



На вопросы директора Издательской группы «Закон» Владимира Багаева отвечает **судья Конституционного Суда РФ Константин Викторович АРАНОВСКИЙ**

ПРАВО СУЩЕСТВУЕТ В ЧЕЛОВЕКЕ

Родился 19 ноября 1964 г. в Корсакове Сахалинской области.

С 1982 г. обучался на юридическом факультете Дальневосточного государственного университета по специальности «правоведение» с присуждением Ленинской стипендии. Окончил его в 1987 г.

В 1987–1990 гг. состоял в аспирантуре Ленинградского государственного университета и защитил кандидатскую диссертацию.

С 1991 г. ведет преподавательскую деятельность на юридическом факультете (впоследствии — в Юридическом институте) Дальневосточного государственного университета на кафедрах государственного и международного права, международного права, государственного и административного права, назначен на должность профессора. В 2004 г. защитил докторскую диссертацию по теме «Кон-

ституционная традиция и ее распространение в российском обществе».

С 2008 по 2010 г. возглавлял Избирательную комиссию Приморского края в должности ее председателя.

3 марта 2010 г. на 266-м заседании Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации назначен судьей Конституционного Суда Российской Федерации по представлению Президента Российской Федерации Д.А. Медведева.

Заслуженный юрист Российской Федерации.

Автор учебника «Государственное право зарубежных стран», а также научных работ по конституционному, муниципальному, избирательному праву и сравнительному правоведению. Разработал и преподавал курсы «Государственное право зарубежных стран», «Сравнительное правоведение», «Современные проблемы юридической науки» и др.



— **Константин Викторович, недавно внимание СМИ привлекло Ваше мнение¹, где Вы критиковали ситуацию в образовании. Из него видно, что Вы знакомы с тем, как устроена система образования. Вы специально в этой теме разбирались или знакомы с ней по личному опыту?**

— Критиковал — сильно сказано. Дело касалось того, что для получения статуса безработного по спорному закону² от гражданина требовали предъявить диплом, а Конституционный Суд посчитал, что это чрезмерное правоограничение. По этому поводу я заметил, что значение диплома о высшем профессиональном образовании не настолько убедительно, чтобы с его наличием связывать ограничение граждан в праве на защиту от безработицы. Между тем и год назад Конституционный Суд по другому делу посчитал необоснованным отказывать в работе воспитателю детского сада, который компетентно выполняет профессиональные обязанности, не имея при этом диплома. Там я тоже выступил с мнением. Чтобы обосновать свое суждение, мне и нужно было коснуться высшего образования, поскольку его состояние предreshает значение диплома. Признаки нестабильности и непорядки в профессиональном образовании с его невнятными реорганизациями большей частью общеизвестны, в том числе по открытым публикациям. Например, идея ввести трехслойную структуру с распределением вузов на группы: базовую, продвинутую и ведущую — была известна еще год назад, когда в «Коммерсанте» писали об этом и о рабочей группе, образованной при Правительстве³. К высшему образованию я причастен, поскольку много преподавал, в течение двадцати лет и потом еще восемь лет, но уже понемногу, на юридическом факультете СПбГУ.

— **Можете сказать, что отмеченные Вами проблемы присущи в том числе и юридическому образованию в России?**

¹ См.: Постановление КС РФ от 08.10.2019 № 31-П.

² Закон РФ от 19.04.1991 № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации».

³ См.: *Миронова К., Черных А.* Вузы разделят на три разряда. “Ъ” стали известны подробности реформы аккредитации учебных заведений // Коммерсант. 2018. 5 окт. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3760230> (дата обращения: 16.12.2019).

— Я думаю, они ему определенно присущи, хотя, быть может, я говорю небеспристрастно, поскольку больше знаю о нем, чем о других отраслях просвещения. Но мы уже отошли от мнений к юридическому образованию.

— **Получается, что юридический диплом, в среднем по стране, не гарантирует высокой квалификации?**

— Из диплома следует, что человек в течение известного срока присутствовал в учебном заведении. Судить же именно по диплому, что за это время ему достались хорошие знания, я не решился бы, тем более «в среднем по стране», где качество образования сильно различается по вузам. По правовому же значению дипломы «в среднем» имеют одинаковый вес.

— **Это может зависеть от личных качеств человека, его подхода к учебе. Но когда мы критикуем систему образования, то чаще имеем в виду проблемы на той стороне, которая дает знания.**

— Среди проблем я назвал бы избыточную подвижность и административную ориентацию на обновления, которые кажутся едва ли не самоцелью. Намерения в этом русле спорны, размашисты и неубедительны по последствиям. Они затратны и претендуют на общее в них участие, но лишь обещают нечто хорошее в дальней, как правило, перспективе. Такова Болонская система, например, о которой безо всякого одобрения писал мой старший коллега Н.С. Бондарь применительно к юридическому образованию⁴. В университетском образовании во всяком случае административные улучшения дают больше разрухи, чем «прибыли».

Большие приобретения и хорошие результаты достаются образованию и науке главным образом ненамеренно и уж точно не от управленческого вмешательства, а скорее безотносительно и даже ему вопреки. Так, американский исследовательский университет сложился не оттого, что эту форму придумали.

⁴ *Бондарь Н.С.* Российское юридическое образование как конституционная ценность: национальные традиции и космополитические иллюзии. М., 2013.

мали ведомства, а потому что образовательной среде в Новом Свете никто не мешал вести свою линию в университетской традиции и спонтанно, с ошибками ее развивать. Об этом писали, в частности, Мейер и Шофер⁵. Административное же намерение и попечение с дисциплиной в академической среде неуместны.

— Что эту среду формирует?

— Само научно-образовательное дело и люди, которые долго в нем состоят как ученые, учителя и ученики в подходящей для этого обстановке. Среда вырастает и складывается в непрерывном их сопresутствии и участии в просвещении с разными интересами и с общей привязанностью к учебному и научному делу, с почтением к патриархам и традициям, но не в субординации к начальствам. Главное в ней — это интеллект, свобода и время, которые нельзя заменить управленческими вмешательствами и даже большими деньгами, хотя большие деньги образованию, конечно, нужны, в отличие от администрации. Иначе говоря, образование создают потраченные на него силы и средства в длительном их приложении к науке и учебе при академической свободе. Административной решимости здесь не нужно даже в наилучших намерениях.

Энтузиастам от управления, конечно, трудно это принять и признать, что им не рады и не верят, тем более когда они и в самом деле хотят, чтобы было лучше. Что могут они, однако, от себя предложить университетскому делу с его людьми и занятиями от интеллекта?

В человеке больше 80 миллиардов нейронов, и неизмеримую эту величину до бесконечности усложняют еще и связи, которыми пронизана нервная система мыслящих людей. Одно лишь это, мне кажется, делает легковесной саму идею управлять интуитивно-умственной деятельностью людей в науке и вузе. Академическую среду тоже создает эволюция, а не распоряжения по инстанциям. И если не им творить мыслящего человека и ученую обстановку, то с чего бы вдруг администрации брать на себя роль эволюции и вместо нее ставить условия просвещенному интеллекту?

⁵ Meyer J., Schofer E. The Worldwide Expansion of Higher Education in the Twentieth Century // American Sociological Review. 2005. Vol. 70. № 6. P. 898–920.

Свободы в административном решении немного больше, пожалуй, если вуз реконструировать заново на месте отмирающего заведения, после или вместо его ликвидации, либо же заново учреждать, например ВШЭ, Шанинку, Европейский университет в девятые годы или Сколково в нулевые. Но там, где академическое дело сложилось, вряд ли ведомствам и ректоратам нужно выказывать административное дальновидение и действовать так, будто все только и ждали, чтобы начальство вмешалось, исправило всё и устроило. Если состоявшийся вуз создали не они, то не им и решать его участь.

|| Университет с традицией — это не административное и не бюджетное, но общее достояние, которое нужно главным образом просто обслуживать как оно есть, знать его нужды, помогать его росту и платить, сколько выйдет, с надеждой, что это пойдет всем на пользу.

И когда будет кризис, вузу нужно по возможности помочь, если есть на то средства и видимый смысл, а если нет, то пусть исполнится его судьба.

— Что Вы понимаете под академической свободой?

— Свободу преподавания и науки от постороннего руководства, которое отпускало бы указания и требовало груды отчетности. Поскольку вуз допустил на срок преподавателя к его занятиям и предметам, ему и нужно доверять. Ему и решать — как и чему учить, разумеется в рамках предмета и курса. Академический или «компетентностный подход» использовать — решит преподаватель, а не начальство с активистами. Исходить нужно, конечно, не из того, что профессура все сделает безупречно, а просто из того, что именно она создает учебную продукцию, а не администраторы с энтузиастами и не их благотворное руководство. Когда я читал свои курсы, то не думал, конечно, что всё у меня идеально, но никому бы из ректората и его служб не позволил управлять своими занятиями, потому что это дело мое, кафедры, факультета и студентов, но уж точно не их. Академическому продукту негде появиться, кроме как в преподавательской среде, где, между прочим, многое друг о друге знают и обсуждают, уважают старшинство и лидерство. Это обычно и создает взыскательную обстановку, притом что там не принято друг друга поучать, навязывать



опеку и свои предпочтения. Есть, правда, деликатный вопрос — не чревата ли эта свобода издержками и позволительна ли она, если за образование платят и бюджет, и частные лица?

— Да, это общее опасение, которое дает сильные доводы в пользу администрации.

— Но, во-первых, столько ли платит бюджет профессуре, чтобы это давало хорошие основания что-то вменять преподаванию, держать под надзором и требовать участия в административной новизне с дальними видами? И уже нельзя предложить преподавательскому корпусу постараться авансом и немного потерпеть до лучших времен, потому что все авансы давно уже отпущены и потрачены. Может быть, теперь самое время попробовать для начала все же прилично платить, а уж потом, когда-нибудь, пригласить профессуру в чем-нибудь участвовать, насколько она решит?

Во-вторых и снова, нужно иметь в виду, что все рассчитать и гарантировать нельзя и что издержки обязательно будут. Вузы и наука определенно потратят часть общественного ресурса впустую, не исключая, видимо, и злоупотреблений. Но если в самом деле нужны образование и наука, то получить их можно лишь в академической свободе. Академическая автономия не предрешает сама по себе научно-образовательного успеха — это слишком тонкая вещь, чтобы его определяло одно лишь условие, и на просвещение нужно тратить много всего. Но это *conditio sine qua non* — обязательное условие, хотя и не единственное, конечно.

Если отдать науку и просвещение туда, где царят субординация с выслугой лет, то субординация получится вместе с надзором и отчетностью, а науки с образованием не выйдет.

— Есть мнение, что с научной точки зрения наше конституционное право не так развито, как частное. Вы с этим согласны? Вы бы хотели видеть науку конституционного права более разработанной?

— Во-первых, цивилистика продолжает римское право, за которым больше исторического времени, что и дает ей известное преимущество. Во-вторых, явления гражданского права, оборота, такие как сделка, собственность, обязательство, ближе всего к пове-

дневности множества людей, которые даже при социализме что-то покупают, продают и чем-то владеют. Это укореняет гражданское право в жизни, подобно языку, — и без того, и без другого жить нельзя, даже если оба сильно испорчены. Без конституционной же демократии на земле живет по-прежнему много людей, вопрос только в том — как они живут. В общем, в деловых и обыденных отношениях люди участвуют больше, чем в политических отношениях по организации и отправлению публичной власти, с которой принято связывать конституционное право.

— Но Конституция — это в первую очередь конституционные права граждан. Мне кажется, нет ничего важнее, чем, например, право на свободу или на частную жизнь. Если кто-то неправильно посчитает проценты, нарушив Гражданский кодекс, это не вызовет такого резонанса, как нарушение судом фундаментального права. И в этом смысле конституционное право имеет гораздо более широкий круг интересантов.

— Конституция — это укорененное, подлинное право-образование. Она потому и жизнеспособна, что вовсе не отвлечена от реальной жизни, включая гражданское право. Возьмите список объектов гражданских прав — разве не там имущество и нематериальные блага, включая саму жизнь и здоровье? Но ведь это конституционно значимые объекты и ценности высшего порядка? Так что Конституция и цивилистика друг от друга не отстают, а, наоборот, сообщаются между собой. Другое дело, что у Конституции история покороче.

— Если история гражданского права длится дольше, то можно ли сказать, что конституционное право все-таки недостаточно еще развито?

— Вернее сказать, что в публичном праве больше «трудностей роста», чем в цивилистике. И что значит «достаточно»? Сказать о праве и о науке «достаточно» можно лишь с субъективной позиции, имея в виду кого-то, кому их достаточно или не хватает.

— В таком случае Вам как судье, которому доктрина может помочь, этого развития достаточно?

— Знания всегда в чем-нибудь не хватает. Само знание в разных его источниках всегда неполно,

и цивилистическое, кстати, знание не завершено, как и все прочее. И человек ограничен в знаниях, так что и я, например, понимаю, что не знаю многого, а кроме того, не вполне представляю даже, каких ресурсов знания мне не хватает. Но если говорить о литературе по конституционному праву и о средствах исследования, то не все с ними плохо. Другое дело, что одними лишь средствами правоведения конституционное право и прочее право не охватишь. Есть антропология в разных ее областях, структурология, лингвистика, этология, другие дисциплины.

— Как они помогают Вам в применении права?

— Я пробую в них ориентироваться, чтобы понимать право, без претензий, конечно, на роль многопрофильного специалиста. Лексикография создала словари, которыми пользуются в юридической интерпретации, и не нужно быть филологом, лексикографом, чтобы пользоваться словарями. Не обязательно быть социологом, чтобы использовать ресурсы социологии. Есть пропорциональные избирательные системы, где квоты на выборах считают методами Д'Ондта, Хэра, Имперали. Юристы изучают эти системы и даже немного знают методы счета, что слегка приобщает их к математике, но не делает математиками опять же.

— Можете привести примеры неюридической литературы, полезной для юриста?

— Опыт исследования магии и религии Дж. Фрезера («Золотая ветвь»), «Родовой строй и первобытная мифология» А.М. Золотарева, работы К. Леви-Стросса, Б. Малиновского, серию «психологий» Г. Лебона (психологии народов, социализма, толпы), «Психологические типы» К.Г. Юнга. Хорошо бы прочитать Э. Дюркгейма — «Метод социологии» и особенно этюд «Самоубийство». Макса Вебера читают, особенно «Протестантскую этику и дух капитализма». Считаю насущной этологию, которую удобно начать с популярных работ В. Дольника, К. Лоренца, Ф. де Вааля, Е.Н. Панова. Есть в Интернете библиотека по этологии. Юристы так много говорят о свободе воли, что тонкую книжку В. Виндельбанда с этим названием полагалось бы всем прочитать, как и нейрофизиологию воли в книге «Кто ведет?» М. Газзанига.

|| Я потому так думаю, что право существует в человеке и нельзя его знать безотносительно к человеку. А это прямая дорога в антропологию, психологию, социологию и даже в биологию с биохимией.

Скажем, лояльность человека правилам зависит от производства в его организме серотонина (не только, разумеется, от него), а доверие к ближнему, можно сказать, фидуциарные отношения протекают не без участия окситоцина. Даже длительность брака, а стало быть, и он сам на биохимическом уровне обусловлены генерацией вазопрессина. В понимании социального поведения человека многое обещает генетика. В том же русле нужно читать книги В. Шаламова и Г. Демидова, чтобы понимать и видеть, как с человека сползает тонкий слой культуры и право в нем обнажается в низком и ожесточенном состоянии и чем человек может право в себе удержать. И «Одлян, или Воздух свободы» Л. Габышева юристу нужно читать — не для удовольствия, разумеется. Там видно, что права и правила действуют среди людей даже при деградации, пусть это и обломки права. Примитивная и жестокая справедливость определенным образом обслуживает отношения среди людей. Это тоже антропология, пусть не в научном, но в беспощадном литературном описании.

— А какой книги не хватает в конституционном праве?

— Не буду ставить науке задачи в написании книг, да и не вижу дефицита в темах и работах. Даже если некая тема еще не описана, то вряд ли очень уж сложно сделать по ней монографию, статью и диссертацию в принятых манерах юридического исследования. Другой вопрос, что в конституционном праве есть, кажется, неясности в ориентирах правопонимания.

— Что Вы имеете в виду?

— В конституционном праве и в целом по юриспруденции усилия ученых очень привязаны к ценностным позициям и положительным практическим задачам. Наука как бы спешит себя оправдать состоявшейся и будущей пользой: вот «практические результаты», а вот полезные предложения, что еще сделать и предложить? В таких настроениях исследование ориентировано на защиту правильной позиции, может быть



в политической злободневности, и на развенчание чего-то неверного всем на благо, «за все хорошее», чтобы не было плохо. В итоге многое изложено поучительно и вместе с тем отвлеченно, чтобы не наговорить лишнего. С этим наука и выглядит как производство актуальных задач и законодательных рецептов. Попробуй защити диссертацию, чтобы не было в ней «практических» предложений хотя бы с пустячной какой-нибудь *de lege ferenda*. Благо их обычно не замечают, и на законодательство, где не все прекрасно, они почти не влияют.

В главном своем назначении наука — это производство достоверного и объективного по возможности знания, на которое можно полагаться в описании фактов и в классификациях по проверяемым критериям, в констатации причинных связей и корреляций, в хронологиях и «географиях», в закономерностях и небеспочвенных гипотезах. Прогнозы в науке уместны, но даже они не столь обязательны, а полезные предложения тем более не определяют науку. Они, несомненно, нужны, и наука создает их во множестве, но не из них состоит научное знание и достоверность обеспечивают не они. Полезные навыки и рецепты — инженерные, политические, правовые — не всегда научны по происхождению, а научное знание не всегда и не сразу бывает практичным, не считая, конечно, того, что и в здравомыслии, и во тьме людям дороги и насущно нужны и знания, и даже заблуждения.

Наука, тем более юриспруденция, не свободна, разумеется, от обслуживания всяческих ожиданий, но ученые деяния протекают в ином несколько ракурсе — в доказательствах и проверке между истинным и неверным. И нужно выбирать — объяснять реальность как она есть либо бороться со злом на стороне добра, поощрять к нему или поддакивать. Но это не совсем уже и наука, ибо различать добро и зло умеют не только юристы и не одни лишь ученые, а всякий, в ком есть сколько-нибудь совести. И вряд ли юристы — наилучшие люди в сравнении с прочими, тем более что не все и признают за ними моральное превосходство. Иной раз даже скажут, как по немецкой поговорке, что, дескать, «юристы — плохие христиане», и недаром Линкольн предостерегал будущих юристов о предубеждениях насчет их нечестности. Пусть это и предвзятая молва, но с нею непросто вещать голосом совести с претензией на учительство. И сказать по правде, совсем уже от себя, в поучительно-философи-

ческой части юриспруденция не очень-то интересна. Я давно уже это чувствовал, но лишь со временем позволил себе в том увериться.

Зато мне вполне интересно выяснять, что представляет собой право в социопсихической реальности, в тексте или в том, как соперничают этические в нем течения. Наука, я знаю, умеет сказать не только о целях, глубинах и сущностях, например о тайном ядре субъективного права, и не только о том, каким праву следует быть и как вести его к совершенству. Она давно уже в состоянии рассказать о праве в его «веществе», как оно есть в человеке, в материальных и процессуальных его отправлениях безотносительно к тому, хороши они или нет. Так биологи изучают всех животных — не только приятных зайчиков с белочками, но и червей с тараканами. В юриспруденции это тоже почти возможно — говорю «почти», потому что право не бывает вполне нейтральным и какая-то в нем позиция хотя бы отчасти предрешена. И все же в науке праву есть место. Мы с С.Д. Князевым кое-что писали по этому поводу и выпустили недавно книжку «Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений». Ее новый выпуск теперь снова печатают с некоторыми улучшениями.

— Вы писали мнение в деле Финкельштейна⁶, где наметили границы, в которых государство может вторгаться в личное право гражданина. Разве это не оценка того, что хорошо, а что плохо с точки зрения Конституции и того содержания, которое Вы считаете правильным в нее вложить? Можно ли уклониться здесь от оценок?

— Вот Вы задали мне сначала вопрос о науке и тут же перешли собственно в право незаметно для себя самого, не так ли? Это очень кстати — Вы видите на себе, как просто смешать разные измерения. Так мы, юристы, постоянно и смешиваем науку о праве собственно с правом, а это ведь разные реальности. В науке исследуют, изучают реальность в стандартах объективности и понимают ее беспристрастно, а в праве люди живут сообразно своим интересам, и там беспристрастной объективностью не обойдешься. В праве люди себя ведут во многом безотчетно, исходя из того, как они представляют себе и различают в

⁶ См.: Постановление КС РФ от 17.01.2019 № 4-П.

этическом смысле правильное и неправильное, должное и недолжное, честное и беззаконное.

В науке положено держать объект на дистанции и быть к нему пусть и равнодушным, но так, чтобы эмпатия лишь вовлекала, но не руководила исследованием и не предрешала его результаты. В праве же многое заведомо решено, поскольку в нем условно ясно, что правильно и в чем беззаконие. В этом смысле даже беспристрастное судейство пристрастно, поскольку оно служит праву, закону, справедливости. Вы знаете такое научное имя, как Лев Петражицкий?

— **Конечно, это один из моих любимых ученых.**

— С чего начинается он свою теорию права? С классификации аффектов и с того, какое место занимают среди них этические эмоции. Это материал совершенно психологический, но разве не о праве пишет Петражицкий? Только он видит право в человеческом измерении, как выказывает оно себя в психических отправлениях и в отношениях. Такая работа не менее интересна, чем высказать в науке убежденность в своей правоте и выразить свое несогласие с какой-нибудь неправдой. Я прежде писал, что все юристы, хотя бы отчасти, — социологи и психологи уже потому, что им небезразличны последствия, которыми отзывается официальная норма в законодательстве. Но скажите, много ученых юристов работает в русле Л. Петражицкого, М. Ковалевского, С. Мэна или хотя бы Л. Гурвича?

Так что, когда мы вовлекаемся в право, нам трудно остаться в роли исследователя-наблюдателя, и мы участвуем в праве в заинтересованных своих ролях — гражданина, контрагента, избирателя, депутата, стороны в процессе или судьи. Мы уже не свободны от интересов и предрешений в ориентирах на то, что правильно и что неправильно. Именно здесь — в правовой жизни — мы и связаны тем, например, что Конституция ставит права и свободы на вершину ценностей. Многие по-настоящему дорожат свободами и правами, причем не только своими, а кто-то дорожит пусть и не ими, так хотя бы своим спокойствием и ради него небесстрастно состоит в конституционном правопорядке.

— **Раз уж мы перешли непосредственно к праву, то какой Вы видите роль судей, свою в нем роль? Суд**

применяет право или создает его? Если создает, то какой суд? Только Конституционный?

— Суды всегда создавали право и теперь его создают. В довольно короткой ретроспективе мы видим законодательство в знакомой роли главного источника права, но это недолгая история. В XII Таблицах записаны законы от судействующих жрецов (понтификов), а в Институциях Гая, в компиляциях Юстиниана — продукты правосудия в изложении юрисконсультов и претора. «Саксонское зеркало» писал Э. фон Репгау — ученый, как и французские «Кутюмы Бовези» созданы Ф. Бомануаром. До конца XVIII в. право хранили, обобщали и записывали суды, ученые, университеты — отчасти сами, а иногда под покровительством монархов.

— **До появления кодексов?**

— Скорее, до признания правосубъектной личности государства, которое в этом статусе и стало господствовать в законодательстве.

— **А до этого суды должны были интерпретировать и выявлять право?**

— Строго говоря, в создании права участвуют все. Я даже сказал бы, что иногда парламенты, пусть и от имени государства, лишь в малой степени определяют содержание законов. Кодификация Наполеона состоялась не в парламенте, ее определила долгая традиция права, как и Германское гражданское уложение, которое двадцать лет писали не в рейхстаге, а в академической обстановке.

Назовите какую-нибудь важную часть правопорядка, чтобы она явилась на свет из намеренного законодательного решения или даже из науки. Кто изобрел, скажем, договор или суд, обязательство и давность, гражданство и собственно закон, как и парламент, который принимает законодательные решения? Это главные вещи в праве, они прочно вошли в законодательство, но кто их изобрел и какой парламент их создал? Их создал, конечно, человек — не только и не столько рассудком, сколько своим существом в социальном рефлексе, интуиции, чувстве. Люди устраивают право везде, где общаются и живут, — а суд, включая конституционное правосудие, едва ли не главное место, где право «происходит» и где его выяс-



няют, понимают и убеждаются в нем, — и непрерывно тем самым создают его понемногу.

— Для этого необязательно признавать доктрину прецедента?

— Доктрина прецедента даже в Англии определенно оформилась в XIX в., а до нее У. Блэкстон высказался в деклараторной доктрине, по которой судья оглашает право, т.е. не создает его, поскольку оно уже есть. Его нужно лишь найти, чтобы объявить (*to declare*) применительно к делу и эту теорию не забыли.

В романо-германской традиции, в том числе и у нас, право в судебном его изложении скорее примет форму истолкования, которое, в свою очередь, предполагает лояльность законодательству, притом что суды его трактуют иной раз так, что это незаметно вносит в право добавленные смыслы.

Право прирастает в правосудии, где его коллективно накапливают в разобщенных усилиях, главным образом безотчетно, чтобы в итоге время от времени являлись сравнительно новые правообразования. А иногда происходят яркие события, с которыми определенно связывают потом некое приращение в праве, тоже, впрочем, как правило, ненамеренное. Так, историю конституционного правосудия определенно открыло однажды дело «Марбэри против Мэдисона» в 1803 г. — тогда Верховный суд США отказал закону в применении, поскольку тот не соответствует Конституции.

— Но понимание, что такой взгляд в принципе возможен, стало формироваться задолго до этого.

— Да, пожалуй, был исторический фон и некоторые намеки в двух судебных решениях Э. Кока без дальнейшей, впрочем, реализации; где-то в колониях были местные и не вполне знаменитые случаи, в Коннектикуте кажется. На пустом месте даже великим юридическим событиям трудно состояться.

— Вы пишете иногда мнения в дополнение к решениям Конституционного Суда. Что побуждает Вас это делать? Можно ли назвать это созданием дополнительных смыслов, которые могут сыграть важную роль в будущем?

— Я этим не претендую создать что-то особенное взамен акта конституционного правосудия. Но если я вижу прилегающий к решению Суда важный смысл по какому-то делу, я иногда его проговариваю во мнении. На то есть процессуальное право, и я считаю иногда себя обязанным им воспользоваться. Это не такое право, которым пользуются в своем интересе, и мне кажется временами необходимым обозначить нечто важное из того, что Конституционный Суд важным не посчитал. Или высказать особое мнение, когда в мотивах решения есть интерпретации и места, с которыми нельзя согласиться.

— Можете привести пример?

— В одном из постановлений речь шла о дисциплинарном наказании судей за грубое нарушение. Конституционный Суд высказался по делу широко и упомянул, что основанием дисциплинарной ответственности может быть и грубое, и систематическое нарушение правил судейской этики⁷. Мне показалось, во-первых, что систематические нарушения не входят в предмет по делу и Суд не обязан был по этому поводу высказываться. Во-вторых, если бы суды застали это попутное замечание без возражений, они стали бы уверенно тиражировать эту абстрактную позицию. Тогда я и посчитал, что это может быть преждевременным и в крайностях даже небезвредным. Не уверен, что статистика с плохими показателями судейской деятельности и накопление частных погрешностей могут быть основанием дисциплинарной ответственности судей.

— Вы всегда пишете мнение, если остаетесь в меньшинстве?

— Нет. В Конституционном Суде всегда имеют собственное мнение и настаивают на нем. Принятие бесспорного и единогласного решения далеко не всегда возможно. И если по каждому несогласию писать мнения, то даже читателей бы на них не нашлось.

— Но это же самые главные судебные акты в стране. Пускай они будут большими и собирают много читателей.

⁷ См.: Постановление КС РФ от 20.07.2011 № 19-П.

— Тратить на мнения слишком много времени и сил не выйдет. Мнение — это редкое процессуальное действие. Даже три мнения в год от судьи — это уже немало.

— Поэтому они вызывают большой интерес. А есть ли какие-то Ваши мнения, которые оказались обойдены вниманием?

— Я не слежу за тем, чем отзываются в публике судебские мнения, во всяком случае, специально. Вряд ли это полезно судебскому самочувствию. Но мнения коллег я, конечно, читаю.

— У меня сложилось впечатление, что Ваши мнения вызывают интерес. Например, когда я готовился к интервью и спросил у одного студента магистратуры, какой вопрос он бы Вам задал, он сказал: «Тяжело ли даются особые мнения?»

— Интерес можно вызвать, если он уже есть, так что я не стал бы переоценивать силу судебного мнения. Вы начали с того, что я задел во мнении проблемы профессионального образования. Год назад я писал очень сходное мнение, но на более интересном материале к Постановлению по делу Серёгиной⁸. Если оно прошло незаметно, судите сами, что вызывает интерес — состояние дел и настроений или повод, такой как мнение?

Трудно ли даются мнения? Это процессуальный акт, причем факультативный, в отличие от решения, которое судьи принимать обязаны. Если решения даются не без труда, то и мнения требуют, конечно, усилия. Больше того, если принимать решение обязательно, то на мнение нужно еще решиться. И это всегда не просто и не в удовольствие. Если мнение можно удержать, то писать его, конечно, я не стану.

— Меня все время интересовал такой технический вопрос: почему мнения появляются на сайте Суда позже, чем постановления? Сначала публикуют постановление, потом, через пару дней, бывает, через неделю, будет мнение. Вы позже пишете их?

— Как правило, да. Особое мнение пишу, когда уже состоялось решение, с которым я вынужден в чем-то

существенно разойтись. Это несогласие с принятым решением. На мнение, чтобы его написать, Регламент Конституционного Суда⁹ отводит четырнадцать дней.

— Но Вы же заранее знаете текст решения, в нем не может быть неожиданностей. Есть временной зазор между его принятием и оглашением, почему не написать мнение в этот период?

— Не настолько заранее все известно. Когда по решению проходит сложная дискуссия с разногласиями, то в обоснованиях и в резолютивной части оно становится ясным, может быть, дня за два до оглашения или опубликования. Не исключено, что важные штрихи в нем появятся накануне обнародования. И потом, даже в трудных обсуждениях всегда остается надежда на то, что решение обойдется без разногласий во мнениях, что можно остаться в большинстве и мнения не писать. Это само по себе мешает готовить мнение, не говоря уже о времени.

— Вас никогда не смущало название «особое мнение» или просто «мнение»? Оно как будто подчеркивает, что позиция судьи — это не часть судебного решения. В то время как в английских судах каждый судья пишет свое решение. И даже если они разойдутся во мнениях, это не будет означать, что двое судей написали решение суда, а третий — особое мнение. Наоборот, все три текста будут называться *judgment*. Возможно, такой подход как раз и стимулирует судей высказывать свои позиции, показывает им, что их взгляд не будет, скажем так, маргинализован термином «особый».

— Я не думал об этом и не буду утверждать, что в этой манере есть смысловая подоплека. Это, может быть, спонтанно сложившаяся техника решения — излагать мнения всех членов судебного состава: «Судьи А и Б полагают, что... с ними частично согласен В, который считает... Судьи Г и Д считают, что...» А как Вы сами предлагаете называть и высказывать мнения?

— Я бы сделал общий заголовок решения суда и уже внутри него указывал, что, например, пятнад-

⁸ Постановление КС РФ от 14.11.2018 № 41-П.

⁹ Регламент Конституционного Суда РФ (принят Конституционным Судом РФ в пленарном заседании 24.01.2011).



цать судей придерживаются такой-то позиции, а шестнадцатый дополнительно к этому излагает следующее.

— То есть как в Верховном суде США, где девять судей часто расходятся на меньшинство из четырех и большинство из пяти голосов. При 19 и даже при 15 судьях, как теперь в российском Конституционном Суде, это была бы большая нагрузка, в том числе на читателей.

— Большая, но вряд ли неподъемная.

— Есть много чего на свете, что кажется правильным и полезным, и часто не зря. Но не всё же на себя примерять. Пусть преимуществами наслаждаются те, у кого они есть. От многих преимуществ настало бы столько везде совершенства, что было бы трудно вынести его приятный, но тяжкий груз, — примерно, как в Экклезиасте: «Во многой мудрости много печали...»

Я не уверен в том, что нечто всерьез вынуждает нас пересматривать правила написания мнений. И вообще, на правила нужно больше полагаться, чем их пересматривать.

|| Верховенство права обратной стороной имеет покорность правилам.

Если праву по-настоящему верны и лояльны, то амбиции и влечения что-нибудь в нем менять остывают и вянут сами собой. Я не считаю, что правила нужно менять, пока в том нет большой и насущной нужды; как правило, не участвую в их улучшении и доверяю не тем, кто много от улучшений ждет, а тем, кто полагается на правила и компетентно ищет в них решения.

И судье, мне кажется, вернее следовать праву, пока оно позволяет, нежели видеть в нем почву для реализации своих идей и миссий. Являться в суд в правотворческом настроении, чтобы прирастить и добавить что-нибудь к праву от себя, мне кажется спорным. Это не значит, конечно, что суд не вносит в право новое содержание. Только он это делает ненамеренно, как не намерен был Дж. Маршалл учреждать конституционный судебный контроль. И право потребителя суды когда-то создали не по намерению,

а в честном применении обычных правил о деликтах (*law of torts*).

Вера и верность праву не обязывают уважать еще и концепции с идеалами, особенно если судья дорожит ими больше, чем правилами. А вдруг это концепции «проницающей ответственности», а если это телеология в направленном толковании права, партиципация или инклюзия в духе неомарксизма от франкфуртской школы и «коммуникативного действия» Ю. Хабермаса? Они иногда дают о себе знать, например, в решениях ЕСПЧ. Но на каком основании таким идеям быть обязательными, особенно если они кажутся измышлениями? Б. Кардозо исходил из того, что судейство в русле юридического реализма может создавать право, и притом, как судья Верховного суда США, он поддерживал «Новый курс» Ф. Рузвельта. В моем деле мне было бы беспокойно, когда судья слишком ценит бы свои идеи и концепции. Кому на пользу или во вред он их обратит и по какому праву и на что стороне ориентировать процессуальную свою позицию, если идеалы и цели судье важнее правил?

— Разве верховенство права возможно без судьи?

— Суд — исходное условие правопорядка, и верховенства права без правосудия не бывает.

|| Суд и право появились прежде государства, но главное — вместе.

— Возможно ли действие конституции без конституционного суда?

— Англию называют отечеством конституционных учреждений, но там нет и не было конституционного контроля. Лишь недавно явилась там его слабая тень — скорее от Европейской конвенции, чем от британской конституции. Новая Зеландия, Норвегия, Швеция, Финляндия, Дания, Нидерланды не практикуют конституционный контроль. В США, Канаде, Австралии он есть, но без конституционных судов. И всё это убедительные случаи стойкого конституционализма. Конституционные суды мы видим чаще там, где влиятельна романо-германская традиция, причем скорее в ее латинской подгруппе, чем в германской. На юге Европы, начиная с Австрии и Чехии, конституционные суды появились. И теперь они повсеместно на юге, в центре и на востоке, где конституционное

право в XX в. больше всего пострадало и временами пропадало.

— О чем это говорит?

— Конституционное правосудие всего нужнее там, где в правовом порядке больше рисков отклониться от конституционного права. Нужно учесть и разницу в правовых ориентирах, и много чего еще, например федерализм или выраженное разделение властей, поскольку при них между институтами и уровнями власти вероятнее споры, которые уместно разрешать в конституционном правосудии.

У англосаксов суды — то ли главные хранители права, то ли даже его творцы. И если их признают в этой роли, то кому и судить о праве, как не судам? Там конституционный контроль, если он есть, достается судам общей юрисдикции, которые и вправду за него берутся, а общество за ними эту функцию признает.

На континенте же, особенно со времен Французской революции, законодателем объявили государство, прежде всего в лице парламента, а суды оттеснили от участия в создании права. Право распознают с тех пор прежде всего в законодательном акте, и эта условность глубоко въелась в политические верования. Правосудие тоже впитало догматы этой веры: если закон поступает от парламента, то судам положено ему просто следовать. Потому рискованно вручать правосудию попутную функцию конституционного контроля. Во-первых, это непросто само по себе — Франция долго не решалась на судебный конституционный контроль и даже потом условно от него отстранилась, образуя Конституционный совет. Лишь постепенно она осваивает конституционное правосудие. Во-вторых, контроль применяемого закона ставит судью в

несколько раздвоенное и оттого неуверенное положение, если это суд в традиции романо-германского права. Там конституционный контроль возможен, если им ведают специальные институты — конституционный суд или совет. Так, о конституционной коллегии Верховного суда современной Эстонии мало что известно, в ней заседают судьи других коллегий, которые лишь на время отвлекаются от настоящей своей работы, чтобы отбыть положенное время на конституционном контроле. О киргизской конституционной палате знают больше — она образована при Верховном суде, но продолжает собой недавно упраздненный Конституционный суд.

— Если нет конституционного суда, как определить, что закон противоречит конституции?

— Конституционный правовой порядок нельзя установить лишь принятием конституционного акта и конституционным контролем. Он требует, кроме прочего, общей лояльности конституционным установлениям. Если общество ее усвоило и конституция стала его насущной потребностью, как язык, то в решающей части люди не уступят основные свои права и правила ни парламента, ни правительству и не позволят им отклоняться от конституции без чрезмерных рисков. Это, конечно, означает не безупречную конституционную гармонию в законодательстве, а только то, что общество ревниво оказывает гражданское давление на, в частности, законодательную власть. Конституционные суды, кстати, тоже не обещают сплошной конституционной гармонии и лишь отчасти корректируют законодательство по мере его проверки. Однако риск судебной дисквалификации создает давление на всю законодательную деятельность и, помимо того, убеждает и поддерживает граждан в их верности Конституции, на которую однажды они решились.®