



ПРАВО

УДК 342.72.73

Правовая определенность личности и демократия: что позволено «конституционному законодателю»

М. В. Пресняков

Пресняков Михаил Вячеславович, доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и международного права, Поволжский институт управления имени П. А. Столыпина – филиал РАНХиГС при Президенте РФ, Саратов, presnykov1972@yandex.ru

Введение. В статье анализируется правовая определенность личности как стабильность содержания фундаментальных прав и свобод в контексте демократических процессов реформирования действующего законодательства и Конституции Российской Федерации. **Теоретический анализ.** В статье отмечается, что необходимость стабильности основных прав и свобод человека находится в определенном противоречии с их динамическим, эволюционным характером. Ставится вопрос о возможных и необходимых пределах мажоритарной демократической воли большинства в отношении трансформации правовой системы в целом и конституционных прав и свобод в частности. Рассматриваются некоторые «точки напряженности» между демократией и верховенством права. **Результаты.** На основе изложенного в статье делается вывод, что участие в процессах демократического преобразования правовой системы может рассматриваться как право на демократию и в таком понимании нуждается в поиске баланса с иными фундаментальными правами и свободами. Именно на основе подобного баланса должна обеспечиваться правовая определенность личности, объединяющая в себе, с одной стороны, стабильность содержательных характеристик основных прав и свобод, а с другой – расширение правовых притязаний, эволюцию прав человека.

Ключевые слова: правовая определенность личности, права человека, верховенство права, демократия, изменение конституции.

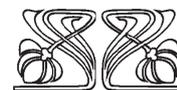
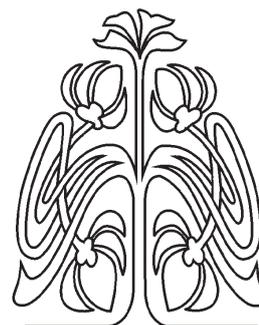
Поступила в редакцию: 17.07.2020 / Принята: 10.08.2020 / Опубликовано: 30.11.2020
Статья опубликована на условиях лицензии Creative Commons Attribution License (CC-BY 4.0)

DOI: <https://doi.org/10.18500/1994-2540-2020-20-3-439-448>

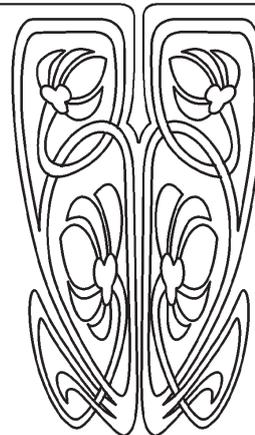
Введение

Выдающийся русский ученый-юрист И. А. Покровский писал: «...Личность желает иметь свое определенное и прочное место, желает жить на своем праве, а не на милости или немилости государства. Но этого мало: в известных областях она идет еще далее и заявляет претензию на полную независимость от государственной регламентации: если юридическое положение человека вообще может быть изменено новым законом, то есть такие “неотъемлемые права человека”, которые никаким законом уничтожены быть не могут, которые даже для государства в целом недостижимы. Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола властей, то идея “неотъемлемых прав” направляется против государства как такового» [1, с. 309].

Как известно, Иосиф Алексеевич много внимания уделил проблеме правовой определенности, которая представляет собой «одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только



НАУЧНЫЙ
ОТДЕЛ





себе можно представить» [1, с. 105]. И если в частной сфере такая правовая определенность во многом обусловлена требованием определенности права – «право на определенность правовых норм», то в отношениях между государством и личностью правовая определенность обеспечивается признанием у последней неких неотъемлемых и неотчуждаемых прав, существование которых не может быть поставлено в зависимость даже от законов государства.

В других работах мы неоднократно обращали внимание на явную недостаточность позитивистского формально-юридического подхода к пониманию правовой определенности как набора юридических правил правотворческой и правоприменительной техники: запрет обратной силы закона, неприкосновенность приобретенных прав, формальная определенность правовых предписаний и т.п. Несмотря на всю значимость этих правил «второго порядка», сами по себе они не в состоянии гарантировать действительное соблюдение фундаментальных прав и свобод. Например, право на жизнь изначально было провозглашено в Конституции РФ 1993 г., однако смертная казнь перестала применяться в России только с 1996 г. Все дело в том, что в ст. 20 Конституции [2] наряду с признанием права на жизнь в ч. 2 говорится, что смертная казнь до ее отмены может быть предусмотрена законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни. Таким образом, изначально представление «конституционного законодателя» о содержании права на жизнь вовсе не исключало применения смертной казни. На наш взгляд, действительная правовая определенность личности неразрывно связана с содержанием принадлежащих ей прав, конкретных правомочий, которые эти права в себе объединяют.

Это – содержательный или фактический аспект правовой определенности личности, который, в частности, вытекает из положения ч. 2 ст. 55 Конституции РФ: «... в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина».

Однако именно здесь возникает известное противоречие между правовой определенностью личности, которая требует наличия и соблюдения таких «непоколебимых» прав, и динамическим, эволюционным характером самих прав и свобод человека. В те времена, когда писались процитированные выше строки, большинство социальных прав (тогда они назывались «право на призрение») рассматривались как «правопритязания», представляющие собой «правовые

рефлексы», но не субъективные права. Другой известный русский правовед, профессор А. И. Елистратов, писал: «При системе не только факультативного, но и обязательного призрения бедных бедняку обыкновенно не присваивается никакого правомочия на помощь...» [3, с. 11]. Сейчас мы говорим об этих правопритязаниях как о правах второго поколения, занимающих прочное место в каталоге «общепризнанных» прав человека.

Собственно, сама концепция поколений прав человека, предложенная в 70-х гг. прошлого века первым генеральным секретарем Международного института прав человека (Страсбург) Карелом Васаком, а в настоящее время вошедшая в большинство учебников конституционного права, основана на признании динамически развивающегося характера этих прав.

Теоретический анализ

Томас Джефферсон, которого считают одним из «соавторов» самой первой и одновременно самой стабильной конституции в мире (он не участвовал в Конституционном Конвенте, но был одним из инициаторов Билля о правах), как это ни парадоксально, придерживался идеи «поколенческой» сменяемости конституций, полагая, что каждое следующее поколение вправе заключить собственный «общественный договор».

Томас Джефферсон рассматривал в качестве адресанта конституции не столько народ, сколько конкретные поколения людей, отмечая при этом, что законы одного поколения не должны «связывать» другое. Рассматривая закон (конституцию) как своего рода «делку» или «контракт», он обращал внимание на то, что последующее поколение, которое не принимало действующую конституцию, не может быть стороной этой «делки». «Стало быть, конституция страны должна пересматриваться при каждом новом поколении людей с тем, чтобы они могли жить по собственным законам, являющимся выражением их собственной воли, а не по законам и воле их отцов и дедов» [4, с. 224].

Итак, в данной работе мы хотели бы поставить вопрос о правовой определенности личности в ее содержательном аспекте в виде оппозиции стабильности конституции и демократического права народа (нации) на пересмотр положений «основного договора». Вопрос этот особенно уместен сейчас в нашей стране, где осуществляется самая масштабная конституционная реформа за последнюю четверть века. Впрочем, мы будем сознательно дистанцироваться от содержательного анализа изменений, которые вносятся в Конституцию Российской Федерации 1993 г., поскольку в данном случае нас интересует не то, какие



поправки включаются в текст Основного закона (это тема другой работы), а критериальные условия допустимости его изменения. Тем более мы постараемся воздержаться от каких-либо оценок политической подоплеку принимаемых решений, отдав приоритет эпистемологическому аспекту поставленной проблемы. Автор прекрасно отдает себе отчет, что стержневым элементом проводимой конституционной реформы является перераспределение властных полномочий, однако анализ данного аспекта не входит в задачи данной работы. Собственно, обращение к Закону Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» имеет скорее иллюстративное, чем предметно-содержательное значение.

Одним из наиболее острых вопросов конституционной реформы в России 2020 г. явилось предложение о так называемом обнулении сроков президентских полномочий в отношении действующего Президента РФ. Это предложение было внесено членом рабочей группы по поправкам в Конституцию РФ, депутатом Государственной Думы ФС РФ Валентиной Терешковой. В ходе обсуждения поправок к Основному закону во втором чтении она сказала: «...Зачем городить какие-то искусственные конструкции? Надо все честно, открыто, публично предусмотреть и вообще отменить ограничения по числу президентских сроков в Конституции. Или вообще, если этого потребует ситуация и если этого захотят люди, предусмотреть возможность для действующих президентов вновь избираться на эту должность» [5]. При этом Валентина Владимировна отметила, что рабочая группа и парламент этот вопрос только поставят, а «решать будет народ».

Все мы знаем, какую волну критики вызвало это предложение, однако, вне всяких сомнений, найдется огромное количество граждан нашей страны, которые его поддержат. Но ведь главный вопрос заключается не в этом. Применительно к возникшей ситуации его можно было бы сформулировать так: если российское общество, граждане нашей страны (тот самый народ, который является единственным источником власти) полагают, что институт сменяемости президентской власти является ненужным или избыточным (по крайней мере, в рамках существующей политической ситуации), вправе ли они совершенно демократическим путем его отменить или временно заблокировать?

Конституционный Суд РФ в своем заключении на Закон о поправках к Конституции [6] рассматривает этот вопрос с точки зрения

конкуренции различных конституционных ценностей. С одной стороны, сменяемость власти, которая вытекает из характеристики Российского государства как демократического и правового, что, по мнению Суда, «предполагает, хотя и не предопределяет» закрепление жестких ограничений на замещение должности Президента Российской Федерации одним лицом в течение длительного времени. А с другой стороны – необходимо учитывать принцип народовластия, который «подразумевает возможность реализации народом права избрать на свободных выборах то лицо, которое он посчитает наиболее достойным должности главы государства». С точки зрения Конституционного Суда, поиск баланса между этими базовыми ценностями должен осуществляться «конституционным законодателем» с учетом «конкретно-исторических факторов принятия соответствующего решения, в том числе степени угроз для государства и общества, состояния политической и экономической систем и т.п.».

Нужно сказать, что Конституционный Суд РФ в рамках данного заключения часто обращается к фигуре «конституционного законодателя», отмечая высокую степень его дискреции, ограниченную, пожалуй, лишь «неприкосновенными» главами (1, 2 и 9) Конституции Российской Федерации. Интересно, что воля «конституционного законодателя» заставляет Конституционный Суд даже поступаться собственными правовыми позициями. Например, по вопросу о возможных ограничениях пассивных избирательных прав в связи с наличием у гражданина иностранного гражданства или вида на жительство Судом была в свое время сформулирована весьма взвешенная и грамотная позиция, согласно которой вид на жительство (в отличие от иностранного гражданства) не создает устойчивой правовой связи с иностранным государством, а поэтому не может являться основанием для ограничения избирательных прав. В данном же заключении Суд «отвернулся» от этой правовой позиции на том основании, что она была адресована федеральному законодателю, но не обязывает «конституционного законодателя» [7].

В этом смысле весьма показательным, что по буквальному смыслу гл. 9 Конституции РФ различие между «федеральным законодателем» и «конституционным законодателем» незначительно: поправки к Основному закону принимаются Федеральным Собранием в порядке, предусмотренном для принятия федерального конституционного закона (квалифицированным большинством), а также одобряются законодательными органами субъектов Российской Фе-



дерации (что в условиях «жесткой вертикали» федеративного устройства нашей страны не представляет какого-либо затруднения). Интересно, что Конституционный Суд в рассматриваемом заключении отдельно отметил, что решение таких значимых вопросов, как отмена или «редукция» ограничений, связанных с принципом сменяемости власти, «должно в любом случае сопровождаться другими институциональными гарантиями»: развитый парламентаризм, реальная многопартийность, наличие политической конкуренции, эффективная модель разделения властей, снабженная системой сдержек и противовесов, а также обеспечение прав и свобод независимым правосудием.

К сожалению, говорить об актуальном наличии таких «институциональных гарантий» в нашей стране в настоящее время не приходится, скорее – это перспективные задачи России как демократического и правового государства. По всей видимости, это осознается и на высших уровнях государственной власти, поскольку специально для принятия конституционных поправок 2020 г. была избрана процедура, не предусмотренная гл. 9 Основного закона. «Легальный конституционный законодатель» оказался недостаточно легитимным для принятия подобных политических решений и потребовалась процедура «общероссийского голосования».

Председатель Центральной избирательной комиссии Российской Федерации Э. А. Памфилова на одном из заседаний заявила: «Принят уже этот закон, приняты поправки, уже сам по себе этот процесс легитимен. И только можно отнестись с большим уважением к тому, что Президент на этом не остановился, и его политическая воля и желание – услышать в данном случае не предусмотренное действующей Конституцией мнение народа» [8]. Вот так – «не предусмотренное Конституцией мнение народа» будет услышано только благодаря «политической воле и желанию» главы государства! Это высказывание само по себе весьма показательный маркер конституционной культуры в современной России, учитывая, что его озвучил действующий председатель ЦИК!

Впрочем, Э. А. Памфилова несколько путает понятия «легальность» и «легитимность»: порядок, предусмотренный ст. 136 Конституции РФ, который ограничивается участием в процедуре внесения поправок в Основной закон только федерального и региональных парламентов, действительно легален. Более того, он уже использовался в российской конституционной практике трижды, но вот «дефицит легитимности» этой процедуры очевиден. Непосредственно

население, народ Российской Федерации в данном процессе не участвует или участвует весьма опосредованно, если принимать во внимание, что сами парламенты формируются посредством всенародных выборов. И, как показал предыдущий опыт внесения поправок в Основной закон, граждане нашей страны довольно негативно оценивают «кулуарное» парламентское вмешательство в Конституцию.

Как бы то ни было, но следует признать, что порядок внесения поправок в Конституцию РФ в 2020 г. соответствует всем критериям демократической процедуры, для чего даже пришлось отступить от буквальных правил внесения изменений в текст Основного закона, предусмотренных главой девятой. Здесь могут возразить, что данная демократическая процедура не исключает политического и административного давления на различные органы государственной власти или манипулирования общественным мнением, однако это обычное свойство всех процедур принятия политического решения – ни одна из них не может гарантировать политически непредвзятого решения. Тем не менее, сложно отрицать, что одобрение поправок большинством населения, а также участие Конституционного Суда РФ в процессе внесения изменений в Конституцию, безусловно, направлено на повышение легитимности данного политического решения.

Но является ли это «надежной гарантией» для защиты конституционных ценностей демократического правового государства и – применительно к теме нашего разговора – прав и свобод человека? Конечно, каталог конституционных прав и свобод содержится во второй главе Конституции Российской Федерации, которая в любом случае не подлежит изменениям в порядке внесения поправок в Основной закон. Но, во-первых, как мы сегодня уже могли заметить, «местонахождение» в конституционном тексте прав человека не имеет решающего значения: например, поправка, что минимальный размер оплаты труда не может быть меньше прожиточного минимума, была внесена в ст. 75 Основного закона. Означает ли это, что право на оплату труда не ниже минимального размера оплаты труда, предусмотренное ст. 37 Конституции РФ, не подверглось изменению? Конституция представляет собой целостное пространство смыслов, и права и свободы, ею гарантируемые, невозможно сосредоточить в отдельной главе. Так, обсуждаемый выше институт сменяемости власти также может быть представлен «в терминах» прав и свобод – как право на сменяемость власти, или в более широком смысле – как право на демократию.



Во-вторых, Конституция Российской Федерации помимо внесения поправок предусматривает и более радикальный вариант собственного изменения – полный пересмотр, при котором не может быть «неизменных» положений. Как в этом случае может быть обеспечена необходимая правовая определенность личности? Другими словами, вопрос сводится к тому, может ли действительно легитимный «конституционный законодатель» (народ Российской Федерации) совершенно демократическим способом произвольно изменять положения Основного закона, основываясь на «демократической воле большинства»? Является ли легитимность необходимым и достаточным условием любых конституционных реформ?

На первый взгляд, ответ очевиден: люди вправе сами решать вопросы устройства общества, которое они составляют, и желаемого для них правопорядка. Собственно, это и есть принцип демократического устройства государства. Но здесь можно сделать еще несколько отступлений: в моем родном городе Саратове в 2019 г. произошла ужасная трагедия – девятилетняя девочка была убита по дороге в школу [9]. После задержания предполагаемого убийцы по всей стране прокатилась буря общественного возмущения – люди потребовали вернуть смертную казнь. Вопрос о допустимости смертной казни как наказания за наиболее тяжкие преступления для нашей страны является очень непростым. Напомним, что так называемый мораторий на смертную казнь был введен по политическим мотивам (в связи с членством в Совете Европы), но, по результатам многочисленных опросов, вопреки общественному мнению. С тех самых пор граждане нашей страны неоднократно требовали вернуть смертную казнь. В связи с этим возникает вопрос: если большинство граждан страны высказывают подобную позицию, то не следует ли в соответствии с принципами демократии, народовластия решить этот вопрос согласно воле народа?

Еще одной «точкой напряженности» в российском обществе является отношение к сексуальным меньшинствам: большая часть наших сограждан весьма «нетолерантно» относятся к этому явлению. Как нам представляется, очень многие ограничения прав сексуальных меньшинств могли бы получить полную поддержку со стороны подавляющего большинства населения России.

Здесь становится очевидным, что вопрос, который мы хотели бы поднять в рамках данной статьи, касается пределов демократической воли большинства, народного суверенитета, возможностей легитимных политических решений.

По всей видимости, следует прислушаться к мнению тех исследователей, которые отмечают, что общее согласие далеко не всегда является залогом «правового» или справедливого политического решения. Так, американский ученый Рэнди И. Барнетт в своей работе «Легитимность конституции» выступил с критикой легитимности, основанной на всеобщем согласии (концепция «мы, народ...»): абсолютное согласие есть фикция, а относительное согласие не способно гарантировать легитимность. «В целом, чтобы согласие вообще имело значение, мы должны принять (хотя это можно и доказать), что “сначала права, а затем закон” или “сначала даются права, а затем устанавливается правление”» [10].

Безусловно, права человека тесно связаны с демократическими процедурами, которые позволяют «формулировать» данные права в рамках конкретного правопорядка, устанавливать механизмы их реализации и защиты. В этом смысле демократия выступает в роли «правовой платформы» прав человека: «Свобода и равенство могут базироваться только на принципе демократического конституционного строя, а демократия, в свою очередь, предполагает наличие гражданских и политических прав» [11, с. 162–163]. Эту взаимосвязь немецкий ученый К. Штерн называет «связью между организационными элементами и системой основных прав» в конституциях.

Вместе с тем следует отметить, что единство демократии и прав человека имеет диалектический характер: выступая организационной основой реализации и защиты прав человека, демократия («власть народа») может проявлять агрессивное воздействие на права человека в форме мажоритарной «власти большинства». Известный германский ученый Густав Радбрух отмечал, что «уравнивание права с мнимой, или так называемой народной, пользой превращает правовое государство в неправовое» [12, с. 225]. Принцип народного суверенитета в классическом виде был сформулирован еще Руссо – «вся государственная власть исходит от народа», и до сих пор актуально присутствует в большинстве конституций мира: «Носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ» (ст. 2 Конституции РФ).

Однако этот тезис о «всевластии народа» имеет два серьезных контраргумента. Первый – прагматического характера: понятие «власть народа» имеет смысл только как утверждение предельно обобщенного характера. На самом деле власть практически никогда не осуществляется непосредственно народом, а только от



имени народа. Даже формы непосредственной демократии, такие как выборы или референдум, предполагают только одобрение или неодобрение гражданами политического решения, выработанного конкретными лицами или органами. Как метко заметил известный журналист и писатель, известный своими афоризмами, Габриэль Лауб: «Всякая власть исходит от народа и никогда уже к нему не возвращается».

В этих условиях ничем не ограниченная возможность действовать «от имени народа» и «для блага народа» превращается в индульгенцию для деспотии, предоставляющую «карт-бланш» для любых «одобренных народом» действий. Густав Радбрух в этой связи отмечал: «Практически это значит, что право – все, что тот, в чьих руках государственная власть, считает общепользным, а именно: любые фантазии и капризы деспота, наказание без суда и следствия, незаконное умерщвление больных. Но это можно определить и по-другому: своекорыстие власти рассматривается как общая польза» [12, с. 225].

Второй аргумент касается понимания «народа» как субъекта права: очевидно, что «народ» не может рассматриваться ни как юридическое лицо, ни как простая совокупность граждан, а лишь как некое общее единство всех личностей. Морфологически это так и есть, однако в рамках принятия (одобрения) политического решения народ выступает не как совокупность «обладателей основных прав», а в виде единой консолидированной политической воли, для которой права и свободы отдельной личности могут рассматриваться лишь как препятствие для достижения «общего блага». «Связь прав человека и демократии, однако, не только обосновывает право на участие в политическом процессе, но и действует в обратном направлении: свободы как неотъемлемые права противостоят демократическому волеизъявлению большинства» [11, с. 163].

Причем если первый аргумент, высказанный нами против «всесилия демократии», еще позволяет надеяться на поиск справедливых демократических процедур, которые помогут избежать манипуляций с «мнением народа», то второй касается принципиального вопроса о пределах «власти народа» как политического большинства. Так, например, в благополучной демократической Швейцарии в 2009 г. был законодательно закреплен прямой запрет на строительство минаретов [13]. Данное решение было принято исключительно самым что ни на есть демократическим путем – на основе общенационального референдума. Большинство голосов избирателей была одобрена инициатива «Против строительства минаретов», которая предусматри-

вала внесение поправки в ст. 72, п. 3 Конституции Швейцарии (Швейцарской Конфедерации): «Строительство минаретов запрещено». Как справедливо отмечает В. Л. Близнаков: «Случай запрета на строительство минаретов в Швейцарии демонстрирует коллизию таких основных европейских ценностей, как права человека, куда относится также свобода вероисповедания, и прямой демократии, в качестве инструмента политической системы европейских государств» [14, с. 114].

С одной стороны, если рассматривать демократию этимологически аутентично, т.е. непосредственно как «власть народа», то следует воспользоваться концепцией (принципом) правового государства: всякая власть (в том числе и власть народа) должна быть ограничена правом. С другой стороны, нельзя не учитывать, что в национально-государственном континууме высшим источником и основой права является конституция страны (проблема «неправовой» конституции, конечно, может быть поставлена, однако при таком разграничении «права» и «неправа» отсутствуют эпистемологические координаты для ее решения). Между тем именно народ выступает в качестве «конституционного законодателя», который не только принимает конституцию, но и может ее изменять или даже пересматривать.

Впрочем, «демократия» может быть рассмотрена и иначе – как самостоятельное право, т.е. право каждого на участие в делах государства и принятие политических решений. В том числе, как отмечает профессор Зальцбургского университета (Австрия) Стефан Кирсте, «право на демократию также является правом на участие в переформулировке и переосмыслении прав человека» [15, с. 37]. В работе «Право на демократию как краеугольный камень права» он, последовательно критикуя различного рода «процедурные» теории демократии, отрицающие демократию как самостоятельное право человека, приходит к выводу, что «право человека на демократию является краеугольным камнем конкретизации потенциала свободы в понятии права». Однако профессор Кирсте все же делает оговорку, что и сегодня этот «камень» зачастую все еще «дрожит» и «трется» о другой «камень» – верховенство права.

При такой постановке вопроса демократия или «право на демократию» становится имманентной общему ряду прав человека, а следовательно, требует поиска баланса в случае коллизии с другими общепризнанными правами и свободами.

Немецкий ученый и философ Роберт Алекси предложил рассматривать основные права



как принципы, которые обладают интерпретативным содержанием, что в итоге позволяет осуществлять в отношении них процедуры «взвешивания» и «балансировки». Он исходит из тезиса о «доконституционном» существовании субстанциональных прав человека, «протоправ» (Г. А. Гаджиев), которые путем включения в основной закон государства не конституируются, а лишь институционализируются [16].

В этом контексте в специальной литературе принято различать «права человека» как права, существующие объективно (независимо от их позитивации в законодательстве), и «основные права» или конституционные права, т. е. те, которые закреплены конституциями государств. Р. Алекси, также придерживаясь этого разграничения, добавляет, что включение прав человека в конституции приводит к изменению адресата данных прав: если права человека обязывают всех других лиц (например, воздерживаться от их нарушения), то основные права имеют своим адресатом государство. Включая права человека в национальную конституцию, государство «берет на себя» обязательства по их обеспечению и защите.

Но после включения прав человека в конституцию и принятия на себя государством обязанностей по их обеспечению возникает вопрос о контроле за их соблюдением. Р. Алекси обосновывает существование двух «контрольных инстанций»: демократии и конституционного суда. В первом случае мы имеем образ «демократического правового государства», во втором – «демократического конституционного государства», причем симпатии автора явно на стороне последнего. Соотношение между правовым демократическим государством и демократическим конституционным государством – это не строгая альтернатива, а отношение «дополнения». Демократическое правовое государство, так же как и формальное правовое государство, является необходимым условием институционализации прав человека, но оба для этого являются недостаточными. Они должны быть дополнены посредством конституционного судопроизводства до демократического конституционного государства» [17, с. 20].

Такой подход можно было бы назвать «верифицируемой демократией», при которой конституционные суды могут «отсекать» легитимные, демократические, но неправовые (нарушающие основные права) политические решения. «В идеальной демократии демократический процесс всегда проявлял бы достаточное уважение к конституционным правам. Не было бы в принципе никакого конфликта между демократией и кон-

ституционными правами. В реальной демократии, однако, конфликт имеет место. Реальность политической жизни вместе с идеей прав человека и конституционных прав требует по этой причине конституционного надзора» [18, с. 55].

Впрочем, конституционный контроль рассматривается Р. Алекси не в качестве собственно надзора или контроля за соответствием конституции, а, скорее, как средство юридической аргументации, которое создает определенный «юридический дискурс». Как нам представляется, речь в данном случае идет о фактической конституции. Здесь Р. Алекси отвергает «позитивистский аргумент» Ю. Хабермаса, что предоставление таких широких полномочий судебной власти дискредитирует демократическую легитимность политических решений. Хабермас исходит из того, что конституционный суд должен «быть ограничен набором оснований, которые законодатели фактически предъявили или, по крайней мере, могли бы предъявить для парламентского обоснования» [19, р. 447]. Речь идет о выявлении «намерения законодателя». Однако применительно к конституционным нормам, которые, во-первых, обладают высокой степенью обобщенности, а во-вторых, существуют весьма продолжительные периоды времени, такое «выявление намерения» представляется утопией.

Результаты

Подводя некий итог нашему анализу, можно отметить, что рассматриваемая проблема действительной или «содержательной» правовой определенности личности, которая заключается в существовании перманентного «разрыва» между требованием идентичности прав и свобод (стабильность правового статуса) и их динамическим, эволюционным характером, предполагает два альтернативных решения. Первое – позитивистское, заключается в формировании конституций «одного поколения»: мы здесь имеем в виду не столько сам текст конституции (это, конечно, утопия), сколько «массив конституции» – позитивные модели прав, которые формируются демократическим путем, на основе текущего законодательства. Данный путь характерен, например, для Франции, где активно осуществляется политика совершенствования законодательного процесса: упрощение законодательства, прогнозирование результата законодательных решений и т.п. [20, 21].

Второе направление связано с валидацией позитивных моделей реализации основных прав в деятельности конституционных судов и формированием эволютивного «правового дискурса», т.е. «живой» или фактической конституции.



Такая модель оказалась наиболее востребована в Германии, где Федеральный Конституционный суд на основе весьма лаконичных положений Основного закона возвел впечатляющее «здание» правовой действительности.

Представляется, что для нашей страны этот последний вариант является наиболее «подходящим»: благодаря деятельности Конституционного Суда РФ в фактическую Конституцию России было «вписано» немало важных страниц. Российский же парламент на сегодняшний день, к сожалению, не продемонстрировал достаточной политической зрелости для того, чтобы можно было без опасений делегировать ему всю полноту конституционного строительства здания прав человека.

Здесь мы предвидим, что после опубликования данной работы автору будет предъявлена претензия, связанная с некоторыми одиозными решениями Конституционного Суда Российской Федерации, обусловленными политическим контекстом. В самом деле, ведь было и решение, легитимирующее повышение пенсионного возраста, и принципиальное согласие с «обнулением» сроков президентских полномочий. Но здесь ведь дело не в том, что сама модель «конституционного демократического государства» (Р. Алекси) «не работает», а, скорее, в позиции Конституционного Суда относительно властного механизма. Безусловно, эта модель требует, чтобы орган конституционного контроля был «сильным игроком» на политической арене. У нас же роль Конституционного Суда систематически нивелируется, сужаются коллегиальные начала конституционной юстиции и сознательно усиливается роль председателя, что, возможно, приемлемо для министерства, но не для органа конституционного правосудия. Сейчас количество судей уменьшается до одиннадцати (вместо девятнадцати). Почему принято такое решение? Все очень просто – в связи с достижением предельного возраста многие Судьи в скором времени выйдут в отставку и состав Суда должен был значительно обновиться, а это чревато появлением новых «особых мнений». Теперь же можно не назначать новых судей, пока их не останется менее восьми человек! Обязанность вынести представление о назначении другого лица на вакантное место судьи возникает у Президента Российской Федерации в том случае, когда общее количество судей становится менее двух третей от полного состава.

Благодарности

Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных ис-

следований (проект «Конституционный принцип правовой определенности в механизме реализации прав и свобод человека» № 19-011-00418 А).

Список литературы

1. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1998. 353 с.
2. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31, ст. 4398.
3. *Елистратов А. И.* I. Понятие о публичном субъективном праве; II. «Теория субъективных публичных прав» А. А. Рождественского [Рец.]. М. : Печатня А. Снегиревой, 1913. 18, 21 с.
4. Томас Джефферсон о демократии : сб. / сост. С. К. Падвер. Л. : Рес Гумана ; Лениздат, 1992. 335 с.
5. Терешкова предложила снять ограничения на число президентских сроков. URL: <https://rg.ru/2020/03/10/tereshkova-predlozhila-sniat-ogranicheniia-na-chislo-prezidentskih-srokov.html> (дата обращения: 20.05.2020).
6. О соответствии положениям глав 1, 2 и 9 Конституции Российской Федерации не вступивших в силу положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти», а также о соответствии Конституции Российской Федерации порядка вступления в силу статьи 1 данного Закона в связи с запросом Президента Российской Федерации : заключение Конституционного Суда РФ от 16.03.2020 № 1-3. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
7. По делу о проверке конституционности подпункта «а» пункта 1 и подпункта «а» пункта 8 статьи 29 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А. М. Малицкого : постановление Конституционного Суда РФ от 22.06.2010 № 14-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 27, ст. 3552.
8. ЦИК заявил, что поправки к Конституции законны и без всенародного голосования. URL: <https://fishki.net/anti/3262613-cik-zajavil-chto-popravki-k-konstitucii-zakonny-i-bez-vsenednogo-golosovaniia.html> (дата обращения: 20.05.2020).
9. Трагедия в Саратове : после убийства ребенка в России предлагают вернуть смертную казнь. URL: <https://www.saratov.kp.ru/daily/27041.7/4105782/> (дата обращения: 20.05.2020).
10. *Барнетт Р. И.* Легитимность конституции. URL: <http://www.libertarium.ru/56925> (дата обращения: 15.05.2020).



11. Штерн К. Основные права граждан в конституционном государстве // Государственное право Германии. Сокращенный перевод немецкого семитомного издания. Т. 2 / отв. ред. Б. Н. Топорнин. М. : Изд-во ИГиП РАН, 1994. С. 161–166.
12. Радбрух Г. Философия права. М. : Междунар. отношения, 2004. 240 с.
13. В Швейцарии запретили строить минареты. URL: <https://www.newsru.com/religy/30Nov2009/minarety.html> (дата обращения: 17.05.2020).
14. Близнеков В. Л. Запрет на строительство минаретов в Швейцарии vs свобода вероисповедания в Европе : правовые, политические и социальные аспекты // Социология власти 2017. Т. 29. № 4. С. 104–126. DOI: <https://doi.org/10.22394/2074-0492-2017-4-104-126>
15. Кирсте С. Право человека на демократию как краеугольный камень права // Изв. вузов. Правоведение. 2013. № 6 (311). С. 35–37.
16. Alexy R. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat // Philosophie der Menschenrechte / Georg Lohmann, Stefan Gosepath (Hg.). Frankfurt a.M. : Suhrkamp Verl., 2015. S. 245–264.
17. Белова М. А. Демократия и права человека (обзор) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4. Государство и право : реферативный журнал. 2018. № 3. С. 15–24.
18. Алекси Р. Дуальная природа права // Право Украины. 2011. № 1. С. 45–58.
19. Habermas J. A Short Reply // Ratio Juris. 1999. Vol. 12, № 4. P. 445–453. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00135>
20. Андреева И. А. Упрощение законодательства во Франции : причины, этапы, итоги // Тр. Акад. управления МВД России. 2018. № 4 (48) С. 163–169.
21. Пилипенко А. Н. Франция : еще раз о качестве закона // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 2 (39). С. 208–214.

Образец для цитирования:

Пресняков М. В. Правовая определенность личности и демократия: что позволено «конституционному законодателю» // Изв. Сарат. ун-та. Нов. сер. Сер. Экономика. Управление. Право. 2020. Т. 20, вып. 4. С. 439–448. DOI: <https://doi.org/10.18500/1994-2540-2020-20-4-439-448>

Legal Certainty and Democracy: What the “Constitutional Legislator” Allows

M. V. Presnyakov

Mikhail V. Presnyakov, <https://orcid.org/0000-0001-8757-6392>, Stolypin Volga Region Institute of Administration of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, 164 Moskovskaya St., Saratov 410012, Russia, presnykov1972@yandex.ru

Introduction. The article analyzes the legal certainty of the individual as the stability of the content of fundamental rights and freedoms in the context of democratic processes of reforming the current legislation and the Constitution of the Russian Federation.

Theoretical analysis. The article notes that the need for stability of fundamental human rights and freedoms is in some contradiction with their dynamic, evolutionary nature. The author questions the possible and necessary limits of majority democratic will with regard to the transformation of the legal system, in general, and constitutional rights and freedoms, in particular. The article addresses some “points of tension” between democracy and the rule of law. **Results.** On the basis of the article, it is concluded that participation in the processes of democratic transformation of the legal system can be considered as a right to democracy and, in this understanding, it needs the search for a balance with other fundamental rights and freedoms. It is on the basis of this balance that the legal certainty of the individual must be ensured, combining, on the one hand, the stability of the substantive characteristics of fundamental rights and freedoms, and, on the other hand, the expansion of legal claims and the evolution of human rights.

Keywords: legal certainty of personality, human rights, rule of law, democracy, constitutional change.

Received: 17.07.2020 / Accepted: 10.08.2020 / Published: 30.11.2020

This is an open access distributed under the terms of Creative Commons Attribution License (CC-BY 4.0)

Acknowledgements: *This work was supported by the Russian Foundation for Basic Research (project “The constitutional principle of legal certainty in the mechanism for the realization of human rights and freedoms” No. 19-011-00418A).*

References

1. Pokrovskiy I. A. *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* [Major civil law issues]. Moscow, Statut Publ., 1998. 353 p. (in Russian).
2. The Constitution of the Russian Federation (adopted by the popular vote of 12.12.1993) (amended by Federal Constitutional Law 6-FKZ of 30.12.2008, Federal Constitutional Law 7-FKZ of 30.12.2008, Federal Constitutional Law 2-FKZ of 05.02.2014, Federal Constitutional Law 11-FKZ of 21.07.2014). *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Collection of Laws of the Russian Federation], 2014, no. 31, art. 4398 (in Russian).
3. Elistratov A. I. *Ponyatie o publichnom sub#ektivnom prave; II. «Teoriya sub#ektivnykh publichnykh prav» A. A. Rozhdestvenskogo [Rets.]* [The concept of public subjective law; II. “Theory of subjective public rights”]. Moscow, Pechatnaya A. Snegirevoi, 1913. 18, 21 p. (in Russian).
4. *Thomas Jefferson on Democracy* / selected S. K. Padover. Leningrad, Res Gumana Publ., Lenizdat, 1992. 335 p. (in Russian).



5. Tereshkova predlozila snyat' ogranicheniya na chislo prezidentskikh srokov (Tereshkova proposed to remove restrictions on the number of presidential terms). Available at: <https://rg.ru/2020/03/10/tereshkova-predlozhi-sniat-ogranicheniia-na-chislo-prezidentskih-srokov.html> (accessed 20 May 2020) (in Russian).
6. On compliance with the provisions of Chapters 1, 2 and 9 of the Constitution of the Russian Federation of the provisions of the Law of the Russian Federation on the amendment to the Constitution of the Russian Federation "On improving regulation of certain issues of organization and functioning of public authority", as well as the compliance with the Constitution of the Russian Federation of the procedure for the entry into force of Article 1 of this Law in connection with the request of the President of the Russian Federation. Conclusion of the Constitutional Court of the Russian Federation no. 1-3 of March 16, 2020. *ATP "Gatant"* [electronic resource] (in Russian).
7. In the case of checking the constitutionality of subparagraph "a" of paragraph 1 and subparagraph "a" of paragraph 8 of Article 29 of the Federal Law "On Basic Guarantees of Electoral Rights and the Right to Participate in a Referendum of Citizens of the Russian Federation" in connection with the complaint of citizen A. M. Malitsky. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation no. 14-P of June 22, 2010. *Sobranie zakonodatel'stva RF* [Collection of Laws of the Russian Federation], 2010, no. 27, art. 3552 (in Russian).
8. *CIK zayavil, chto popravki k Konstitucii zakonny i bez vsenarodnogo golosovaniya* (The CEC said that amendments to the Constitution are legal even without a popular vote). Available at: <https://fishki.net/anti/3262613-cik-zajavil-chto-popravki-k-konstitucii-zakonny-i-bez-vs-enarodnogo-golosovaniya.html> (accessed 20 May 2020) (in Russian).
9. *Tragediya v Saratove: posle ubiystva rebenka v Rossii predlagayut vernut' smertnyuyu kazn'* (Tragedy in Saratov: after the murder of a child in Russia, they offer to return the death penalty). Available at: <https://www.saratov.kp.ru/daily/27041.7/4105782/> (accessed 20 May 2020) (in Russian).
10. Barnett R. I. *Legitimnost' konstitutsii* (Legitimacy of the Constitution). Available at: <http://www.libertarium.ru/56925> (accessed 15 May 2020) (in Russian).
11. Shtern K. Basic rights of citizens in a constitutional state. *Gosudarstvennoe pravo Germanii. Sokrashchen-nyi perevod nemetskogo semitomnogo izdaniya*. T. 2 [B. N. Topornin (ans. ed.). State law of Germany. Abridged translation of the German seven-volume edition. Vol. 2]. Moscow, Izd-vo IGI P RAN, 1994, pp. 161–166 (in Russian).
12. Radbruch G. *Filosofiya prava* [Philosophy of law]. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniya Publ., 2004. 240 p. (in Russian).
13. *V Shveitsarii zapretili stroit' minarety* (Switzerland banned the construction of minarets). Available at: <https://www.newsru.com/religy/30Nov2009/minarety.html> (accessed 17 May 2020) (in Russian).
14. Bliznekov V. L. The prohibition on the construction of minarets in Switzerland vs freedom of religion in Europe: legal, political and social aspects. *Sociology of Power*, 2017, vol. 29, no. 4, pp. 104–126 (in Russian). DOI: <https://doi.org/10.22394/2074-0492-2017-4-104-126>
15. Kirste S. The human right to democracy as a cornerstone of law. *Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie*, 2013, no. 6 (311), pp. 35–37 (in Russian).
16. Alexy R. The institutionalization of human rights in the democratic constitutional state. In: Lohmann G., Gosepath S. (eds.). *Philosophy of Human Rights*. Frankfurt a.M., Suhrkamp Verl., 2015, pp. 245–264 (in German).
17. Belova M. A. Democracy and human rights (review). *Social'nye i gumanitarnye nauki. Otechestvennaya i zarubezhnaya literatura. Ser. 4. Gosudarstvo i pravo: referativnyj zhurnal* [Social and humanitarian sciences. Domestic and foreign literature. Ser. 4. State and law: an abstract journal], 2018, no. 3, pp. 15–24 (in Russian).
18. Aleksi R. The dual nature of Law. *Pravo Ukrainy*, 2011, no. 1, pp. 45–58 (in Russian).
19. Habermas J. A Short Reply. *Ratio Juris*, 1999, vol. 12, no. 4, pp. 445–453. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00135>
20. Andreeva I. A. Simplification of the Legislation in France: The Causes, the Stages, the Totals. *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii* [Proceedings of the Management Academy of the Ministry of Interior of Russia], 2018, no. 4 (48), pp. 163–169 (in Russian).
21. Pilipenko A. N. France: Once Again on the Quality of the Law. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* [Journal of Foreign Law and Comparative Law], 2013, no. 2 (39), pp. 208–214 (in Russian).

Cite this article as:

Presnyakov M. V. Legal Certainty and Democracy: What the "Constitutional Legislator" Allows. *Izv. Saratov Univ. (N. S.), Ser. Economics. Management. Law*, 2020, vol. 20, iss. 4, pp. 439–448 (in Russian). DOI: <https://doi.org/10.18500/1994-2540-2020-20-4-439-448>
