляют никого. «Их притязание на участие в управлении является функциональным, а не вопросом управомачивания».⁵¹ Он отмечает, что, если решающее значение имеют исключительно процедурные факторы, то все преимущества - на стороне законодательной власти. Поскольку речь идет о решениях, достигаемых в условиях существующих разногласий, нет необходимости в дополнительном судебной инстанции по принятию решений. «Само законодательство как раз и является решением этих противоречий» (*legislation just is the adjudication of those controversies*).⁵²

Несмотря на то, что *Уолдрон* предъявляет претензию на универсальную значимость своих соображений относительно несовместимости демократии и судебного контроля, его аргументация не ограничивается этим заявлением. Скорее наоборот, в одной из публикаций он ставит её под условие, которое связано с конкретными условиями данного государства и которого ещё не было в его монографии «Право и несогласие» («*Law and Disagreement*»). Согласно этому, категорическое исключение контроля норм должно действовать только в том случае, если демократические институты государства функционируют удовлетворительным образом, суды выполняют свои функции, а население в целом выступает за основные права, но не может прийти к согласию относительно их содержания. Там, где эти предпосылки отсутствуют, нельзя исключить, что судебный контроль может иметь смысл быть целесообразным.⁵³

III. Народ как творец и интерпретатор конституции

Все три автора отвергают конституционную юрисдикцию или, по крайней мере, её верховенство, поскольку «сам народ» (массы) призван прояснять конституционные вопросы. И только *Уолдрон* допускает, что

⁵¹ Ebd., стр. 1392.

⁵² Waldron, *Law and Disagreement* (сноска 43), стр. 309.

⁵³ Waldron, *Core* (сноска 43), стр. 1359 и сл.

народ мог в Конституции эту задачу возложить на Суд.⁵⁴ Как выражение воли народа он это принимает, но рассматривает как отказ от демократии. Однако число государств, которые могут называть себя демократическими, в таком случае значительно сокращается, поскольку полномочия по контролю норм предоставляются судам, как правило, непосредственно в конституции. *Таинет* и *Крамер* в своих работах исследуют проблематику исключительно на примере США и поэтому им не приходится задаваться этим вопросом, поскольку в американской конституции отсутствует прямое разрешение судебного контроля.

Если спросить авторов, каким образом «сами люди» («сам народ») должны решать конституционные вопросы, то возвращение конституции народу оказывается пустым обещанием. Речь идет только о том, чтобы забрать её из судов. После отмены судебного контроля народ не сможет больше, чем до этого. Ему разрешено обсуждать и спорить о значении конституционных норм и он активно и многоголосно, как и предполагает *Уолдрон*, занимается этим: за или против запрета абортов, за или против позитивной дискриминации (*affirmative action*), за или против однополых браков, за или против владения оружием и т.д. Обо всем этом граждане могут составлять своё мнение и также оказывать давление на партии и парламентариев, но они не могут - даже большинством - выносить решения о том, как следует понимать конституцию. Даже в случае конституционных поправок они не оказываются задействованными.⁵⁵

Определяющим фактором народ предстаёт единственно на выборах, в ходе которых непосредственно решается вопрос о людях, которым будет доверено осуществление государственной власти, и косвенно - о политических установках и намерениях, за которые они выступают. Это может включать в себя и то понимание определенных конституционных статей, которое кандидаты и партии имеют в связи с конкретными спорными вопросами. Но выборы - это весьма абстрактные и недифференцированные авансы доверия отдельным кандидатам и политическим направлениям, и они не подходят для того, чтобы провести и реализовать определённое понимание норм конституции. В той же малой степени выборы могут с уверенностью интерпретироваться как изложение позиции народа по определенному конституционному вопросу. Даже если бы это было возможно, остается открытым вопрос о том, как можно побудить избранных лиц впоследствии следовать именно этому мнению.

⁵⁴ Ebd., стр. 1392.

⁵⁵ Возможность созыва "конвенции" для внесения поправок в конституцию в соответствии со ст. V никогда не использовалась - помимо того, что это также было бы только лишь т.н. представительное собрание.

Те, кому без судебного контроля позволено больше, чем с судебным контролем, - это избранные лица в тех государственных органах, которые образуются на всеобщих выборах, то есть, прежде всего, в парламенте, потому что в случае судебного контроля речь идёт, по существу, о нормоконтроле. Парламенту разрешается действовать в соответствии с его собственным пониманием конституции, без того, чтобы другая инстанция могла упрекнуть его в том, что его понимание конституции является заблуждением, что основанный на нём законодательный акт является нарушением конституции и, соответственно, объявляется недействительным и утратившим юридическую силу (*null and void*). Народу же не позволено делать это ни по собственной инициативе ни путем проведения референдумов, ни на основании всенародного опроса, назначенного, например, Конгрессом или Президентом. Конституция не предусматривает такого народного участия и, следовательно, не устанавливает соответствующих процедур.

Таким образом, в период между выборами «сам народ» в реализации своих полномочий принимать решения проявлялся только в образе своих избранных представителей. На последних было возложено определять требования, предъявляемые конституцией к политическому процессу в каждом конкретном случае наличия споров или сомнений. Когда авторы, тем не менее, настаивают на том, что после отмены судебного контроля теперь «сам народ» берет на себя дело интерпретации конституции, они не имеют в виду, что толкования, а также действия представителей, основанные на них, приписываются народу, как это соответствовало бы теории представительства. Выражение «сам народ решает» имеет смысл только в том случае, если представители отождествляются с народом. Для авторов воля представителей - это воля народа.

Однако отцы Конституции были далеки от такого отождествления. Они не только познали на собственном опыте последствия английского парламентского суверенитета, но и стали свидетелями перегибов и эксцессов своих национальных парламентов на коротком этапе между обретением независимости и образованием Соединенных Штатов. Ответом на это стал отход от английской модели и проведение дифференциации между народом и парламентом.⁵⁶ Народ, а не парламент, как в Англии, должен был быть сувереном, в то время как парламент действует только от имени народа: "хозяин и слуга", как это тогда обозначали. Положение (статус) в качестве органа (*Organstellung*) и суверенитет являются

⁵⁶ См. Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776–1787*, Chapel Hill 1998, стр. 344 и сл.; Edmund стр. Morgan, *Inventing the People*, New York City 1988; Beatrice Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den Federalist Papers*, 2010.

взаимоисключают друг друга. Эта точка зрения проходит через все конституционные дебаты. Это было великое новшество Американской революции, которое затем привело к современной конституции.

Конституция появилась потому, что вследствие различия между народом и его представителями народ сам не правит. Он лишь вручает мандат на правление и через регулярные промежутки времени может по-новому осуществлять этот акт. В результате революционеры, однако, столкнулись с проблемой любого политического представительства, а именно, что представители отдаляются и становятся независимыми от своих доверителей и больше не выражают их идеи и потребности, а стремятся к достижению собственной выгоды и преимуществ. Для решения этой, имманентной представительной демократии проблемы и послужила Конституция в качестве одного из гениальных изобретений Американской революции.⁵⁷ В конституции народ устанавливает условия и рамки, в которых его представители должны действовать и в которых они могут требовать уважения к своим действиям. Свобода действий существует только в рамках Конституции.

Поэтому конституция необходимо имеет приоритет над действиями правительства и в частности в том двойном смысле, что она учреждает органы, которые осуществляют государственную власть, т.е. она не может приниматься ими, и что она имеет приоритет над решениями этих органов. Авторство заявлено за народом. Конституционная учредительная (законодательная) власть принадлежит народу. Как он её использует - остается целиком на его усмотрении. Это не означает, что он сам создает конституцию. В техническом смысле разработки текста это вообще невозможно. Однако и всенародные голосования по проекту учредительных собраний не являются обязательным условием легитимности конституции. Для выполнения конституционной функции достаточно, чтобы авторство приписывалось народу с помощью фигуры конституционного учредительного (законодательного) собрания.

С американской революцией «конституция» из описательной категории превращается в предписывающую.⁵⁸ Она не описывает реальность, а предъявляет к ней требования. В отношении своих адресатов она заявляет

⁵⁷ См. Dieter Grimm, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, в: ders., Die Zukunft der Verfassung, 1991, 31; ders., Ursprung und Wandel der Verfassung, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, 3. Aufl. 2003, стр. 3; ders., Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt, в: ders., Die Zukunft der Verfassung II, 2012, стр. 315.

⁵⁸ См. Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm, Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. 2002.

претензию на обязывающее действие и исполнение. Однако действие - это не то же самое, что эффективность. Конституция не реализуется сама по себе. Она зависит от соблюдения адресатами и, по необходимости, от реализации действующим правом и правоприменением.⁵⁹ Это относится не только к конституции, но и ко всем законам. Однако добиться этого в конституционном праве сложнее, чем на уровне обычного законодательства. За последним стоит государственный аппарат власти, которому подчиняются индивиды. В случае с конституцией, в противоположность этому, адресатами являются сами правители. Таким образом, не существует надстоящей власти, которая могла бы обеспечить и следить за соблюдением конституции.

Очевидно, что из такого положения вещей у носителей власти может возникнуть соблазн уклониться от выполнения конституционных обязательств. В мотивах для этого нет недостатка. И при принципиальной лояльности и верности конституции могут иметь место конкретные отдельные нарушения конституции во имя более высокой цели, которая кажется обоснованной и убедительной. Речь может идти о том, чтобы не допустить срыва реализации представляющейся политически необходимой программы из-за сомнений конституционно-правового характера. Речь может идти о преднамеренном и просчитанном нарушении конституции для обеспечения удержания и сохранения власти. Возможны и случаи скрытых выхолащиваний конституционных предписаний без явных нарушений конституции. Речь может идти также о шагах по смене режима в отход от конституционной государственности.

Но даже политики, лояльные к конституции, рискуют интерпретировать узы конституции через призму своих политических проектов. Политика не исчерпывается исполнением конституции. Она представляет собой специфический и самостоятельный процесс, который, хотя с определенного момента и направляется конституцией, конкретный результат которого, тем не менее, остаётся открытым и не определён с самого начала. Как правило, его приводит в движение не конституция, а политические цели, предвыборные обещания, возникшие проблемные ситуации, давление интересов, желание повысить шансы на следующих выборах и т.д. Конституция обычно вступает в игру в качестве корректирующего фактора только после формирования политической воли,

⁵⁹ Это основная идея, на которой базируется конституционная теория и теория интерпретации *Конрада Гесса* (*Konrad Hesse*), см. Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959. По данному вопросу см. Julian Krüper/Mehrdad Payandeh/Heiko Sauer (Hrsg.), *Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung*, 2019; Rainer Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung. Die Antrittsvorlesung Konrad Hesses in ihrem historischen Kontext*, *Der Staat* 58 (2019), стр. 195.

когда встаёт вопрос о том, разрешено ли с юридической точки зрения то, что предстаёт политически желательным. Очевидно, что при этом политическая воля может влиять на трактовку и понимание существующих правовых барьеров.

Ввиду этих явных опасностей возникает необходимость уже при разработке конституции рассмотреть вопрос о гарантиях её исполнения. Конституция США предусматривает в этих целях конституционную присягу и импичмент, который, однако, не ориентируется специально на нарушениях конституции, но может быть инициирован и по другим причинам. В отличие от этого, большинство европейских конституций XIX века делали ставку на возможность выдвижения обвинения против членов правительства за преднамеренные нарушения конституции. Однако эти средства оказались относительно неэффективными. В частности, как процедуры, предназначенные для уголовного или квазиуголовного преследования, они не подходят для пресечения конкретных неконституционных актов. Кроме того, парламент и вовсе не рассматривался как возможный источник нарушений конституции.

Поэтому более эффективным ответом на угрозы конституции стала конституционная юрисдикция. Она подняла конституцию на новый уровень развития.⁶⁰ В самих государственных структурах установлен независимый от политики механизм контроля, который может быть приведен в движение инициативами как внутри системы органов государственной власти или их отдельных учреждений, так и извне - частными лицами. Также и в этом отношении США стали своего рода первооткрывателями, породив третью крупную инновацию в области политического порядка. Однако она не нашла выражения в самой Конституции, а, исходя из принципа примата (верховенства) конституции, была введена вердиктом суда, и с тех пор является частью американского понимания Конституции, хотя её легитимность никогда не была бесспорной.⁶¹

Если три автора хотят отказаться от этого эффективного средства, которое сейчас нашло широкое распространение по всему миру, то

⁶⁰ См. Rainer Wahl, *Die praktische Wirksamkeit der Verfassung*, в: FS Klaus Stern, 2012, стр. 233.

⁶¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803). См. Kramer (сноска 31), стр. 114 и сл. В американской юриспруденции можно наблюдать переоценку "Марбери против Мэдисона", см. Michael J. Klarman, *How Great Were the 'Great' Marshall Court's Decisions?* 87 *Virginia Law Review* (2001), стр. 1111; James O'Fallon, „Marbury“, 44 *Stanford Law Review* (1992), стр. 219; Mark A. Graber, *The Problematic Establishment of Judicial Review*, в: Howard Gillman/Clayton Cornell (Hrsg.), *The Supreme Court in American Politics*, Chicago 1999, стр. 28.

возникает вопрос, как тогда будет обеспечиваться Конституция. Ответ «самими людьми» оказался мистификацией. Не народ, а его представители в парламенте заботятся о конституционности своих решений и при этом определяют смысл самой конституции. Таким образом, актер, который подчинён восходящим к народу конституционным узам и обязательствам, становится одновременно и их гарантом. Это случай самоконтроля. То же самое, если следовать некоторым авторам теории департаментализма, относится и к президенту. Если у народа есть другие представления о конституции, он может выразить свое недовольство только на выборах.

Из самоконтроля, в частности в сфере предпринимательства, известно, что он, в целом, не идет дальше, чем это отвечает собственным интересам компаний. Выделение контроля из оперативной деятельности может привести к его определенной собственной динамике, но до контроля со стороны независимого суда всё ещё далеко. Он не избавлен от привязки к целям компании и, как правило, также не включает правомочие принимать решения в отношении руководства компании. Конечно, парламент - это не компания. Его продукцией являются законы, и законодательство подчиняется ожиданиям в обеспечении общего блага, которые, по крайней мере, частично сформулированы в Конституции. Поэтому тривиальный перенос опыта самоконтроля в экономической сфере на политику неуместен.

Однако также и политика, как и любая другая подсистема общества, отличается своей характерной спецификой. Хотя она должна подчиняться предписаниям конституции, она в первую очередь следует функциональной логике не правовой, а политической системы. В повседневной политической деятельности она обычно воспринимает правила конституции как ограничения. Соответственно, когда парламент сам контролирует конституционность своих действий, ему приходится сталкиваться с чуждой ему логикой правовой системы. В этом кроется глубинная причина слабости самоконтроля даже в контексте политики, которая принципиально не ставит под сомнение свои конституционные обязательства. Как и в корпоративной сфере, самоконтроль на основе чуждого системе критерия может быть успешным только в том случае, если на заднем плане существует угроза внешнего контроля.

Признано, что в конституционных государствах, которые функционируют достаточно хорошо, политика даже без конституционной юрисдикции будет в основном двигаться по организационным и процедурным линиям, заложенным в конституционном праве. Однако в федеральных системах с разграничением полномочий споры о компетенции неизбежны. Без конституционной юрисдикции здесь

преобладает мнение соответствующих носителей власти. Ещё в большей степени это относится к материально-правовым обязательствам государственной власти на уровне обеспечения основных прав и свобод. В подавляющем большинстве государств своей значимостью и актуальностью для политической деятельности они обязаны только конституционной юрисдикции. Последняя не исчерпывается контролем *ex-post*, но также способствует тому, что вопрос о конституционности в процессе формирования политической воли ставится относительно заблаговременно и относительно нейтрально.⁶²

Это относительно банальные мысли, которые неоднократно находили подтверждение в истории. Однако для авторов они, похоже, кажутся не имеющими значения. Для *Уолдрона* они разрешаются сами собой его исходным тезисом о том, что в вопросах, касающихся значения основных прав, нет ни правильного, ни неправильного. *Крамер* с ним в этом явно согласен. Соответственно, решение должно приниматься там, где на него может влиять общественное мнение, и где за него нужно нести ответственность перед избирателями. И таким местом является не судебная система или органы юстиции, а парламент. Тем не менее, оба подходят к вопросу о пригодности (парламентской процедуры – **прим. Дайджеста**) более внимательно, поскольку он имеет большой вес для сторонников института нормоконтроля.⁶³ В результате, парламентская процедура предстаёт для них имеющей преимущество перед судебной в том, что касается доступа информации, возможностей её обработки и возможностей обеспечения общественного участия.

В свою очередь, *Таушнет* считает, что проблема может быть решена с помощью констатации, что оба института, Конгресс и Верховный суд, являются в равной степени «самоинтересованными» (*self-interested*).⁶⁴ Поэтому проблема заключается только в «выборе между самоинтересованными институтами».⁶⁵ В соответствующей сноске к данному пассажиру он объясняет, что выглядит так, что за Верховным Судом признаётся, что его «добрая воля» (*good faith*) преодолевает его

⁶² К вопросу о различиях между политических систем с конституционной юрисдикцией и без неё см. Dieter Grimm, *Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System*, JZ 1976, стр. 697.

⁶³ См. например Joseph Raz, *Disagreement in Politics*, 43 *American Journal of Jurisprudence* (1998), стр. 25; Aileen Kavanagh, *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*, 22 *Law and Philosophy* (2003), стр. 451; dies., *Constitutional Review, the Courts, and Democratic Scepticism*, 62 *Current Legal Problems* (2009), стр. 102; Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*, *University of Illinois Law Review* (2004), стр. 673.

⁶⁴ Tushnet (сноска 6), стр. 26.

⁶⁵ Ebd., стр. 27.

самоинтересованность, а за Конгрессом – нет. Он утверждает, что не знает причин для принятия такого предположения в отношении Конгресса, но не в отношении судов. Даже если Верховный суд попытается обеспечить соблюдение только тех ограничений, которые наложены на Конгресс Конституцией, это не поможет. «Его заинтересованность в максимизации своей власти побудит его ошибаться в сторону чрезмерного ограничения конгресса.»⁶⁶ В результате автор приводит к аналогичному выводу, как *Уолдрон* и *Крамер*.

Даже если Конституция будет изъята из контроля судебной системы, как того требуют авторы, и только парламент или - в сфере его деятельности - президент будет в обязательном порядке определять требования Конституции, тем не менее это не изменит того, что с этой целью они должны устанавливать смысл норм Конституции в применении к конкретному случаю наличия спора или сомнений, чтобы выяснить, что является законным или запрещенным. Однако, как правило, этот смысл не очевиден. Его нужно исследовать. Есть только один способ сделать это, а именно необходима интерпретация конституционного текста, а это - типичное занятие профессионального юриста. Но когда этим делом занимаются политики, процесс ничем не отличается. Норма не содержит различной информации для юристов и политиков, и метод интерпретации также одинаков для тех и других.

Тем не менее, интерпретации конституции в работах авторов не придаётся особого значения. *Уолдрон* кратко останавливается на этой проблематике, используя ключевой термин «правовая аргументация» (*legal reasoning*), поскольку сторонники нормоконтроля видят преимущество конституционной юрисдикции в обязанности судов давать юридическое обоснование своим решениям. *Уолдрон* может только посмеяться над этим. «В Соединенных Штатах то, что называется аргументацией или «приведением доводов» (*reason-giving*), обычно является попыткой связать решение, рассмотрением которого занят суд, с каким-нибудь антикварным произведением морализирующей прозы восемнадцатого или девятнадцатого века.»⁶⁷ Если сравнить американскую систему, ориентированную на суд, с британской, ориентированной на парламент, то судебная аргументация «главным образом касается толкования и доктрины», в то время как в британском парламенте она касается реальных «проблем».⁶⁸

⁶⁶ Ebd., стр. 199 сноска 58.

⁶⁷ Waldron, Core (сноска 43), стр. 1383.

⁶⁸ Ebd., стр. 1385.

Возможно ли, что здесь невольно произошла какая-то путаница? Ведь исходный вопрос заключался в том, какой институт лучше подходит для обеспечения соблюдения требований, предъявляемых конституцией к политике. Ответы *Уолдрона* и *Крамера*, однако, касаются того, кто лучше решает проблемный вопрос по существу. Никто не сомневается в том, что парламент имеет здесь преимущество. Поэтому реальная причина, по-видимому, заключается в том, что «правовое обоснование» не рассматривается как имеющее какую-либо дополнительную ценность, поскольку оно не может привести к объективным констатациям либо потому, что не существует универсальных, общепринятых критериев правильности, либо потому, что каждая интерпретация является правильной только в рамках институтов, а не между ними. Но в этих обстоятельствах не имеет значения, однако, не имеет значения, как толкуется норма, важно то, кто ее толкует.

Авторы отнюдь не одиноки в этом мнении. Это, скорее, одно из фундаментальных различий между американской юриспруденцией, как она преимущественно практикуется сегодня, и европейской юридической наукой заключается в том, что первая отрицает относительную автономию правлприменения, а вторая принимает ее.⁶⁹ В США оба процесса, принятие политических и правовых решений, объясняются главным образом с помощью подхода рационального выбора (*Rational choice*). Согласно этому, не только политики, но и судьи являются стратегическими акторами, которые стремятся максимизировать свою полезность. В этих условиях в процессе отправления правосудия и принятия правовых решений решающими являются личные предпочтения или институциональные интересы, а выведение судебных вердиктов из конституции с помощью юридической аргументации лишь симулируется.

Это эмпирическое заключение о поведении судей. Но взгляд на процесс толкования и применения Конституции показывает, что возможность эмпирического наблюдения здесь достигает своих пределов. Судебное обсуждение по делу почти всегда проходит под защитой тайны совещания и в равной степени недоступно как для общественности, так и для научных кругов. Даже если судебные акты и материалы спустя годы могут быть просмотрены и могут содержать записи о ходе обсуждений, в чём нет никакой уверенности, они никогда не раскрывают весь процесс полностью.⁷⁰ О том, как происходит взаимодействие участников и что

⁶⁹ См. David Robertson, *The Judge as Political Theorist*. *Contemporary Constitutional Review*, Princetown 2010, 5 и сл., 13 и сл.

⁷⁰ Попытку прояснить ситуацию предпринимает Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des*

происходит в их сознании и умах, можно узнать, в лучшем случае, через автобиографические воспоминания, которые, однако, всегда вызывают некоторое недоверие. Какой судья признается и прямо скажет, что он не придерживается закона или нарушает право?

Однако очевидно, что когда конституционная жалоба подается против политического решения, то происходит определённая смена парадигм.⁷¹ Меняются действующие лица, стандарты и процедура. Политика превращается из субъекта в объект. Если раньше политики были между собой, то теперь решающая роль переходит к судьям, а политики довольствуются ролью заявителей, ответчиков и представителей в судебном процессе. Если раньше определяющими были политические критерии целесообразности той или иной меры и её финансовая осуществимость, возможности обеспечить для её реализации поддержку большинства или её влияние на электоральные шансы, то теперь - это критерии конституционности. Если раньше процедура была направлена на формирование воли, то теперь она направлена на выяснение того, что говорит конституция в отношении рассматриваемого дела.

С другой стороны, то, как именно достигаются эти знания, остаётся за кадром. Публичным является только результат. Однако суды обязаны обосновывать свои выводы. Аргументы обоснования должны демонстрировать, каким образом из конституции вытекает решение о конституционности или неконституционности спорных политических мер. В этом смысле становится возможно, по крайней мере, хотя бы косвенно глубже взглянуть и представить себе процесс принятия решений. Эта возможность ещё больше возрастает в правовых системах, которые позволяют судьям публиковать особые мнения. Однако также известно, что разработка и описание решений могут расходиться.⁷² Поэтому нельзя априори исключать, что решающими для принятия решения определяющими были иные причины, нежели те, о которых сообщается в обосновании решения.

Эта возможность также не является только гипотетической. Существуют суды, которые уже исходно не были созданы в интересах эффективного политического контроля и деятельность которых организована таким

Bundesverfassungsgerichts, 2010; см. также Gertrude Lübke-Wolff, *Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?*, 2015.

⁷¹ Автор частично возвращается здесь к своим более ранним замечаниям, см. Dieter Grimm, *What Exactly is Political About Constitutional Adjudication?*, в: Christine Landfried (Hrsg.), *Judicial Power*, Cambridge u.a. 2019, 307, см. также ders., *Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?*, *ZfP* 66 (2019), стр. 86.

⁷² См. Sabine Müller-Mall, *Interpretation und Urteil im Juridischen*, в: Dieter Grimm/Christoph König (Hrsg.), *Lektüre und Geltung*, 2020, стр. 27.

образом, чтобы избежать угроз выражения возражения или несогласия в отношении носителей власти. Имеются и такие судьи, которые в целях предотвращения конфликтов подстраиваются под явно выраженные или предсказуемые ожидания политической власти. Наконец, есть судьи, которые ставят свои собственные идеи или интересы выше предписаний конституции. Вопрос лишь в том, можно ли считать такое поведение типичным или даже имманентным судебной системе. Теоретики - реалисты, которые исходят из этого, не могут апеллировать и претендовать на своё особое знание или исключительное понимание процесса судебского правоприменения. У них есть только одна теория - подход рационального выбора, объясняющая ценность и сфера применения которого отнюдь не определены.

В то же время недооценивается тот факт, что правовая система также обладает собственной логикой или специфическим критерием рациональности, как это относительно беспрепятственно допускается в отношении других систем, например, политической или экономической. Несмотря на то, что право с момента его позитивации является продуктом политики, в правовом государстве оно, однако, в момент вступления в силу эмансипируется от своего создателя. Толкование и применение правовых норм осуществляется профессиональными штабами в соответствии с правовыми критериями. Конституционные суды являются делиберативными учреждениями.⁷³ Они культивируют специфический правовой подход к нормативным текстам, который должен защитить правоприменение от его использования в неправовых целях. В этом отношении правовая система обладает относительной автономией, как и другие социальные подсистемы.

Однако этим не исключается, что с точки зрения принципов функционирования демократии конституционная юрисдикция порождает важную проблему. Только лежит она в несколько иной плоскости, чем это обычно принято считать в США. С точки зрения действия принципов демократии т.н. «контрмажоритарная дилемма» (правовая позиция, согласно которой судебный пересмотр законов признаётся нелегитимным актом, поскольку в этом случае решение судьи оказывается выше воли демократически избранного законодательного органа, представляющего

⁷³ См. John Ferejohn/Pasquale Pasquino, *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*, в: Wojciech Sadurski (Hrsg.), *Constitutional Justice, East and West*, Dordrecht 2003, стр. 21. Когда Крамер (сноска 31, стр. 240) обвиняет американский Верховный суд в отсутствии обсуждений, то это было верно в течение некоторого времени, но единичное явление не может однако быть обобщено.

большинство – **прим. Дайджеста**) – отнюдь не единственная проблема.⁷⁴ Задача конституционных судов - обеспечить выполнение воплощённой в конституции воли народа против воли большинства его представителей.⁷⁵ С течением времени могут возникнуть определённые конфликты или противоречия между исторической волей народа и актуальной волей большинства. Однако, если придерживаться функции конституции как эталона или масштаба для политических действий, эти противоречия не могут быть устранены путем приоритизации воли большинства. Их следует толерировать или же разрешать путем внесения поправок в конституцию.

Демократическая дилемма, связанная с функционированием институтов конституционной юрисдикции, заключается скорее в том, что судебные решения не полностью детерминируются конституционным текстом. Это, безусловно, неизбежно, поскольку заложено в самой природе и своеобразии правовых норм. Правовые нормы предназначены для того, чтобы регулировать множество будущих ситуаций и случаев, в том числе и включая те, которые не были или не могли быть предусмотрены при принятии соответствующей нормы. Поэтому они формулируются в более или менее общей и абстрактной форме, в то время как обстоятельства, к которым они применяются, всегда индивидуальны и конкретны. Таким образом, между нормой и обстоятельствами дела возникает разрыв, который необходимо преодолеть путем толкования нормы. Это делается путем выведения из общей и абстрактной нормы более конкретного правового принципа, который делает норму пригодной для решения дела.

Этот разрыв может быть больше или меньше в зависимости от продолжительности действия нормы и степени её конкретности и точности, а также сложности и необычности дела. Однако ни одна норма не является настолько точной, чтобы её смысл и значение никогда не вызывали сомнений. Поэтому интерпретация - это не просто раскрытие смысла, с самого начала заложенного в норме. Смысл, устанавливается скорее в большей или меньшей степени лишь в процессе интерпретации. Норма окончательно проявляется и материализуется, так сказать, в акте применения. В принципе, это относится ко всем правовым нормам, но специально к конституционному праву, поскольку здесь закрепляются основные принципы государственного и общественного устройства, и поэтому чаще, чем в обычном законодательстве, можно ожидать

⁷⁴ Впервые это выражение встречается в работе Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New York City 1962, стр. 16.

⁷⁵ По этой причине Джон Ферджон (*John Ferejohn*) и Паскуале Пасквино (*Pasquale Pasquino*) говорят о *countermajoritarian opportunity*, см. *The Judiciary and the Popular Will*, 13 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* (2011), стр. 353.

неопределённых норм. Это в особенности относится к основным правам с их лаконичными формулировками объекта и объема защиты.

Чем неопределёнее норма, тем больше юридически возможных толкований допускает буквальный текст, хотя и не неограниченно любых. Существуют явно ошибочные толкования. Но в рамках интерпретационного пространства могут возникнуть разногласия по поводу правильного решения. Однако это не означает, как это предполагает *Уолдрон*, что правовая дискуссия достигает тем самым своих границ. Напротив, в интерпретационном пространстве правовая дискуссия продолжается. То, как заполняется область неопределённости, не остаётся на судейское усмотрение, но само в свою очередь контролируется и направляется правом. Юридическая догматика⁷⁶ и юридический метод, а также, в некоторой степени, прецедентная судебная практика, сужают это пространство в мере, которая ускользает от любых исследований судебных поведения, не связанных с процессом толкования и применения правовых норм.

Благодаря юридической догматике правоприменитель имеет в своем распоряжении хранилище признанных и испытанных проверку временем интерпретаций правовых норм, правовых терминов или даже целых комплексов правовых норм, к которым он может прибегнуть для решения стереотипных правовых проблем, вместо того, чтобы в каждом новом случае начинать *ab ovo*. Кроме того, совершенно новые дела возникают относительно редко, и поэтому за основу можно брать предыдущие решения, независимо от того, являются ли прецеденты обязательными - как в системах общего права - или нет. Юридические методы способны того, каким образом неопределённо сформулированные нормы могут быть рационально конкретизированы без потери нормативных связей. Одна из важнейших задач методологии состоит в том, чтобы отделять юридические аргументы от неюридических.

Более того, при таких крайне неопределённых правовых нормах, как основные права, сюда добавляется немаловажная потребность в теории.⁷⁷ Прежде чем основное право может быть применено в конкретном случае, должна существовать ясность в отношении того, какую функцию

⁷⁶ В США нет эквивалента догматики, и поэтому нет понимания, утверждает Alexander Somek, *Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts*, JZ 2016, стр. 481. см. также P. S. Atiyah/Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford 1987.

⁷⁷ См. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, стр. 1529; Uwe Volkmann, *Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, Der Staat 54 (2015), стр. 35.

выполняют основные права в рамках правового порядка. Являются ли они только субъективными правами индивида, или же они в качестве объективных принципов также формируют правовой порядок в целом? Действуют ли они только по вертикали, т.е. в отношении государства, или они также имеют горизонтальный эффект в отношениях между частными лицами как субъектами права? Передают ли они частным лицам только права требовать защиту от вмешательства государства или же предоставляют также права требовать от государства предпринимать определённые действия? Эти теоретические объяснения предваряют догматику и методологию и направляют их в выполнении ими задачи по конкретизации.

Однако теория, догматика и метод не связывают судью в той же авторитарной манере, как нормативный текст.⁷⁸ Они являются результатом постоянной разработки права, в которой участвуют наука и практика.⁷⁹ Этот процесс редко является бесспорным и никогда не бывает полностью завершённым. Тем не менее, теория, догматика и метод могут оставаться относительно стабильными в течение длительных периодов времени, но в то же время иногда они также могут стать предметом ожесточенных споров, особенно на этапах социальных потрясений, которые представляют традиционное правопонимание уже неадекватным стоящим проблемам. Нередко методологические дискуссии бывают более острыми, чем догматические споры, поскольку на их основе решаются не только вопросы по определенным категориям ситуаций, но и вопрос об отношении к праву в целом и его применению.

Таким образом, несмотря на то, что в распоряжении права есть инструменты и практики, которые сужают допустимые рамки толкования и способствуют достижению консенсуса, нельзя исключать, что в конце судебных обсуждений сохраняются различные мнения. И тогда не избежать вопроса, что же в конечном счете имеет решающее значение при выборе между ними. Преобладают ли здесь беспрепятственно мировоззренческие или политические убеждения, (общие) партийные симпатии или собственные, частные интересы? Со всей вероятностью тут в игру

⁷⁸ Принцип, что суды должны, как правило, придерживаться прецедентов (*stare decisis*) существует только в *common law*.

⁷⁹ См. Helmuth Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht – prozedural gesehen*, в: ders., *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, 2013, стр. 394; Matthias Jestaedt, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie*, в: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, стр. 236; Dieter Grimm (Hrsg.), *Vorbereiter-Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, 2019.

вступают «внутренние» соображения и пристрастия.⁸⁰ Некоторые из них сами по себе носят правовой характер, например, восприятие и понимание конституции как рамочной основы или руководства к действию для политики или как границы между правотворчеством и правоприменением, которые имеет важное значение для вопроса о судебском активизме или судебском самоограничении соответственно.

Однако они также могут вытекать из определенных фундаментальных представлений о справедливом социальном порядке, которые в свою очередь могут иметь аналогии и соответствия с целями политических партий, например, вопрос о том, что можно оставить рынку, а что государство должно взять в свои руки, который может приобрести важное значение при оценке ограничений основных экономических прав. Часто речь идет также о ценностных представлениях, с которыми связаны правовые нормы. Это становится особенно актуальным именно в период переоценки и трансформирования ценностей в обществе и может касаться, например, более консервативного или соответственно прогрессивного отношения к гендерным ролям или сексуальной ориентации, что в свою очередь может повлиять на интерпретацию специфически открытого для интерпретации принципа равенства, который предлагает юридическую отправную точку для всех мыслимых форм дискриминации.

Все это является неизбежным, учитывая недостаточную определенность судебных решений, и в конституционном праве это лишь более заметно, чем в других областях права. Но даже исходные установки и скрытые мотивы не определяют решение дела напрямую, без связи с догматикой и методом. Скорее, они участвуют в процессе правоприменения только в опосредованном нормами и переформленном ими виде. Конституционная юриспруденция в свою очередь не является чисто когнитивным актом правового познания, который, если он осуществляется в соответствии с правилами и стандартами, делает любое дополнительное (со)действие со стороны судей излишним. Однако он не является и противоположностью этому, а именно решением, как формой децизионизма, в котором нормативные установки и указания не имеют особого значения. Он остается приверженной специфической рациональности правовой системы и не следует рациональности других систем или тем более субъективному произволу.

⁸⁰ См. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970; Uwe Volkmann, *Rechtsgewinnung aus Bildern – Beobachtungen über den Einfluss dirigierender Hintergrundvorstellungen auf die Auslegung des heutigen Verfassungsrechts*, в: Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, 2010, стр. 77.

Дилемма демократии, которая заключается в том, что судебные решения лишь частично детерминированы конституцией, может быть устранена только путем полного отказа от конституционной юрисдикции. Однако эта проблема стоит далеко не так радикально, как выбор между «народным правлением» и правлением судей, как его сконструировали авторы. Таким образом, решение в пользу такого отказа является вопросом взвешивающей правовой оценки проблем, которые возникают, когда за притязаниями на действенность конституции не стоит механизм реализации, так что каждый высший орган государства сам решает, какие обязательства налагает на него конституция. Однако в этом случае нельзя обойти стороной вопрос о пригодности различных институтов для толкования и обеспечения соблюдения конституционных требований.

Если исходить из того, что конституция толкуется и на уровне политических органов, и на уровне судебной системы, и правила установления смысла нормативного текста одинаковы для тех и других, то различия могут возникать только из условий, в которых институты действуют. Как уже упоминалось в связи с вопросом о том, почему необходимость обеспечения и защиты конституции привела к конституционной юрисдикции,⁸¹ речь идёт, с одной стороны, о том, что при парламентской проверке конституционности законов актор и контролер являются одним и тем же органом, т.е. соответственно отсутствует необходимая дистанция по отношению к объекту контроля, которая делает возможным проведение беспристрастной экспертизы, тогда как конституционные суды выносят решения именно с позиции внешнего наблюдателя, не вовлеченного в законодательный процесс.

С другой стороны, оба эти органа функционируют в различных функциональных системах: конституционные суды - в правовой системе и в соответствии с её логикой, для которой значение имеют только категории «правомерный» или «неправомерный»; парламенты - в рамках политической системы и согласно её логике, в которой решающими являются критерии политического успеха. В конституционном государстве, однако, политические решения должны быть помимо этого также конституционными. По этой причине, для того чтобы соответствовать этому требованию, парламенту необходимо применять чуждый системе критерий, который может противоречить собственным, имманентным системе критериям. В этом кроется опасность того, что при парламентской проверке конституционности законов свойственный системе критерий рациональности возражает против внесистемного. Это говорит в пользу „экстернализации“ конституционного контроля.

⁸¹ См выше, текст после сноски 59.

Предположения и допущения, из которых исходят авторы, не позволяют им принять во внимание эти различия, не говоря уже о том, чтобы придать им значение. То, что здесь характеризуется как профессиональное обращение с Конституцией и описывается как преимущество конституционной юрисдикции, для них является скорее злом, которое необходимо устранить. Поскольку они ставят под сомнение возможность объективного, т.е. ориентированного на правовые критерии, выведения решений из конституции, то, что судьи объясняют и устанавливают как требование конституции, для них на самом деле является лишь обусловленным интересами, в любом случае неаутентичным мнением лиц, у которых отсутствует достаточная демократическая легитимация и политическая ответственность и которые не могут претендовать на превосходство над конституционными идеями парламента как представителя народа.

Сегодня, однако, уже длительное время можно услышать сетования на существенные недостатки парламентского представительства, которые расшатывают предположение о том, что воля, сформированная в парламенте, является волей народа. Причина этого была заложена ещё в 19 веке с появлением политических партий, к чему отцы конституции не были готовы. С тех пор между избирателями и избранными встали организации, которые функционально специализируются на приобретении или сохранении политической власти на выборах и направляют свои действия, в первую очередь, на достижение этой цели. В условиях плюралистической демократии, в которой действует принцип всеобщего избирательного права, они хотя и являются необходимыми для того, чтобы сделать выбор возможным и для того, чтобы поддерживать связь между избирателями и избранными также и в период между выборами, но в то же время они рискуют обособиться и отдалиться от интересов избирателей.

Тот аргумент, что именно зависимость от успеха на выборах вынуждает учитывать идеи и потребности значительной части населения, является верным лишь условно и отчасти. Не все интересы могут быть представлены через институты представительства, и не все интересы, которые могут быть представлены, являются одинаково важными и сильными. Эти различия усугубляются, когда одни интересы могут соединиться с влиянием и властью СМИ, а другие - нет. Тем более искажения возникают, когда финансирование партий и избирательных кампаний предоставляет привилегии финансово сильным интересам. Полный крах представительство терпит перед лицом т.н. структурных меньшинств, которые не имеют шансов сами стать большинством, или когда базовый консенсус между конкурентами настолько деградировал, что

принцип большинства теряет свою легитимизирующую силу для правотворчества.

Все это настолько очевидно, и собственно именно в отношении США так разнопланово обсуждалось и обосновывалось,⁸² что от авторов можно было бы ожидать обращения к данной проблеме. Однако в той мере, в какой авторы вообще затрагивают эту тему, они смешивают представительские возможности парламентов с вопросом об их способности толковать, применять и обеспечивать соблюдение конституции. *Уолдрон*, который хотя и упоминает эту проблему, тут же отодвигает её на задний план, указывая на то, что его неприятие судебного нормоконтроля применимо только к политическим системам, в которых функционируют демократические механизмы. К этому, не стоит, конечно, применять завышенные стандарты. По его мнению, в реальности реализация политического равенства посредством выборов, представительства и парламентских процедур является несовершенным: речь следует вести, однако не о «совершенной справедливости» (*perfect fairness*), а о «разумной справедливости» (*reasonable fairness*).⁸³

Аргументация авторов оставляет в целом так много сомнений, что предположение о том, что они лишь слишком высоко оценили опасности судебного нормоконтроля и слишком низко - недостатки парламентского представительства, представляется упрощённым. По этой причине, в надежде прояснить этот вопрос более точно, в дальнейшем следует ещё раз рассмотреть концепцию «народного» или «популистского» конституционализма, которой придерживаются все обсуждаемые здесь работы. Цель этой концепции состоит в том, чтобы (снова) сделать народ решающим актором в конституционных вопросах. Поскольку, как было показано, эта цель не подразумевается в буквальном смысле, её следует понимать таким образом, что в случае сомнений или конфликтов вопрос о смысле и значении конституции должен решаться в демократическом, а не в юридическом процессе.

Но конституция может выполнять возложенную на неё функцию только в том случае, если она обязательна для тех, кто действует от имени народа и действия которых имеют для него юридическую силу. В противном случае отношения представительства будут нарушены. Поэтому условием её действия является её нормативность. Однако для всех трех авторов нормативность конституции является пустым местом. Скорее, конституция предстаёт только отправной точкой рассуждений об ожиданиях, которые в

⁸² См. например Lawrence Lessig, *Republic. Lost: How Money Corrupts Congress*, Boston 2011; Robert C. Post, *Citizens Divided*, Cambridge/MA 2014.

⁸³ Waldron, *Core* (сноска 43), стр. 1389.

ней сформулированы, но которые определяются лишь ad hoc в ситуации, порождающей вопрос. Это нечто иное, чем конкретизация закрепленной текстуально, пусть и в несовершенной форме, нормы посредством интерпретации, которая легитимируется тем, что может показать дедуктивную взаимосвязь между нормой и решением, в то время как от парламента такого доказательства не требуется.

У авторов, в противоположность этому, структуроопределяющее событие сотворения конституции переводится в плоскость перманентности, конституция растворяется в процессуальном событии. Всё может быть в зависимости от обстоятельств переосмыслено и переопределено в политическом процессе. То, что она требует, всегда является лишь результатом этого процесса. Однако таким образом конституция утрачивает способность придавать демократическому процессу структуру и устанавливать цели и границы. Из масштаба и гарантии демократического процесса она превращается в часть этого процесса. Она не выходит за пределы данного момента и в этом смысле не действует за этими рамками. В конечном счете народный или популистский конституционализм отказывается от нормативности конституции. Конституция предстаёт лишь точкой зрения в формировании политической воли, а не императивным наказом.⁸⁴

Именно поэтому авторам не хватает осознания того, что отказ от судебного контроля имеет свою цену и свои издержки. Для них вопрос о конституционной юрисдикции не требует взвешивания преимуществ и недостатков; скорее, это игра с нулевой суммой. Только при этом условии их концепция становится согласованной. Если конституция утрачивает свою нормативность и приоритет, то политика оказывается связанной конституционным правом лишь в той мере, в какой она сама это определяет. В этом случае суд, применяющий конституцию к политическим решениям, не обеспечивает исполнение обязательств, налагаемых на высшие государственные органы народом, а препятствует соответствующему большинству следовать своему доминирующему пониманию конституции. Хотя авторы хотят таким образом восстановить основополагающую идею США, на самом деле они от нее отказываются.⁸⁵

Нигде это не проявляется так очевидно, как в предложении *Таунета* понизить статус основных прав с конституционного до уровня обычного законодательства. Но, разумеется, именно опыт американских колонистов показал, что права поданных британской короны (*rights of Englishmen*),

⁸⁴ Защита нормативности и - развитая на этой основе – идея "судебного верховенства" см. Alexander/Schauer (сноска 37), стр. 1369 и сл.

⁸⁵ См. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge/MA 1985, стр. 6, 71.

поскольку они гарантировались только на уровне закона, связывали лишь монархическую исполнительную власть, но не обеспечивали защиту от суверенного парламента. Поэтому революционным в американских декларациях прав было не их содержание. Оно не сильно отличалось от прав британских поданных. Новым было скорее их возведение на конституционный уровень и, следовательно, их приоритет над парламентским законом. У *Таинета* доконституционное правовое положение в Англии времен Американской революции, против которого восстали колонисты, теперь провозглашается образцом для США в 21 веке.

IV. Новые модели конституционной юрисдикции

Помимо радикальных противников судебного нормоконтроля, имеется целый ряд критиков конституционной юрисдикции, которые выступают не за отмену контроля над нормами, но за его ослабление или ограничение предметной сферы его действия. Так называемая "новая модель конституционализма Содружества" (*New Commonwealth Model of Constitutionalism*) служит образцом для некоторых из них. Термин восходит к канадскому конституционалисту-компаративисту *Стивену Гардбауму* (*Stephen Gardbaum*).⁸⁶ Другие говорят о "мягкой форме судебного контроля".⁸⁷ Она зародилась в Канаде. Решающим фактором, однако, стали не идеи народного конституционализма, как они представлены *Таинетом*, *Крамером* и *Уолдроном*. Скорее, это был политический проект, чтобы защитить канадский федерализм от тенденций к унитаризации, которые связывали с каталогом основных прав.

Канадская конституция 1867 года, Акт о Британской Северной Америке, была чисто организационным статутом. В 1982 году в неё была добавлена Хартия фундаментальных прав и свобод. Однако эта Хартия встретила сопротивление в некоторых канадских провинциях, поскольку они рассматривали ее как инструмент централизации. Особенно Квебек решительно выступил против Хартии. В данных обстоятельствах это могло быть достигнуто только ценой так называемой ограничительной оговорки (*override clause*). Согласно этому положению, федеральный парламент и

⁸⁶ Stephen Gardbaum, *Commonwealth Model* (сноска 1) 2013. См. ранее уже опубликованное одноименное эссе, 49 *American Journal of Comparative Law* (2001), стр. 707.

⁸⁷ См. материалы, представленные к симпозиуму „Weak-form Review in Comparative Perspective“, 17 *I-CON* (2019), стр. 807–942.

парламенты провинций могут выразить своё несогласие с решением Верховного суда, объявляющим какой-либо закон несовместимым с Хартией. В этом случае неконституционный закон остается в силе еще пять лет. Допускается и продление этого срока.

Канадское решение можно назвать "моделью Содружества", потому что Новая Зеландия и Великобритания последовали ему с некоторыми изменениями. Для них, конечно, это был не вопрос защиты федерализма, а парламентского суверенитета. Билль о правах, принятый в Новой Зеландии в 1990 году, не имеет конституционного ранга, а только статутный. Суды не имеют права отменять законы, но обязаны толковать их в максимально возможной степени в соответствии с конституцией. В Великобритании попытка примирить Закон о правах человека 1998 года с высшим конституционным принципом - парламентским суверенитетом - привела к тому, что решения Верховного суда, признающие закон неконституционным, имеют лишь декларативный эффект. Парламент вправе оставить такой закон в силе.

Как правило, этот вид судебного контроля рассматривается как малая форма конституционной юрисдикции, которая обусловлена особыми обстоятельствами соответствующих стран. Однако сейчас все больше и больше раздается голосов, которые видят в ней лучшее решение.⁸⁸ *Стивен Гардбаум* - её главный протагонист. Он переворачивает соотношение "правило-исключение" и считает сильную форму судебного нормоконтроля европейской послевоенной особенностью, которая, однако, приводит к парадоксу «совершенствования демократических процедур путём отключения демократических институтов» (*perfecting democratic procedures by disabling the democratic institutions*).⁸⁹ В отличие от этого, малая форма показывает способ преодоления трудностей контр-мажоритарной дилеммы. По его мнению, парламент не страдает; институты вынуждены вести диалог; укрепляется легитимность судов; достигается баланс между основными правами и демократией.

Другие авторы не отвергают конституционную юрисдикцию, но видят значительные отклонения от нормального развития и поэтому хотят ограничить их. В частности, *Ран Хиршль (Ran Hirschl)* в 2004 году

⁸⁸ *Тушнет* и *Уолдрон* также указывают, что у них нет возражений против т.н. слабой формы судебного контроля, см. Tushnet (сноска 6), стр. 127 („ingenious device“), 175; Waldron, Core (сноска 43), стр. 1354. В Германии также раздаются голоса, считающие эту модель альтернативой, достойной рассмотрения, см. Roman Kaiser/Daniel Wolff, „Verfassungshütung“ im Commonwealth als Vorbild für den deutschen Verfassungsstaat?, *Der Staat* 56 (2017), стр. 39.

⁸⁹ Gardbaum, *American Journal* (сноска 86), стр. 754.

выступил с книгой «*Навстречу юристократии*» (*Towards Juristocracy*), за которой последовало значительное количество статей, предупреждающих об избыточной (эксцессивной) конституционной юрисдикции.⁹⁰ Он видит главный порок в том, что суды распространили судебный нормоконтроль также и на случаи т.н. «мегаполитики» (*megapolitics*). Под этим он подразумевает «основные политические противоречия, которые определяют границы коллектива или пронзают сердце всей нации» (*core political controversies that define the boundaries of the collective or cut through the heart of the entire nation*).⁹¹ В качестве примеров он приводит макроэкономическое планирование, национальную безопасность, избирательные процедуры, трансформацию режима, транзитную справедливость, коллективную идентичность, нациестроительство, *raison d'être* государства.

Хириль оценивает этот феномен «с точки зрения демократии участия». На основании такого понимания демократии, он делает вывод, что здесь речь идёт о «вторжении судебной власти в прерогативы законодательных и исполнительных органов».⁹² Это «по своей природе и содержанию политическая сфера», а не юридические вопросы.⁹³ Проблемы такого рода могут быть решены только «самим населением, через его избранных и подотчетных представителей».⁹⁴ В этом он согласен с *Таинетом*, *Крамером* и *Уолдроном*. Суды, напротив, более подходят для сбора и оценки доказательств. С точки зрения предмета, они должны быть ограничены ответственностью за неправомерные действия и обеспечением процедурных гарантий и представлений о справедливости.

В подтверждение своего предположения *Хириль* приводит впечатляющее количество судебных решений со всего мира, в которых решались споры, имевшие высокую политическую взрывоопасность или важные политические последствия. Однако заслуживающими внимания он считает только темы этих решений, а не их обоснования. Как и радикальных противников судебного нормоконтроля, его не интересует толкование конституции. Он даже не задается вопросом о том, содержались ли в соответствующих конституциях положения, касавшиеся

⁹⁰ Ran Hirschl, *Toward Juristocracy*, Cambridge/MA 2007; ders., *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 *Fordham Law Review* (2006), стр. 721; ders., *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, 11 *Annual Review of Political Science* (2008), стр. 94; ders., *The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics*, 62 *Political Science Quarterly* (2009), стр. 825.

⁹¹ Hirschl, *Mega-Politics* (сноска 90), стр. 94.

⁹² Ebd., стр. 95.

⁹³ Hirschl, *Pure Politics* (сноска 90), стр. 727.

⁹⁴ Ebd., стр. 99.

предметов судебных решений. И тогда пригодность и способность политики гарантировать соблюдение конституционно-правовых требований не имеет значения. Нормативность конституции также является для *Хириля* пустым местом. Конституционно-судебная деятельность не воспринимается как подчинённая конституции. Он считает, что это чистая политика и, тем самым, уже скрепляет печатью её нелегитимность.

Ричард Фэллон (Richard Fallon) также советует ограничить конституционную юрисдикцию, но, в отличие от других авторов, для того, чтобы иметь возможность лучше защитить её от критики. Его трактат является ответом *Джеремии Уолдрону*, о чем свидетельствует само его название.⁹⁵ Он возражает *Уолдрону* почти по всем пунктам, которые являются для последнего центральными. Эссе *Уолдрона*, однако, убедило его в необходимости пересмотра института судебного нормоконтроля в интересах его легитимности. Предложение *Фэллона* основано на различии между ошибками недостаточной защиты (*errors of underprotection*) и ошибками чрезмерной защиты (*errors of overprotection*) основных прав. Первые имеют, по его мнению, большее значение, чем вторые. «Законодательные действия с большей вероятностью способны привести к нарушению фундаментальных прав, чем правовое бездействие».⁹⁶ Поэтому пересмотр должен быть ограничен случаями недостаточной защиты.

Какие виды законов более не будут подлежать судебному контролю? *Фэллон* рассматривает несколько ситуаций. Он не видит необходимости в судебном контроле законов, защищающих основные права, которые не затрагивают никаких других основных прав. Здесь, однако уже встаёт вопрос о том, какие субъекты основных прав могут быть заинтересованы в правовой защите от таких законов.

Наиболее важную группу составляют те случаи, когда законодатель разрешает коллизию различных основных прав («*accommodations*»). Как бы это ни было сделано, путём взвешивания или иерархизации, это не должно подлежать ревизии. Ситуации с нулевой суммой, которые он также приводит, то есть случаи, когда защита одного основного права достижима только за счёт другого, можно считать подкатегорией этой группы.

Фэллон предполагает, что случаи, которые не подлежат проверке, представляют собой редкие исключения. Это отражает, однако, более суженный американский подход. Американская Конституция содержит относительно небольшое количество основных прав, включая отсутствие

⁹⁵ Richard H. Fallon, The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, 121 Harvard Law Review (2008), стр. 1693.

⁹⁶ Ebd., стр. 1700.

общего права на свободное развитие личности, сравнимого с пунктом 1 статьи 2 Основного закона ФРГ. Кроме того, ни одно основное право не сопровождается оговоркой о возможном ограничении права. Для преодоления этой трудности сфера применения основных прав уже на уровне вмешательства ограничена узкими определениями объёма предоставляемой защиты. Более того, до сих пор не получили распространения ни принципы «приведения к практическому соответствию» (согласованию) и пропорциональности (соразмерности), ни общая конституционно-правовая обязанность по защите основных прав. Если следовать предложению *Фэллона*, то Федеральный конституционный суд ФРГ лишится возможности рассматривать большинство дел, связанных с основными правами.

Не по замыслу и намерениям авторов, но по сути и эффекту, также ряд работ способствует ослаблению института конституционной юрисдикции, который можно охарактеризовать как «освобождение от чар». В отличие от обсуждавшихся до сих пор работ, в них не рассматривается проблематика лишения конституционных судов их полномочий. Они не преследуют нормативных целей, а подходят к явлению эмпирически. В первую очередь здесь стоит назвать *Тома Гинзбурга (Tom Ginsburg)*, который, учитывая стремительное развитие конституционной юрисдикции во второй половине 20 века, но особенно после 1989 года, задает очевидный, но часто недооцениваемый и игнорируемый вопрос: «Зачем правительствам, направляемым собственными интересами, добровольно ограничивать себя средствами конституции? И зачем демократическому большинству ограничивать свой будущий политический выбор, отдавая свои законы в руки невыборных судей?» („Why would self-interested governments willingly constrain themselves by constitutional means? And why would democratic majorities restrict their future political choices by putting their faith in the hands of unelected judges?“)⁹⁷

Гинзбург делит имеющиеся по этому вопросу объяснения на четыре группы.⁹⁸ В рамках первого, идеалистического, почва для конституционной юрисдикции подготовили осознание возможностей искушения носителей власти или опыт превращения либеральных демократий в авторитарные режимы. Предполагается, что она защищает принципы ограничения власти, верховенства закона и основных прав от попыток их низвержения. Функциональное объяснение основано на том, что проблемы (разграничения) компетенции, как их приносит с собой федерализм и

⁹⁷ Tom Ginsburg/Mila Versteeg, Why Do Countries Adopt Constitutional Review?, 30 The Journal of Law, Economics and Organization (2013), стр. 587 (588). См. также Tom Ginsburg, Judicial Review (сноска 1), стр. 21 и сл. („Judicial Review as Insurance“).

⁹⁸ Ginsburg/Versteeg (сноска 97), стр. 592 и сл.

разделение властей, требуют специфические механизмы принятия решений. Реалистическое объяснение видит причину в заинтересованности политиков в сохранении и удержании власти. Наконец, имитационное объяснение исходит из того, что в новых конституциях копируются институты, которые прошли проверку в практике других стран.

Аналогичную типологию можно найти и у *Хиршля*, который также ищет причины феномена «юрискратии».⁹⁹ Он различает функциональные объяснения, объяснения, связанные с основными правами, а также институциональные объяснения и объяснения, фиксированные на судах. Его функциональное объяснение примерно совпадает с функциональным объяснением *Гинзбурга*. Подход, основанный на фундаментальных правах, базируется на предположении, что защита фундаментальных прав лучше обеспечивается судебными институтами, чем политическими. Институциональное объяснение связано, прежде всего, с дальнейшим развитием институтов международной юрисдикции. Подход, ориентированный на суды, отличается от других тем, что он сосредоточен не на образовании и организации конституционных судов, а на их деятельности. «Властолюбивые» судьи и «империалистические» суды присвоили конституцию с тем, чтобы решать политические и моральные вопросы.

Гинзбург остаётся верен своему эмпирическому методу и на основе оценки созданной им базы данных всех конституций мира констатирует, что статистически подтверждается реалистическое объяснение, в то время как для других объяснений доказательств меньше. *Хиршль* другим путем приходит к аналогичному выводу. Он отвергает все четыре рассмотренные им попытки объяснения, которые он считает недостаточными, и признаёт только пятую, которую он описывает как «более стратегический и реалистичный подход к юстициализации политики» (*a more strategic and realistic approach to the judicialization of politics*) и которая аналогична реалистическому типу обоснования, выделенному *Гинзбургом*.¹⁰⁰ Согласно этому подходу, не судьи в первую очередь, а именно политики в процессе разработки конституции заинтересованы в конституционной юрисдикции. По его мнению, было бы наивным считать, что юридикация политики может быть осуществлена без поддержки политиков.

Чтобы объяснить подъём и дальнейшее развитие конституционной юрисдикции, здесь опять используется подход рационального выбора

⁹⁹ Hirschl, *Mega-Politics* (сноска 90), стр. 106 и сл.; ders., *Realistic Turn* (сноска 90).

¹⁰⁰ Ebd., стр. 97. Также Tushnet, *Constitution* (сноска 6), стр. 173, склоняется, как представляется к тому же: „Judicial review may serve politicians’ interests, not their constituents’.“

(*Rational choice*). *Хиршль* снова и снова призывает воспринимать конституционные суды как политические институты, а судей как политических акторов, не делая различий между предметом, эффектом и процедурой конституционной юриспруденции.¹⁰¹ Результат, который политика ожидает от конституционных судов, заключается не в контроле над властью, а, наоборот, в укреплении власти, причем именно тогда, когда позиции верховной власти находятся под угрозой. Устоявшиеся и устойчивые большинства меньше заинтересованы в судебном нормоконтроле. «Если кратко, именно приход политической конкуренции или формирование нового соотношения политических сил заставляет находящиеся под угрозой элиты открыть для себя очарование конституционной защиты и влиятельных судов».¹⁰²

То, что реалистическое объяснение, лишаящее конституционную юрисдикцию её нимба, находит своё подтверждение в реальной практике, не вызывает никаких сомнений. *Гинзбург* и *Хиршль* приводят достаточно примеров этого. Вопрос лишь в том, охватывается ли этим феномен во всей его полноте, как (пред)полагает, в отличие от *Гинзбурга*, *Хиршль*. Реалистическая точка зрения с самого начала упускает возможность того, что идеи могут стать весьма сильными по своему эффекту и эффективности, в их влиянии, и в этом отношении сами являются частью реальности. «Идеалистический» подход к объяснению, упомянутый *Гинзбургом*, вообще не встречается у *Хиршля*. В отличие от этого, одно интересное исследование, как и уже упомянутая выше работа *Брюса Аккермана*, показывает, как харизматические революционные лидеры вдохновляются идеями, за которые они рискуют жизнью, и именно в этом черпают свою легитимность.¹⁰³

Более глубокое погружение в историю создания конституций, кроме того, может показать, что новые конституции далеко не всегда являются диктатом большинства, а зачастую представляют собой компромисс соперничающих сил, которые хотят закрепить и гарантировать рамки базового консенсуса для будущей конкурентной борьбы. Нередко именно общая воля, нацеленная на предотвращение возможности повторения преодолённых катастроф, даёт повод усиления этих гарантий за счёт конституционных судов. Подобно тому, как значение практики судов нельзя сводить к максимизации влияния судей, также и решение в пользу конституционной юрисдикции не может быть объяснено исключительно интересами политиков в сохранении своей власти. Нужно учитывать, что

¹⁰¹ См. по данному вопросу источники, указанные в сноске 71.

¹⁰² Hirschl, *Mega-Politics* (сноска 90), стр. 108.

¹⁰³ Ackerman (сноска 3).

они могут быть стать не отвечающими своему назначению, но не следует понимать несоответствие назначению как их истинный, действительный смысл.

V. Конституционный контроль и принцип демократического правления

Между конституционной юрисдикцией и демократией нет никакой необходимой связи, ни в позитивном, ни в негативном плане. Конституционная юрисдикция и демократия в той же малой степени противоречат друг другу, как и взаимообуславливают друг друга. Это утверждение предполагает такое понимание демократии, которое, с одной стороны, не сводится к принципу большинства и, с другой стороны, не слишком обременено возведённой в абсолют, истинной волей народа. Но даже в этих двух крайностях конституционные суды не являются чем-то немислимым. В первом случае, однако, им придется ограничиться проверкой того, правильно ли формально сформирована воля большинства, во втором - подчиниться инстанции, претендующей на воплощение истинной воли народа. В обоих случаях, однако, они, естественно различным образом, будут маргинализированы.

Между этими двумя полюсами существует множество оттенков демократии и конституционной юрисдикции и, соответственно, отношений между ними. Можно найти сравнительно успешные плюралистические демократии без конституционной юрисдикции. Соблюдение демократических правил игры, принципа верховенства права (правового государства) и основных прав должно в таком случае иметь относительно сильную культурную опору, что делает судебный нормоконтроль излишним. С другой стороны, можно обнаружить и демократии, которые функционируют недостаточно хорошо или близки к популистской модели, но имеют конституционные суды. Так называемое реалистическое объяснение, исходящее из того, что конституционные суды не занимают независимого положения в этих системах, вполне применимо к таким демократиям.

Соответственно решение за или против конституционной юрисдикции должно приниматься в прагматическом ключе, и при этом решении риски для демократии взвешиваются и сопоставляются с выигрышем в плане

правовой государственности и демократии.¹⁰⁴ Это решение принадлежит конституирующей власти (народа). Эта власть не связана никакими более высокими обязательствами. Там, где утверждается обратное, речь идёт о надпозитивной связи. Тем не менее, такой подход всё чаще постулируется.¹⁰⁵ Основанием является наделение и обладание индивидами основными правами, что предстаёт в качестве фактора, имеющего приоритет. Либо предполагается, что они имеют ценность только в том случае, если индивид может защитить их также путём подачи жалобы в независимый от политики орган. Либо каждому человеку предоставляется право требовать обоснования или оправдания затрагивающих его актов органов государства, что, в свою очередь, требует наличия имплементирующей судебной инстанции.

Однако имеются случаи, когда решение конституирующей власти отсутствует, и высшие суды сами наделяют себя полномочиями по нормоконтролю. *Марбери* против *Мэдисона* - самый известный пример.¹⁰⁶ Но и постановление Верховного суда Израиля по делу *банка Мизрахи (Mizrahi Bank)* не сильно уступает ему.¹⁰⁷ Аналогичная ситуация и с постановлением Верховного суда Индии, в котором последний оставил за собой право проверки конституционности конституционных поправок.¹⁰⁸ Во всех этих случаях суды, однако, выводили свои полномочия из смысла и функции конституций. Тем не менее, статус конституционной юрисдикции в этих случаях является более шатким, и в конечном итоге от культурно-правовых факторов зависит, будет ли такое самоуполномочивание принято в обществе или против него будут бороться как против узурпации.

Новая радикальная критика конституционной юрисдикции, какой бы неубедительной она ни была, является показателем изменения в правовой культуре после эпохи конституционно-судебной эйфории, а отчасти и гиперактивности конституционных судов. Критика мотивирована теорией демократии, но соединяется с тенденцией к фактическому лишению власти или нивелированию конституционных судов, за которыми стоит откат от плюралистической демократии. Поскольку популистские трансформации

¹⁰⁴ См. Grimm, *Constitutional Adjudication and Democracy*, в: ders., *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford 2016, стр. 213.

¹⁰⁵ Jacob Weinrib, *Dimensions of Dignity*, Cambridge u.a. 2016, стр. 17 и сл., 156 и сл., 167 и сл.; ders., *The Modern Constitutional State: A Defence*, 40 *Queens Law Journal* (2014), стр. 166; Alon Harel, *Wozu Recht?*, 2018, стр. 243–284; Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification*, 4 *Law and Ethics of Human Rights* (2010), стр. 141; ders., *The Turn to Justification*, в: Adam Etinson (Hrsg.), *Human Rights: Moral or Political*, 2018, Kap. 7.

¹⁰⁶ *Marbury v. Madison* (сноска 61).

¹⁰⁷ *United Mizrahi Bank v. Migdal Village*, CA 6821/93 (1995).

¹⁰⁸ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, 4 SCC 225 (1973).

режимов, по крайней мере в той мере, в какой они происходят в Европейском Союзе, необходимо нуждаются в оправдании, было бы неудивительно, если бы они попытались поставить себе на службу обсуждаемым здесь авторов. И в этом смысле было бы важно подчеркнуть именно то, что их разделяет.