Андрей Николаевич Медушевский
Социология права

А. Н. Медушевский

Социология права



http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11826754
«Социология права»:
ISBN 978-5-4475-2840-9

Аннотация

Книга вносит вклад в теорию социальных функций права, показывая его роль в социальной интеграции, осуществлении контроля, разрешении конфликтов, легитимации социальных отношений, конструировании политических институтов. В то же время она имеет выраженную практическую направленность и может использоваться в качестве методической основы в таких жизненно важных областях, как законодательное проектирование и социологическая экспертиза принимаемых законов. Критически используя теоретические подходы современной социологии права, автор обосновывает свои выводы на значительном эмпирическом материале, в том числе собственных исследований, в области частного и публичного права, законодательных проектов и их реализации; разработки земельного законодательства, истории кодификации и преодоления правового дуализма, конституционных и административных реформ новейшего времени, а также судебной практики.

Андрей Медушевский
Социология права

Введение

Социология права – область науки, исследующая взаимоотношения права как социального института с социальной структурой и ее изменениями в целом. Социальный институт интерпретируется как понятие, означающее устойчивый комплекс формальных и неформальных норм, установок и правил, регулирующих различные сферы человеческой деятельности и организации их в системы ролей и статусов, образующих социальные системы. Данный подход видит цель социологии права в выявлении самостоятельного значения правовой нормы в конструировании социальных институтов (поскольку именно нормы создают основу информационной структуры институтов и их функционирования).

Социология права – новая дисциплина, формирование которой происходит в последние десятилетия: до настоящего времени она обсуждает предмет своих исследований, разграничение интересов с такими близкими дисциплинами, как, например, экономическая и политическая социология, криминология и юридическая антропология. Однако она опирается на значительную научную традицию. Становление права в особую систему социальной организации раскрывается на основе идей классической социологии права – концепций Э. Дюркгейма и М. Вебера, интерпретировавших его в рамках теории социальной дифференциации, функционального распределения ролей в обществе и выдвигавших его типологию на различных этапах с точки зрения институционализации нормативизма и функциональной роли правовой нормы в социальном регулировании. Этот подход позволяет видеть в праве главный инструмент социальной организации, разрешения конфликтов, обеспечения безопасности и социального мира (1). Из всех систем нормативного порядка право, с точки зрения функционального подхода (Т. Парсонс, Р. Мертон, Н. Луман), является наиболее эффективной системой социального контроля в современных обществах, где оно выступает механизмом интеграции и регуляции социального поведения индивидов, подавления и исправления «отклоняющегося» поведения.

Право определяется в современной науке как специфическая форма социальной организации, выступающая как норма, факт и ценность. Комплексное рассмотрение права как многомерного феномена возможно лишь с учетом всех трех конкурирующих перспектив. Действительно, изучение нормативной природы права позволяет раскрыть отношения долженствования (обязательное, запрещенное или дозволенное поведение), пронизанные единой волей. Раскрытие фактической природы права выявляет существование юридического феномена в обществе, что предполагает анализ особой сферы взаимоотношений между обществом и правом. Наконец, ценностное измерение права показывает его соотношение с

господствующими в обществе представлениями о справедливости, являющимися продуктом доминирующих исторических традиций, идеологических концепций и общественных настроений. Идеальная конструкция правовой нормы определяется наличием таких ее параметров, как справедливость (на чем настаивает юснатурализм), законность (о чем говорит нормативизм) и эффективность (к чему призывает реализм) (2). Предложенный подход к праву исходит фактически из этой идеальной конструкции, совмещающей все три параметра, которая функционирует в развитых правовых системах, хотя и там дает сбои. На практике эти параметры могут противоречить друг другу, переплетаться или проявляться один через другой. Поэтому право может восприниматься как справедливое, но не соответствующее позитивному закону, соответствующее его нормам, но не эффективное. Каждый из элементов триады вступает в конфликт с двумя другими.

Это заставляет обратиться к изучению проблемы эффективности права. Современная концепция спроса на право очень близка, в сущности, к утилитаристской философии И. Бентама и Дж. Остина, рассматривавших институт права и судебную власть с точки зрения их социальной полезности. Их интересовал прежде всего социальный эффект принимаемых законов и решений судов (3). В настоящее время этот взгляд представлен так называемой автопоэтической концепцией права, основанной на альтруистическом представлении о нем как известной саморегулирующейся системе, внутренняя рефлексивная логика развития которой отвечает перспективным целям общества и развития его формальной нормативно-правовой регуляции. Эта концепция действительно реализуется в правовых системах, где уже действуют эти механизмы саморегуляции. Проблема заключается в том, что она не имеет смысла в обществах, где правовая система только находится в стадии становления, а новые нормы и институты плохо адаптированы к социальному содержанию. Это относится ко многим обществам переходного типа, в частности к России, которая в начале XXI в. оказалась вынужденной решать проблемы, стоявшие перед ней в начале XX в.

Классическая российская юридическая школа представляет собой основу разработки научной концепции права в современной России. Во всех странах обращение к классике стимулирует мысль новейших исследователей. Но для нас оно особенно актуально. Это связано прежде всего с необходимостью восстановить разорванную преемственность национальной правовой традиции; а также с тем, что русская дореволюционная классика служит одновременно источником знаний обо всей мировой науке эпохи ее существования; наконец, она разработала ряд проблем, представляющих специальный интерес для России (4).

Русская юридическая школа прошла несколько значимых этапов в своем формировании, связанных с переходом от традиционного сословного общества к гражданскому. Ее основателями были Б.Н. Чичерин, К.Д. Кавелин и В.И. Сергеевич, выступившие с целостной концепцией исследования права, его преобразования, либеральных реформ в России 60-х гг. XIX в. На следующем этапе данное направление было представлено трудами таких ученых, как А.Д. Градовский, М.М. Ковалевский и С.А. Муромцев, заложивших основы сравнительного правоведения и социологии права. Позднее ряд ученых, развивая эти подходы, перенес их на изучение социологи права и других отраслей права (Л.И. Петражицкий, Н.С. Таганцев, Г.Ф. Шершеневич), а также на разработку проблем кодификации и истории права. Все это направление русской юридической науки объединяла приверженность либеральным ценностям, политическим реформам и конституционализму. В их трудах дана научная концепция отношений общества и государства, трансформации сословного общества в гражданское и абсолютизма в правовое государство. Важной стороной их деятельности являлась связь таких параметров, как разработка философии права, позитивного законодательства, а также политической практики. Так, Чичерин и Кавелин выступали теоретиками крестьянской и судебной реформы, Градовский являлся одним из авторов конституции Болгарии, Муромцев – лидером земского конституционализма и председателем Первой Государственной Думы, а Н.С. Таганцев – основным разработчиком Уголовного уложения 1903 г.

Каким образом и где законодательные конструкции прошлого могут быть использованы современным юристом? Это прежде всего философия права, которая не может игнорировать теоретических дебатов прошлого. Например, все дискуссии о фундаментальных правах и возрождении естественного права, соотношении его с позитивным правом и нормативизмом,

роль социологии права. В связи с этим происходит обращение к теории возрождения естественного права, представленной в русской мысли начала XX в. П.И. Новгородцевым, С.Н. Трубецким. Это, далее, психологическая школа в юриспруденции (Л.И. Петражицкий, Н.М. Коркунов). Наконец, уголовно-антропологическая школа (например, Д.А. Дриль). Существенное значение имеет в этом контексте дискуссия сторонников естественного права и юридического позитивизма, например, А.Х. Гольмстена и С. В. Пахмана, с одной стороны, и С.А. Муромцева и Г.Ф. Шершеневича – с другой (она во многом предварила те споры, которые имели место в Западной Европе позднейшего времени, например, между Г. Кельзеном и сторонниками юснатурализма). Это и общий вклад социологической школы права, основатели которой (Ковалевский и Муромцев) остаются наиболее видными теоретиками данного подхода в русской науке. Вторым направлением рецепции юридических конструкций прошлого должно быть признано конституционное право – теоретическая разработка и практическое применение таких понятий, как «конституционное» и «государственное» право, его соотношение с административным правом, основное законодательство, соотношение закона и указа, роль чрезвычайного законодательства, административного распоряжения и делегированных полномочий. Эти идеи получили практическое воплощение при разработке конституционных проектов, а также юридических оснований Учредительного собрания (труды Н.И. Лазаревского, Ф.Ф. Кокошкина, В.М. Гессена и др.). Эта сфера применения чрезвычайно широка и охватывает пространство от общих вопросов теории права (прав человека, концепции разделения властей и федерализма) до совершенно конкретных (например, дискуссия о предельно допустимом сроке содержания подозреваемого под стражей до рассмотрения его дела судом).

Третье направление – анализ богатой судебной практики по гражданским и уголовным делам. Можно выделить несколько перспективных направлений, взаимосвязанных между собой. Например, в цивилистике это труды К.Н. Анненкова, А.Х. Гольмстена, С.И. Зарудного, К.Д. Кавелина, Д.И. Мейера, К.И. Малышева, С.А. Муромцева, С.В. Пахмана, Л.И. Петражицкого, И.А. Покровского, В.И. Сергеевича, Г.Ф. Шершеневича если называть только основные имена. В уголовном праве и криминологии – блестящая школа, представленная именами А. Вульферта, М.Н. Гернета, С.К. Го– геля, Д.А. Дриля, А. Духовского, А.А. Жижиленко, В.Д. Набокова, Н.С. Таганцева, И.Я. Фойницкого, Х.М. Чарыхова и др. Некоторые из изданий классических трудов могут использоваться (и уже используются) как учебные пособия (как, например, курс М.Ф. Владимирского-Буданова по истории русского права; Е.В. Васьковского по цивилистической методологии или книга М.Я. Острогорского о демократии и политических партиях). Отметим практическое влияние Судебных уставов 1864 г. на разработку и реализацию судебной реформы постсоветского периода, которое отмечалось многими исследователями и признавалось практиками (прежде всего, например, суд присяжных, презумпция невиновности, внутреннее убеждение судьи, вопрос о прецедентном характере судебных решений).

Важен вклад русской школы социологии права, анализировавшей эти проблемы в условиях традиционной правовой системы, характеризовавшейся существованием феномена правового дуализма (рационального позитивного и традиционного обычного права) – С.А. Муромцева, М.М. Ковалевского, Н.М. Коркунова, Л.И. Петражицкого, Г.Ф. Шершеневича, П.А. Сорокина и других исследователей, разрабатывавших социологические параметры частного и публичного права, истории права (российского, западного и римского), а также отдельные проблемные области (например, обычное право, переходные формы землевладения, специфические категории социальной зависимости).

Вопрос о рецепции норм римского права и западных кодексов являлся одной из ключевых тем русской правовой мысли в ходе и после либеральных реформ 1860-х гг. Он отражен в дискуссиях о кодификации права в России, а участники этих споров (как, например, Н.М. Коркунов) предложили теоретическое решение проблемы. Поскольку русское дореволюционное право заимствовало многие нормы из западных кодексов (прежде всего, разумеется, Кодекса Наполеона и Германского Гражданского Уложения), то очевидно, что современное обращение к этим нормам является уже повторной их рецепцией.

В других отраслях права непосредственная рецепция законодательных норм прошлого возможна при их переосмыслении с позиции новой реальности. Так, введение собственности на

землю актуализировало ряд норм предшествующего гражданского права, дискуссии о содержании таких понятий, как, например, сервитуты. В русской юриспруденции существовало особое направление, связанное с анализом и юридической фиксацией обычного права (как крестьянского, так и отдельных народов). Это относится, например, к вопросу о возможности принятия современным законодательством существующих у некоторых народов норм обычного права – проблема, тщательно разработанная в старой русской литературе.

Из этого подхода вытекает современная трактовка роли права в поддержании социального равновесия путем социализации индивида в рамках общих ценностей, передаваемых в виде нормативных моделей поведения, составляющих структурную основу общества и преодоления дисфункционального, отклоняющегося поведения с помощью последующего репрессивного контроля. Наряду с этим право выполняет функцию и другого, нерепрессивного, контроля, который определяется как регулятивный, дистрибутивный и превентивный. Этот последний способствует выражению и институционализации социальных интересов (5).

Рассмотрение права как формы социальной организации (предложенное школой юридического реализма) подчеркивает его роль в конструировании социальной реальности, осуществлении своего рода социальной инженерии, состоящей в гармонизации интересов в условиях конфликта, достижении социальных целей и удовлетворении социальных нужд, что способствует интеграции индивидов в определенную социальную структуру. Право организует нормативную структуру общества, общественное поведение индивидов и активно вмешивается в модернизацию социальной и экономической структуры. С этим связана еще одна чрезвычайно важная функция права – легитимация новых социальных институтов (как единства процессов и норм), особенно в условиях быстрых социальных преобразований.

Важная проблема социологии права – сравнительное изучение различных политико-правовых систем в истории и современности, анализ формальной (закрепленной в законах) и неформальной (реальной) структуры власти, раскрытие механизма власти политических режимов. В связи с этим особое внимание конституционного (государственного) права, юридической и политической социологии привлекает анализ правовой культуры общества, механизма производства права в рамках разделения властей на разных уровнях – законодательной, исполнительной и судебной, федеральной и местной, элитных групп, а также таких, как политическая элита (правящий слой), экономическая элита (слой менеджеров), научно-техническая, национальная и региональная и др., характер их обратного влияния на правовую систему, в частности, в периоды социально-экономических преобразований.

С предложенных позиций становится возможным реконструировать широкое проблемное поле, которое до настоящего времени было разделено между рядом традиционных дисциплин – правом, социологией, историей, антропологией и др., которые, однако, не усматривали в нем внутреннего единства. Это единство определяется концепцией права как основного инструмента социальной организации и социального регулирования. Вместе с тем данный подход демонстрирует актуальность социологии права как дисциплины в системе универсального гуманитарного образования. Таким образом, достигается цель социологии права – выяснение взаимосвязи правовой нормы и социальных структур в процессе изменений; определение характера этой связи (позитивная или негативная корреляция их отношений) и степени их синхронности (опережающая роль правового регулирования по отношению к социальным изменениям или наоборот); параметры дисфункции между ними (когда, например, введение правовой нормы приводит к неожиданным или даже прямо противоположным ожидавшимся социальным последствиям); определение перспективных направлений социального конструирования и их планируемого социального эффекта; наконец, достижение социальных целей путем направленной политики права.

Данный труд имеет своей целью анализ практических достижений современной науки в области социологического изучения правовых явлений, включая выводы теоретической и прикладной социологии, теории права, сравнительного конституционного права, а также элементы анализа судебной практики по гражданским и уголовным делам, решений Конституционных судов. Книга состоит из разделов – тематических блоков, раскрывающих специфику социологического (функционального, а не нормативистского) подхода к праву, а также к его важнейшим отраслям. Она открывается разделом о легитимирующей функции

права – формировании политико-правовых идеологий современности, оказавших определяющее влияние на теоретическую интерпретацию права и характер его применения в разных обществах (гл. 1); другая сторона проблемы – социальные функции юридических норм – представлена в разделе о праве и экономике (гл. 2). Особый круг проблем социологии права связан с изучением конфликтности нормативной системы и социальной практики, функцией социальной защиты – спроса на право и отказа от него, отклоняющегося и преступного поведения, а также форм его преодоления (гл. 3). Механизмы применения права (или создания суррогатных квази-правовых норм) для разрешения конфликтов – осуществления направленного социального регулирования – прослеживаются особенно четко в сфере политики, которая постоянно сталкивается с дилеммой эффективности и законности принимаемых решений (гл. 4). Наконец, центральная функция права – обеспечения консенсуса в меняющемся обществе – делает актуальной тему преемственности и разрыва в его существовании. Эта проблема рассматривается в рамках теории конституционных циклов с привлечением эмпирического материала о механизмах и типах переходных периодов (гл. 5).

Особенностью данного труда является то, что автор, привлекая основные теоретические подходы современной социологии права, обосновывает свои выводы на значительном эмпирическом материале, в том числе собственных исследований, в области частного и публичного права, законодательных проектов и их реализации; разработки земельного законодательства, истории кодификации и преодоления правового дуализма, конституционных и административных реформ новейшего времени, а также судебной практики (6). Книга стремится внести вклад в теорию социальных функций права, но в то же время имеет выраженную прагматическую направленность и может использоваться в качестве методической основы в таких жизненно важных областях, как законодательное проектирование и социологическая экспертиза принимаемых законов.

Основное внимание обращено на проблемы социальных параметров создания правовых норм, их реализации в практике судопроизводства, а также социального эффекта их применения. Поэтому автор обращается к социологическим параметрам частного, публичного и уголовного права, методам анализа судебной практики, использованию социологических данных в криминологии для определения целей наказания и профилактики преступности. Изложение этих вопросов ставит своей целью показать значение методов социологии права для аналитической работы в условиях современных российских реформ – земельной, административной, судебной.

Глава 1
Легитимность и законность: политико-правовые идеологии современности

1.Понятие идеологии и классификация идеологий по отношению к праву. 2. Консерватизм: сохранение действующего права во имя верности традиционным ценностям. 3. Либерализм: преобразование права во имя свободы. 4. Социализм, коммунизм, анархизм: разрушение права во имя равенства. 5. Национализм, фундаментализм и модернизация: отождествление народного и национального суверенитета. 6. Глобализация, модернизация и новые идеологические течения: насколько универсальна европейская модель гражданского общества и правового государства.

Переходы от одной идеологии к другой, мутации известных идеологий, появление причудливых гибридных форм наблюдались в разное время и в истории разных стран. Но этот феномен остался непроясненным до настоящего времени или даже запутанным. Причиной этого является то, что споры об идеологиях – их возникновении, соотношении между собой и воздействии на общество – практически никогда не свободны от идеологических преувеличений. Они ведутся идеологами и преследуют политическую цель – сохранить тот или иной миф, придать ему новые жизненные силы, отстоять его в полемике с оппонентами. Вопрос об идеологиях современного общества – тема, изучение которой менее всего соответствует научному идеалу свободы от оценки. В феномене идеологии, возможно, более чем в каком-либо

другом явлении духовной жизни современного общества, оказывается невозможным позитивистское разделение факта и оценки, поскольку сама оценка становится фактом интеллектуальной и политической действительности, оказывая мощное влияние на массовое сознание и интерпретацию им значительного числа других, более нейтральных фактов. В результате ожесточенность идеологических споров соответствует неопределенности (часто сознательной) самого понятия идеологии и составляющих ее элементов.

В данном разделе дается обоснование понятия идеологии; проводится классификация основных классических идеологий, сложившихся в XIX в., и раскрываются представленные ими модели социального устройства; затем рассмотрены комбинации различных идеологий в XX в., связанные как с быстрым изменением социальных отношений, так и особенно с тенденциями к модернизации и глобализации в XXI в.; в заключение предложена динамическая концепция смены идеологий.

1. Понятие идеологии и классификация идеологий по отношению к праву

Понятие идеологии. Основная трудность научного исследования идеологии связана с различным объемом и многозначностью этого понятия в истории (1). Поэтому диаметрально противоположными оказываются выводы об историческом содержании этого явления и перспективах его развития (2). Для одних исследователей наша эпоха – это «время идеологий», для других – «конец идеологий», «прощание с иллюзиями»; одни полагают, что мы присутствуем при «конце истории», другие говорят о наступлении эпохи «мирового беспорядка», имея в виду утрату содержания предшествующими идеологиями; наконец, одни предсказывают потерю идеологиями своего социального потенциала, другие, напротив, усиление социальной роли идеологий в условиях глобализации (3).

Понятие «идеология» было введено Дестю де Трас– си в период Французской революции (1789–1801) для обозначения науки, изучающей законы функционирования идей в качестве психических факторов и их отношения к языку (4). Что касается самого феномена идеологии, то его понимание было близко идее светской религии, сформировавшейся в революционную эпоху (5). Понятие «идеологи» было также применено для обозначения определенной политической группы, которая развивала традиции энциклопедистов (Дестю де Траси, Кабанис, Вольней). Наполеон использовал это слово в негативном смысле, понимая под «идеологами» политических мечтателей. Гегельянцы применяли это понятие для обозначения субъективной стороны процесса познания (6). Затем процесс определения понятия прошел несколько этапов.

Во-первых, выявление идеологии как самостоятельного объекта исследования. Понятие идеологии в узком смысле, позднее получившее широкое распространение, было сформулировано К. Марксом и Ф. Энгельсом – первоначально в «Немецкой идеологии» (1846) (7), где еще не было четкого определения, а более определенно в других работах: «Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии» (8) и письмо к Мерингу от 14 июня 1893 г. (9). В этой интерпретации идеология идентична ложному сознанию (falschen Bewusstsein) или процессу мистификации сознания, который ведет к созданию искаженной картины мира. С одной стороны, мышление отражает социальные конфликты, коренящиеся в материальной сфере и в этом смысле детерминируется ими, с другой – оно, будучи маскарадом реальности, имеет существенную автономность и способно оказывать самостоятельное воздействие на социальное бытие. В результате индивид перестает понимать реальные силы, которые руководят его мыслями. Наиболее важный вклад марксизма в изучение идеологий – установление зависимости между мышлением и интересами, а также выявление интересов особого типа, оказывающих наиболее мощное воздействие в идеологическом производстве, именно – интересов, связанных с социальным (классовым) разделением общества. Однако, если принять вывод о всякой идеологии как ложном сознании, то становится бессмысленным разделение идеологий на «ненаучные» и «научные», поскольку идеологическое восприятие действительности объективно имеет другую природу, нежели научное, оно основано на вере, а не на знании. Поэтому вся марксистская критика предшествующих типов идеологий, например, религиозного сознания, может быть обращена против него. В этом смысле марксистская идеология по аналогии с религией получила определение «опиума интеллектуалов» (Р. Арон)

(10).

Во-вторых, анализ структуры идеологии. Проблема разделения собственно идеологического компонента и познавательной ценности социально-политических доктрин, оказавшаяся особенно актуальной в новейшее время, стала предметом разработки в социологии знания – специальной дисциплине, дифференцировавшей функционально-генетическую обусловленность идей, с одной стороны, и определение их научной легитимности, с другой. Идеологии стали изучаться как феномен социального сознания независимо от того, являются они истинными или ложными в познавательном смысле; они предстали как выражение определенных социальных интересов – инструментов, с помощью которых социальные группы стремятся достичь своих целей. Данный процесс социальной самоидентификации, особенно в новейшее время, был связан с осознанным конструированием различных идеологических моделей. Ключевое значение в связи с этим приобретал анализ специфического немецкого понятия «Weltanschauung» (мировоззрение), которое, отнюдь не будучи тождественным науке в ее позитивистском понимании, служит в то же время основанием всякой политической позиции. Значение данного понятия состоит прежде всего в том, что оно претендует на целостное философское объяснение мира, охватывающее фундаментальные проблемы бытия, истории, места личности в обществе; во-вторых, в восстановлении утраченного современным обществом единства социального факта и его оценки и, наконец, в-третьих, в четком определении алгоритма достижения определенной социальной цели. В результате принятия частью общества определенного мировоззрения вполне логичным становится появление на его основе особого идеологизированного образования – «политической педагогики», «политического образования», направленных на создание в обществе особой социально–политической ориентации. Социальные и политические разделения проявляются и выражаются в конфликте и соперничестве мировоззрений, а его логическим завершением становится создание партийных школ разной направленности (11).

Другой стороной проблемы становилось разграничение понятий идеологии и утопии. Последняя также представляет собой «идею». Однако это не статичная платоновская идея, характерная для греческой традиции, где она была конкретным архетипом, первой моделью вещей. Утопия – это идея, постигаемая скорее как «формальная цель, проецируемая в бесконечное будущее, функция которой состоит в том, чтобы действовать исключительно как регулятивный план в земных делах» (12). Идеологии – интерпретируют мир, утопии – скорее побуждают к его изменению. В данном контексте возникает вопрос о том, возможна ли вообще идеология, лишенная утопии? Не является ли утопия составной частью всякой идеологии? Вопросы – правомерные для любой идеологии и не связанные с ее конкретным содержанием.

В-третьих, вопрос о функционировании идеологии в обществе. Современная социология наметила два возможных пути принятия идеологии социальной группой. С одной стороны, «идеология принимается группой, поскольку специфические теоретические элементы идеологии соответствуют ее интересам», с другой – «выбор конкретной идеологии не обязательно основывается на внутренне присущих ей теоретических элементах, он может быть случайным». Например, принятие христианства в поздней Римской империи определялось не только содержанием учения, но и социально-политическими условиями эпохи, – тем, что оно хорошо отвечало новым умонастроениям (13). В свою очередь, будучи принята определенным слоем, идеология изменяется в соответствии с интересами, которые она должна обосновывать. В идеологии могут быть и такие элементы, которые не связаны с ее легитимационными функциями. Но они поддерживаются и защищаются как ее интегральная часть. В традиционном обществе социальная роль идеологии может быть (и часто является) разрушительной, поскольку способствует расколу общества на непримиримые и воинственно настроенные группы (идеологии революционных войн). В плюралистическом обществе конфликт идеологий если не исчезает полностью, то снимается за счет признания идеологического многообразия (и его конституционного закрепления), а также смешения идеологий в поисках более широкой социальной базы.

Если в традиционном или тоталитарном обществе единственная государственная идеология является цементирующей силой, а выражения сомнения в ней рассматриваются как преступление и жестко подавляются, то в либеральной демократии конкуренция идеологий и их

взаимное обогащение – есть отражение свободы политического выбора индивида.

Цели принятия идеологии и ее функции в обществе могут быть различны – обеспечение солидарности и самоидентичности группы в условиях социального конфликта, поддержание легитимности данного слоя или государства, проведение социальной мобилизации во имя определенных социальных целей (война, революция, реформа). Кибернетическая теория общества, интерпретирующая политику как управление, дает свою интерпретацию идеологии. Идеология – упрощенная картина мира. Она может быть составлена рациональным путем или, напротив, опираться на эмоциональное восприятие мира. Однако в любом случае идеология служит в качестве «карты, с помощью который мы направляем наше поведение. Идеологии, таким образом, имеют прямое значение для политики, которая стремится управлять поведением» (14). Политика, опирающаяся на идеологию, есть преследование интересов, удовлетворение определенных нужд, ценностей, например, таких как власть, просвещение, богатство, благополучие, искусство, справедливость и проч.

Такая социальная функция идеологии, как легитимация общественного устройства и политической системы сближает ее с религией. В этом ряду теократия, идеократия и идеология выступают как явления одной исторической природы. Данный феномен особенно четко проявляется в теократических (например, исламском фундаментализме) и идеократических (нацистском, коммунистическом) режимах, где единая государственная идеология выполняет мощную консолидирующую функцию в обществе. С точки зрения современной антропологии, идеология есть разновидность тотемизма и истерии, а ее ценность зависит от определенной (чисто мифологической) интерпретации реальности (15). Ключевое отличие идеологий от религии – использование современных понятий (материя, общество, эффективность), но в сущности речь идет о такой же идеализации, мистификации и даже сакрализации некоторых явлений в массовом сознании. Характер подобного воздействия идеологии на общество ведет к вытеснению рациональных представлений фальшивым сознанием и даже квази-религиозным фанатизмом. Религиозные черты идеологии – тотальность (решение всех проблем), телеологизм (устремленность к достижению цели), существование установленных ритуалов, культа (причем в самом конкретном этнологическом смысле) и его проявлений (собирание реликвий, мощей и т. д.). Это объясняет, каким образом «научная» идеология ставит утопические цели, отсылает к священным текстам, официальным канонам, освящает культ личности, оправдывает мумификацию вождей и строительство мавзолеев в египетском стиле. Внутреннее противоречие подобных идеологий состоит одновременно в стремлении к сохранению и продолжению. Подобное совпадение социальных функций идеологии и религии, партии и церкви есть высшее проявление идеологического фетишизма – веры в самостоятельное и абсолютное значение идей в жизни общества. Однако история иллюзий не есть иллюзия истории: подобный тип тоталитарных идеологий действительно определял судьбы миллионов в XX в. (16).

Общепризнанными можно считать, таким образом, следующие наблюдения: 1) идеология есть организация мнений, позиций и ценностей, способ размышлений о человеке и обществе. Данное понятие охватывает всю совокупность идей: взглядов, мнений, лозунгов, особенно относящихся к общественной жизни. Она включает философские, религиозные, экономические, исторические, юридические воззрения, но также утопии, политические и экономические программы; 2) идеологии приобретают в сознании разделяющих их людей автономное существование, причем независимо от степени их познавательной истинности; 3) принятие той или иной идеологии индивидом или социальной группой, необходимое для общей ориентации в социальном пространстве, становится в свою очередь самостоятельным фактором, определяющим их социальное поведение. Воздействие идеологии на общество может быть столь значительным, что приведет к отождествлению социальных функций идеологии и религии в рамках новой идеократии.

Этот анализ основных вех развития теории идеологии показывает, что она далека от единой формулы данного явления. Для целей настоящего исследования мы считаем необходимым предложить новое определение понятия. Под идеологией мы будем понимать особое состояние общественного сознания, при котором устанавливается взаимосвязь трех компонентов, составляющих целостную систему. Это, во-первых, некоторое учение –

специальная система идей, особенно по социальным и политическим вопросам, объясняющая состояние мира, общества, существующие конфликты и содержащая в свою очередь историю вопроса, ее объяснение и прогностические рекомендации. Иногда этим пониманием идеологии дело ограничивается, и данное понятие фактически оказывается тождественно религиозной или философской системе, абстрактным спекуляциям, которые могут выводить идеи из чувственного опыта, логических умозаключений или откровения. Во-вторых, это «учение» становится частью идеологии лишь в том случае, если оно не остается уделом одинокого философа, но приобретает в силу определенных причин признание и быстро набирает себе приверженцев – группу сторонников. Отношение между самим учением и его адептами является достаточно тесным, может приобретать характер убеждения и готовности превращения прогностических указаний в некоторые массовые действия. И, наконец, в-третьих, система включает элемент информационных связей между представителями (они же руководители, олицетворяющие учение) и массой сторонников. Эта информационная связь предполагается как постоянно возобновляющаяся и в этом своем качестве она требует определенных организационных усилий.

Отдельные элементы подобных состояний общественного сознания имеют определенные сходства или различия с другими и потому следует разграничить наше определение идеологии от них. С одной стороны, это может быть научное учение, объясняющее те или иные общественные или естественные явления с определенной, прежде всего исторической мерой, их соответствие реальности конфликта. Элементы научных учений могут использоваться в идеологической системе, но различие состоит в том, что наука остается уделом узкого сообщества и по своей природе не требует массовой поддержки, поскольку не предполагает немедленного действия. Наука может существовать вне веры, а идеологии необходимо принятие на веру определенных принципов – например, категорического императива, а утвержденные постулаты разделяются массовым сознанием и стоят вне критики.

Появление тех или иных учений – концепций, претендующих на объяснение конфликтных ситуаций, с одной стороны, и отклик на них массового сознания, с другой существует в историческом процессе издавна, и сама реализация этой связи между ними является важным феноменом. Это явление интересует нас прежде всего потому, что появление идеологий само по себе является внешним признаком глубокого социального конфликта. Данные идеологии мы рассмотрим в период нового и новейшего времени.

Существует давний и нерешенный спор о том, была ли идеология у крестьянских движений и войн эпохи средневековья и нового времени. Откуда возникают эти споры? За основу берется только один из перечисленных трех элементов, например, массовость или наличие вождя и даже, возможно, некоторой программы. Те же проблемы возникают при изучении религиозных движений: можно ли считать их идеологиями (в частности, в них хорошо представлено теоретическое учение). Есть и определенные каналы коммуникаций между вождями и рядовыми участниками (например, прелестные письма, послания). В отдельных случаях возникает некоторый целостный механизм, направленный на достижение цели (например, восстания, имеющего конкретную цель). Они превращаются на короткое время в определенную систему. Очевидно, что, содержа в себе эти важные элементы идеологии в нашем понимании, эти элементы в примитивных социальных движениях спонтанного характера – нестабильны, не существуют длительное время, не получают теоретического осмысления в социально-политических учениях. Они не представляют завершенной идеологической системы. Большей частью они эволюционируют как некое политическое действие вполне конкретного характера. Однако все крупные социальные движения традиционных обществ нового и новейшего времени являлись выражением конфликтов аграрных обществ эпохи их кризиса. Они выражали стремление к самодостаточному развитию государств (в случае конфликтов с папством) или восстановлению утраченной социальной гармонии (в случае обезземеливания крестьян). Примерами могут служить аграрные движения в Западной Европе или стихийные протестные движения против усиления религиозного диктата государства и закрепощения крестьян (церковный раскол в России). В религиозных идеологиях очень сильно разделение на своих и чужих, правоверных и неверных, друзей и врагов, т. е. наблюдается элемент борьбы за преимущества своей группы.

В условиях глобализации эти стремления сохранить преимущества для своей группы путем противопоставления ее другой видны особенно четко. Элементы прогностические и одновременно конструктивные элементы будущих идеологий можно проследить в различных утопических учениях (преимущественно обращенных в прошлое – в золотой век). Уже Английская революция и последующее развитие представляют определенные элементы идеологий массового сознания (левеллеры, луддиты).

Возможны идеологии открытые и закрытые. Открытые идеологии как открытые системы включают в себя элемент дискуссии, критики, возможность совершенствования самого учения – отсутствие догматизма. Напротив, закрытые идеологии склонны к догматизации. Идеология не тождественна партийной программе, но выражается в ней наиболее четко в условиях политической борьбы. Использование идеологии для конкретных политических целей модифицирует их в направлении упрощения, возникает непререкаемость догматических (священных) положений. Отсутствие обмена информации, которое заменяется управлением из кокуса (М.Я. Острогорский), влечет к превращению идеологии в программу политической организации (17). Главный ее признак состоит в том, что обоснованные положения объявляются немедленной целью и выступают как программа, доступная для массового сознания (заговор, приказ, террор внутри организации, полное отсутствие критики и как следствие – перерождение идеологии в догму, как, например, это видно у народников). Идеологическая доктрина не обязательно является научной с современной точки зрения, однако она должна верно схватывать определенные стороны конфликта, давать им внешне логическое объяснение, быть «понятной» массовому сознанию и быть логичной. Стремясь к расширению круга сторонников, идеологическое учение может эволюционировать в сторону упрощения.

Одни идеологии требуют большой работы от массового сознания (как учение Толстого и Ганди), но эта трудность препятствует их массовости. Если эта идеология уже пошла по пути превращения в политическую программу, то не исключено, что ее положения будут последовательно огрубляться, превращаясь в примитивные лозунги или обещания. Например, одна идеология провозглашает: «в борьбе обретешь ты право свое», а другая прямо обещает каждому: «кто был ничем, тот станет всем». Массовость не однозначна для разных идеологий в силу особенности самих этих идеологий и их послания обществу – одни апеллируют к нравственным ценностям и работе над собой, другие – к примитивному перераспределению ресурсов.

Понятно, что мы говорим о тенденциях, а не о реальных процессах, которые более подвижны. Поэтому существует достаточно много переходных состояний – и в завершенности самих учений, и в том, как они приобретают массовую поддержку, и в том, как функционирует эта связь между сознанием и руководством.

Все три фактора, определяющие становление идеологии в современном смысле, сошлись воедино в новое время, в условиях Французской революции, которая в отличие от предшествующих была не только политической и конституционной, но и социальной.

Социальный конфликт и становление идеологий нового времени: классификация идеологий по отношению к праву. Многие элементы идеологических учений, как было отмечено, прослеживаются в общественной мысли и социальных движениях ранних эпох. Однако свой завершенный вид, позволяющий говорить о явлении в целом, идеологии приобретают в эпоху нового времени. Переход от Средних веков к Новому времени – социальный конфликт, который выходит за пределы регионов и отдельных стран и становится если не мировым, то общеевропейским явлением. Для понимания генезиса основных, «классических», идеологий современности необходимо проанализировать параметры данного социального конфликта.

Существо кризиса – распад традиционных социальных связей, разрушение традиционной социальной иерархии в ходе становления гражданского общества, а также процессов рационализации и бюрократизации. Важнейшей социальной тенденцией в странах Западной Европы становится переход общества от сословного корпоративизма к буржуазному индивидуализму (объединения индивидов в общества, организации и ассоциации). Процесс декорпорирования общества остро ставит проблему социальной идентичности и поиска массами и элитами новых социальных ориентиров. Фактически данный процесс представляет

собой формирование современной демократии и массового общества. Этот процесс характеризовался, с одной стороны, разрушением ранее незыблемых сословных перегородок и соответствовавших им идеологических стереотипов сознания; с другой – феноменом выхода на политическую арену широких слоев населения, ранее стоявшего вне политики, занятие которой являлось привилегией аристократии.

Разрушение устойчивых корпоративных объединений, свойственных феодальному обществу, сопровождалось выходом масс на историческую арену, развитием социальных движений, формированием политических партий. Именно в ходе Французской революции и последующего осмысления социального вопроса (возникающего в связи с кризисом аграрного общества и индустриальной революцией) идет формирование основных идеологий современности – либерализма, консерватизма и социализма). Их вклад в социальную теорию может быть показан в перспективе отношения к основным лозунгам Французской революции, прежде всего – свободы и равенства, лежащих в основе главных концепций демократии. Если идеологи являются продуктом формирующегося гражданского общества, то несомненна и обратная связь: проявление идеологий (в религиозной форме, в форме естественного права или исторического материализма) и острота идеологических споров, раскалывающих общество, являются одними из признаков надвигающихся социальных революций (18).

Процесс появления основных идеологий, следовательно, неотъемлем от процесса становления гражданского общества, основными характерными чертами которого становились: формальное равенство всех перед законом, всеобщее избирательное право, возможность объединения по идеологическим параметрам и участия в проведении своих политических идеалов (через парламенты и партии). Конкурирующие социальные группы начинают противопоставлять друг другу свои идеологии, но идет и обратный процесс – появление особого слоя теоретиков и идеологов, которые сознательно разрабатывают целостные концепции социального развития, претендующие на научность и в то же время понятность широким массам. Данный процесс связан также с возникновением современных партий, разрабатывающих свои политические программы с целью захвата власти, которые вынуждены бороться за привлечение широкой массовой поддержки.

Разрешение этого конфликта великими мыслителями прошлого полагалось в двух основных формах. Один из них исходил из более наивного представления, что общественный порядок так же естественен, как само существование человека. Согласно этому представлению (самым лучшим его представителем является Руссо), он функционирует в человеческом обществе примерно так же, как в мире высших животных функционирует свой «естественный» порядок. Отсюда и возникают представления о так называемом естественном праве («человек рождается свободным», живет в гармонии с природой) и лишь последующее развитие (форм собственности, торговли и проч.) нарушает эту гармонию. Отсюда можно было сделать достаточно простой и внешне логичный вывод о том, что высвобождение от оков цивилизации (с которой в новое время ассоциировались прежде всего капиталистические отношения) поможет вернуть человеческое общество к естественному порядку социальной гармонии. Не все философы эпохи начала Великих перемен разделяли этот взгляд. Наиболее ярко мы видим это в учении Монтескье, который отстаивал другую позицию, что общество, с его правовыми ограничениями и определенными формами государственного устройства, есть не только и не столько продукт естественного развития человеческих групп, но прежде всего определенный качественно-новый опыт, сконцентрированный и зафиксированный в рамках некоторого общественного договора: права отдельного индивида делегируются единому общественному институту – государству, обеспечивающему гарантию определенной стабильности, защиту, даже распределительные функции в условиях ограниченности ресурсов. Мы видим два великих учения в Англии (Гоббс и Локк), Франции (Руссо и Монтескье), Германии (Гегель и Маркс), которые выявили две эти возможности и фактически создали теоретические основы для формирования мощных идеологических движений нового времени – революционных и реформационных.

Предпосылками формирования идеологий в переходную эпоху становятся разрыв общества и государства; новая инфраструктура самого гражданского общества, способствующая формированию общественного мнения; появление особого слоя, берущего на

себя функции осмысления социальных противоречий и предлагающего способы их разрешения. Первая тенденция выражается прежде всего в противопоставлении гражданского общества государству, частного права – публичному, политики – морали, общественных союзов и объединений – бюрократии (19). Вторая тенденция ведет к появлению такой инфраструктуры гражданского общества, для которой характерны разрушение традиционной структуры семьи, сословных отношений, поляризация частной (интимной) и общественной (социальной) сфер жизни, новая система коммуникаций, способствующая формированию «общественного мнения» (сюда следует отнести прессу, клубы, даже кофейни). Важнейшим центром коммуникации между обществом и властью становится парламент, где идет постоянный диалог между представителями общества (политическими партиями) и государственной властью (правительство, администрация) (20). Общественное мнение выступает при переходе к демократии (в условиях классической модели парламентаризма британского типа) как влиятельная сила, а возможность его формирования – как источник реальной власти. Наконец, третья тенденция, особенно важная в контексте данного исследования, выражается в появлении особого общественного слоя, формирующего общественное мнение и занимающегося созданием важнейших компонентов всякой идеологии – разработкой теоретических учений, а иногда также организацией их социальной поддержки. Речь идет об «общественности» (der Ôffentlichkeit) – социальном слое Европы XIX в., который выступает от имени всего общества, претендует на выражение самых широких интересов и оказывается посредником между обществом и властью. Социальный статус «общественности» (понятие, близкое к французскому пониманию интеллектуалов) определяется новым светским образованием, рациональными нормами поведения и морали, новыми коммуникациями и информационной средой (газеты, публицистика, парламентские дебаты), наконец, появлением политических партий и усилением их роли в парламенте (21). Создание основных моделей идеологического переустройства общества – результат интеллектуальной деятельности данного социального слоя, имевшего средства, досуг и прекрасное образование для осуществления этой задачи. По мере развития демократических институтов, однако, роль «общественности» имеет тенденцию к ослаблению в связи с расширением интеграции общества и государства через непосредственное взаимодействие политических партий и государственной администрации. Другой, противоположной, тенденцией, существенно влияющей на этот процесс и хорошо показанной М.Я. Острогорским, М. Вебером и Р. Михельсом, становится бюрократизация самих общественных союзов и партий и падение роли парламентских дебатов (22). В дальнейшем, на рубеже XIX–XX вв. остро встает дилемма соотношения демократии и эффективности, каналов коммуникаций и политического контроля над ними. В условиях социального конфликта общественность (или интеллигенция) принимает одну из двух концепций развития – революции или реформы.

Как мы уже говорили, идеология наряду с учением должна иметь широкую общественную поддержку: по существу идеология отличается от научного учения тем, что в ней ставится задача реализовать теоретически выведенный идеал на практике и обязательно привлечь для этого широкую группу идеологической поддержки. И здесь становится понятной неравноценность различных теорий для их распространения в массовом сознании. Понятно, что наиболее привлекательными являются те учения, которые волюнтаристски заявляют о торжестве народной воли, ее могуществе для воссоздания нового общества и, соответственно, предполагают одномоментный, быстрый и результативный выход из конфликта. Идея разрушения государства привлекает своей простотой и полной реальностью; идея уравнительности и борьбы со всякого рода привилегиями также весьма привлекательна. На этой почве легко вырастает идея революционного ниспровержения существующего порядка (и права), недостатки которого (в отличие от достоинств) вполне очевидны и могут быть продемонстрированы наглядно. Так возникают предпосылки для создания мощных идеологических движений новейшего времени. Потеря широкими массами необходимого уровня социальной защищенности, утрата единой картины мира и социальная дезориентация имеют следствием кризис социальной идентичности, который Маркс определял как «отчуждение», Дюркгейм – как «аномию» (23). Возникает феномен, удачно названный Э. Фроммом бегством от свободы – стремление восстановить привычную и простую картину мира

в рамках новой мобилизационной идеологии (24). Идет поиск новых психологических эквивалентов утраченных культурных, политических религиозных связей, на которых основывался старый социальный порядок. Протестный потенциал массового сознания при любой конфликтной ситуации вновь возвращает все те же элементы общественных учений, которые были основаны на отрицании собственности, разрушении государства, на идеалах деревенской идиллии естественного существования и т. д. По мере того, как те или иные конфликтные ситуации оказываются осознанными новыми группами населения планеты, становится возможным наблюдать воспроизведение все тех же антиправовых, антигосударственных, антикультурных тенденций, давно превратившихся в лозунги. Характерным признаком таких мобилизационных идеологий и используемых ими технологий является противопоставление адептов своей группы (для которых предполагается достижение идеального будущего) всем остальным (по национальному, религиозному, культурному, гендерному, профессиональному и любому другому критериям).

Формирование жестких мобилизационных идеологий возможно отнюдь не во всякую эпоху и требует известных социальных предпосылок. Современная социология революции объясняет причины появления таких идеологий на пике революционных изменений. Между традиционным и рациональным обществом всегда существует переходная стадия утраты доминирующих систем социальной иерархии, контроля и самоконтроля (феномен «потери хозяина»). Новые правила и нормы социального поведения уже перестали быть исключением, но еще не стали укорененными (рутинизированными). Так возникает объективная тенденция к формированию авторитарных доктрин, выражающих потребность широких социальных слоев в интеграции, жесткой самодисциплине и поиске своего рода идеологической «смирительной рубашки». Особенность этих идеологических доктрин – подавление индивидуальной свободы во имя некоего высшего идеала. Для всех конкретных исторических проявлений подобных идеологий в разных странах характерны три содержательных компонента: жесткое неприятие традиционного мира и доминирующих в нем образцов социальных отношений; глубокое недоверие к человеческой природе и опасение грядущего социального хаоса; и, наконец, стремление набросить на шею человечества ярмо новой абстрактной политической дисциплины. Она должна иметь добровольный характер, который вытекает из сознательного принятия индивидом данной идеологии, однако в случае его отказа от этого должна быть внедрена в общество путем репрессий. Очевидно, что либеральная идеология плохо подходила для осуществления этой насильственной перестройки общества, поскольку изначально не содержала представления о греховности и порочности человека и необходимости, в силу этого, его перевоспитания государством, основанного прежде всего на абстрактных идеологических постулатах и жестких религиозных (или квази-религиозных) моральных нормах и дисциплине. Напротив, именно эти признаки характерны для основных революционных доктрин – кальвинистов и английских пуритан XVI–XVII вв., с их верой в божественное предопределение; французских якобинцев XVIII в. с их представлениями об абстрактных и вечных законах разума, русских большевиков XX в. с их верой в постулаты исторического материализма и неизбежной победы коммунизма, наконец, современных исламских фундаменталистов, воззрения которых имеют много общего со всеми предшествующими попытками религиозного обоснования революции. Появление подобных экстремистских течений, идеологию которых один автор определил как «революционную святость», – само по себе является выражением кризиса старого общества. Оно отражает стремление наиболее оппозиционной его части (религиозных и политических диссидентов) объединиться вне пределов традиционной социальной иерархии; разработать новые системы контроля и ценностных ориентаций (например, известная протестантская аскеза, которую Вебер считал выражением стремления к капиталистической рационализации, гражданская религия якобинцев или моральный кодекс строителей коммунизма у большевиков); разделить мир на приверженцев и противников своей идеологии и, наконец, фанатически строить грядущее царство добродетели. Именно для этих идеологий социальная утопия является неотъемлемым компонентом, а их реализация на практике неизбежно приводила к резкому усилению бюрократического контроля в обществе (25). Формирование идеологий, таким образом, идет параллельно становлению новой революционной легитимности. Создание идеологических

моделей (или «мифов») есть результат творческой фантазии идеологов – теологов, философов или литераторов. Однако их принятие социальными движениями и тем более осуществление на их основе определенной программы социальных преобразований есть дело «профессиональных революционеров», осуществляющих стратегическое планирование, а также текущий «учет и контроль» социальной реальности. Это означает, что в создании всякой мобилизационной идеологии существенное значение отводится двум социальным категориям – философам, задачей которых является производство идеологических мифов (которые могут быть многообразны и конкурировать между собой на рынке идеологической продукции), и политическим практикам – революционным демагогам, агитаторам, а позднее новым администраторам. Очень редко в истории эти два подхода к идеологии совмещаются в одной социальной группе или даже одном лице – революционном «философе на троне», поскольку объективно их задачи различны и на определенном этапе вступают в конфликт. Данный феномен четко прослеживается в ходе крупнейших революций, являющихся если не «локомотивами истории», то, во всяком случае, безусловно, «локомотивами идеологий». Все они начинаются с острой критики действительности во имя некоторого абстрактного идеала. Направления этой критики, значение философов и литераторов хорошо показано энциклопедистами (26). Существо этого идеала (или социальной утопии) определяется не его содержательной стороной, но тем обстоятельством, что он принимается общественным сознанием как аксиома. Данный процесс отражен в литературе о Французской революции, но прослеживается во всех крупных революциях вплоть до настоящего времени. О самостоятельной роли идеологии и идеологов (литераторов) в подготовке революционного кризиса писал еще А. Токвиль в книге «Старый порядок и революция» (27). В дальнейшем, консервативные критики революции обратили внимание на такое необычное явление, как «философизм» общественной мысли – резкий рост интереса к абстрактным философским принципам, которые усваивались в крайне упрощенной форме.

Идеологические модели общественного устройства. Разные идеологии предлагают свои модели решения проблемы отчуждения: социализм – революционный миф классовой солидарности; национализм – миф возврата к истокам (язык, почва, реальные или вымышленные исторические воспоминания). Обе идеологии обладают, как показала история XX в., очень большой убедительностью для примитивного массового сознания, особенно будучи слиты в одно целое (национальный социализм). В поисках массовой социальной базы наибольшим успехом пользуются именно те идеологии, которые предлагают простые, понятные и быстрые решения сложных социальных проблем. Эти социальные тенденции объясняют, во-первых, общий рост значения социальной теории и идеологий начиная с XIX в.; во-вторых, плюрализм идеологий и социальных прогнозов (либеральные, социалистические, технократические, консервативные), которые отражают интересы определенной части социального спектра; наконец, в-третьих, утопический характер большинства социальных идеалов. Некоторые из них – отброшены и забыты, другие дошли до современности в модифицированной форме. Они нашли себя в стремящихся представлять все общество политических и социальных движениях и программах с их идеями и идеологиями (либерализма, консерватизма и социализма, национализма).

Мощным фактором для развития идеологий в современном смысле слова явилась не только Французская революция, но и реакция на нее различных сил, в том числе в ходе социальных кризисов последующего времени. Поскольку, во-первых, исторический опыт позволил мыслителям создавать учения, осмысливающие конфликтные ситуации (например, либерализм), показав опасность реализации примитивного участия масс в социальных конфликтах. Политические мыслители ряда стран (Германии) работают затем активно над поиском мирной реформационной альтернативы, что ведет к появлению политической теории классической немецкой философии. Во-вторых, независимо создавался потенциал массового недовольства, и появились идеи использовать массы как политическую силу. Использование этого потенциала привело к появлению первых партий и программ. Их идеологический компонент был направлен на политические цели. В связи с этим к концу XIX в. появляется особая тема внесения идеологий в массы особыми партийными инструкторами для достижения непосредственных быстрых и радикальных изменений (движение народников в крестьянство,

кружки и создание рабочих организаций).

Об устойчивости основных идеологических стереотипов говорит факт их повторяемости. В качестве аргумента против известного тезиса о конце идеологий можно привести следующий: современные споры о Французской революции, имевшие место в ходе ее 200-летнего юбилея.

Целесообразно сконструировать идеальные типы основных идеологий. Согласно моделям предлагаемого ими общественного устройства можно выделить несколько типов. Учение в составе модели идеологии представляется нам системообразующей компонентой (наряду с массовой базой и связью ее с вождями). В свою очередь учения мы различаем по признаку, имеющему прямое отношение к реальности, какой ее видит и объясняет данное учение, к способам, какие вожди и теоретики предлагают для достижения цели и что немаловажно – к системе отношений между приверженцами данной идеологии. Таким определяющим признаком мы будем считать отношение к праву. По отношению к праву все идеологии четко выражают свою позицию и потому само это отношение к праву служит индикатором для их анализа. Данный критерий представляется важным и в то же время недостаточно разработанным. Разумеется, внутри анализа каждой из идеологий (а каждая значительная идеология имеет, как известно, громадную литературу) обязательно возникает вопрос об отношении к праву в той или иной степени. Это объясняется тем, что отношение к позитивному праву как раз и выражает идеологическую позицию в отношении существующих структур и институтов общества. Это отношение может быть даже сведено к лозунгу (новое «пролетарское право»; «не имеете права», «борьба за право», «в борьбе обретешь ты право свое», «правое дело» и проч.). Внутри учения вопрос о праве анализируется вождями, воспринимается приверженцами и реализуется в практике движения (даже когда речь идет об отрицании права вообще или конкретного права, нравственных нормах). Но мы говорим не об анализе правовой позиции конкретной идеологии. В данном случае достаточно выдвинуть такой критерий, как классификационный признак.

При таком подходе мы можем сгруппировать весьма разнообразные по ряду параметров идеологии по этому решающему признаку в три группы. К первой категории относятся идеологии, высшей ценностью которых является отстаивание прав личности; ко второй – идеологии, считающие возможным теоретический отказ от права или нарушение прав личности во имя достижения каких-либо иных общественных ценностей. Соответственно провозглашается некоторая высшая цель, для достижения которой права личности или отдельных групп полностью игнорируются (или приобретают несущественный характер). Наконец, существует третья модификация данной ситуации – она характеризуется теоретическим признанием и даже декларированием ценности права, однако отказом от него в повседневной практике путем перенесения этого правового идеала в будущее, манипулирование административными рычагами в условиях переходных периодов (идеал верховенства права заменяется идеалом диктатуры закона). Данная ситуация определена нами на материале конституционализма – как реальный, номинальный и мнимый конституционализм.

Особый вариант представляет собой явление переходных обществ. Это связано с тем, что правовое государство, гражданское общество уже выступают в качестве общепризнанной ценности, с ними связывается представление о стабильных демократиях с их высоким уровнем развития. Этот высокий уровень делает их привлекательными для массового сознания стран догоняющего развития. И поскольку в имеющихся представлениях этот высокий уровень как раз и связан с демократическими достижениями, то правовая направленность охотно декларируется многими режимами. В то же время в реальном развитии, требующем жестких административных мер (для ускорения желательных изменений), происходит некоторая подмена понятия права (в широком смысле, включающем естественное право и основанное на нем правосознание общества) понятием закона (т. е. фактически позитивного, существующего реально комплекса правовых норм, фиксированных в законодательстве, которые не обязательно соответствуют демократическому идеалу), возникают «подзаконные акты», расширяется сфера «усмотрения» администрации или возникает такое противоречивое, но чрезвычайно распространенное понятие, как «телефонное право». Это отражает элемент неустойчивости, мнимости, который возникает при переходе от номинального права к реальному, но включает

противоречия и внутреннюю конфликтность, ведущую к появлению некоторых переходных, гибридных и смешанных форм (28). Все эти трактовки права и правовых систем, которые мы определили как реальные, номинальные и мнимые, связаны с функционированием в обществе различных политико-правовых идеологий – демократических, тоталитарных и авторитарных. Такие понятия, как «правовой нигилизм», возрождение естественного права в теории, конфликт естественного и позитивного права, вопрос о «метаправе», соотношение правовых представлений обычного права и писаного права находят свое выражение и в идеологиях, иногда в очень причудливых формах.

Общество нового и новейшего времени представляет картину расколотого зеркала, отдельные фрагменты которого отражают только одну сторону социальной реальности. Этот раскол, начало которого связано, как известно, с Французской революцией и становлением демократии, а затем и другими крупнейшими революциями XX в., нашел выражение в классических идеологиях, предлагавших свой способ решения конфликта (29). Основные идеологии в их классической форме представляют целостные модели общественного переустройства. Далее мы последовательно рассмотрим их по таким параметрам, как отношение к революционным социальным изменениям; концепция выхода из кризиса; идеальная модель общественного и политико-правового устройства, тенденции воздействия на общество. Наряду с классическими идеологиями, сформировавшимися в XIX в. (консерватизм, либерализм, социализм, анархизм и национализм), мы рассмотрим также идеологии (и идеологические мутации) новейшего времени, связанные с процессами глобализации, информатизации и модернизации, с одной стороны, и ретрадиционализации, с другой.

2. Консерватизм: сохранение действующего права во имя верности традиционным ценностям

Классический консерватизм может быть понят как реакция на рационализм Просвещения и связанную с ним практику радикального переустройства общества, в результате которой была разрушена традиционная система Старого порядка (абсолютизма, привилегий аристократии и духовенства). Характерными чертами данной идеологии в целом признаются полное неприятие революционных социальных изменений, ломки социального строя; историзм, отрицание рационалистической философии Просвещения, критика Французской революции и революционного сознания вообще, пессимизм. Во всяком случае, эти идеи оказались общими для всех крупнейших теоретиков консерватизма (30). Само понятие консерватизма было введено Шатобрианом, издававшим журнал – «Le Conservateur» (1818– 1820), что определило название всего течения. Его главная формула была предложена Э. Берком – «сохранение и улучшение». Поэтому консерватизм полностью отрицает лозунг Французской революции – «свобода, равенство, братство».

Идеология консерватизма несколько раз появлялась в Европе в разных обличиях как реакция на революционные потрясения и обосновывавшие их идеологии. Впервые и наиболее четко – как реакция на якобинскую диктатуру и террор в период реставрации начала XIX в., затем – как попытка преодолеть радикальное социалистическое решение социального вопроса к концу этого века, далее – как реакция на русскую революцию в межвоенной Европе, наконец, после Второй мировой войны – как обоснование отказа от марксистской советской модели переустройства мира. Сейчас консерватизм вновь актуализировался в условиях глобализации, причем сочетается с национализмом и другими неоконсервативными доктринами (христианской демократии и проч.). Эта филиация идей позволяет говорить о консерватизме как особой модели общественного устройства, которая, при всем различии конкретных проявлений имеет постоянно одну цель – «сохранение и изменение» общества.

Первая фаза его датируется 1789–1848 гг. Консерватизм опирался на феодальную аристократию, церковь и связанные с государством социальные слои. Старомодный консерватизм отстаивал привилегии сословий, цехов и местные свободы. Исходя из романтической идеализации дореволюционных порядков, представления о допустимости социальных изменений лишь эволюционным путем, классические консерваторы (Э. Берк, Ф. Шатобриан, Ж.де Местр, Л. Бональд, Донозо Кортес, Ф.К. Савиньи и другие мыслители

исторической школы права в Германии) выступали с критикой идей просветителей о разумности человеческой природы, возможности преобразования общества по плану, преодоления социального неравенства, установления общественного договора и Основные параметры классического консервативною мировоззрения могут быть четко представлены как антитеза основным принципам идеологии просветителей: консервативная мысль исторична (отрицание чисто рационального подхода к обществу в стиле Просвещения), конкретна (отрицание абстрактных логических формул рационалистической трактовки естественного права), иерархична (тезису о всевластии народа – народному суверенитету противопоставляется тезис о сословиях и монархическом принципе – монархическом суверенитете); религиозна (критика отступления от религии и разрушения церкви как важнейшего консолидирующего социального института); скептична в отношении модернизации и европеизации (как попытки перенести в неподготовленную социальную среду рациональные конструкции, выработанные чуждой социальной средой).

Какая модель общественного и правового устройства вытекает из этих идеологических постулатов? Как классический, так и современный консерватизм характеризуется, прежде всего, отрицанием возможности рационального объяснения и переустройства мира – идеи, центральной для всего Просвещения и деятелей Французской революции, а также всего последующего социализма. Консерваторами отвергается сама возможность научной социологической теории, способной открыть вечные и неизменные законы развития общества, которые могут быть познаны людьми и использованы для планомерных преобразований общества. Тем самым ставились под сомнение возможности науки об обществе – в виде рациональных формул просветителей, позитивизма, исторического материализма или современной социологии. Консервативная мысль действительно выявила слабое место построений Просвещения: представление о возможности отыскать в развитии общества законы, аналогичные законам, открытым естественными науками. Открытие таких законов представлялось достаточно простым делом и приводило к мысли о возможности целенаправленного изменения общества в соответствии с ними. Эта идея, сводившая общество к органическому феномену, оказывалась чрезвычайно опасной именно в силу своей упрощенности и механистичности. Ошибка просветителей и их последователей – радикальных идеологов различной направленности заключалась, как стало сейчас ясно, в простом перенесении научных методов, взятых из естественных наук (которые с их помощью добились в короткое время революционных достижений), в социальные отношения, где они не могли действовать адекватным образом. Просветители в социальных науках повторили путь средневековых алхимиков, которые верили, что с помощью знания алхимии они могут открыть философский камень, формулу золота или эликсир вечной жизни. Просветители подобным же образом полагали, что с помощью рациональных методов социального познания общество может достичь социальной гармонии – золотого века. Консерваторы показали, что открытие таких законов невозможно как в силу чрезвычайной сложности общества, так и в силу самой мыслительной свободы человека, способного творчески развивать общество и делать выводы из ошибок прошлого (именно эта идея положена в основу критики исторического материализма К. Поппером в его «Нищете историцизма») (31). Тот факт, что в обществе действуют некоторые тенденции и что они проявили себя достаточно четко в прошлом, вовсе не означает, что они будут столь же непреклонно действовать в настоящем и тем более в будущем. Если они открыты и даже сформулированы в виде научных обобщений, то это значит, что их можно если не отменить, то во всяком случае изменить, направив в другое русло. Таким образом, был нанесен удар по фатализму рационалистической философии и модификациям ее положений в социологических концепциях последующего времени. Общество вообще – не намеренно сконструированное, искусственное образование, основанное на заключении общественного договора, предусматривающего интересы и обязанности сторон, но исторически естественно сформировавшееся образование со всеми присущими ему противоречиями.

Идеальная модель общественного устройства – та, которая сложилась исторически и необходимые изменения в которой происходят эволюционным и стихийным путем. Из этого вытекает другой важнейший вывод: социальные отношения должны строиться не на основании абстрактных логических формул, но на основании конкретного исторического анализа

ситуации. Под логическими конструкциями консерваторы понимают прежде всего выводы революционных идеологов – радикальную трактовку естественного права, общественного договора, народного суверенитета, но прежде всего – саму концепцию личности. В рамках консервативной мысли были фактически сформулированы начала новой антропологической концепции, в основу которой положена не рациональная модель человеческого поведения, а анализ человеческой природы в реальной исторической ситуации. Особенно важно то, что консерватизм оставляет открытым вопрос об изначальной природе человека, более того, смотрит на нее весьма скептически (что, в сущности, вытекает из религиозного представления о слабости и греховности человеческой природы). Если Руссо и другие Просветители (а за ними многочисленные адепты социализма и анархизма) противопоставляли совершенного человека и несовершенное общественное устройство, то консерваторы, прежде всего де Местр, напротив, подчеркивают изначальную зависимость человека (от природы, родителей, культурно-исторической среды), его агрессивность (присущую прежде всего дикарям, находящимся вне цивилизации), наконец, умеряющую и цивилизующую роль общества, таких его институтов, как государство, церковь, семья (что позднее было определено как «дрессирующая роль права» социологами школы Э. Дюркгейма).

В этом отношении наиболее характерна полемика с главным тезисом Ж.Ж. Руссо, заимствованным затем социалистическими и коммунистическими доктринами – «человек рожден быть свободным, но повсюду он в цепях» (32). Идеалу доброго дикаря и абстрактным философским формулам о свободе, равенстве и братстве, консерватизм противопоставил трезвый исторический и антропологический анализ. Этот анализ показывал, вопреки Руссо, что там, где человек живет и развивается вне общества, он оказывается несвободен, слаб и агрессивен. Необходимы поэтому сдерживающие оковы цивилизации – прежде всего религиозное чувство, вера, но также традиция, иерархия, власть.

Отсюда совершенно другая проекция решения вопроса о свободе: нельзя освободить человека извне более, чем он свободен внутри. Если предоставить внешнюю свободу бывшим рабам, это приведет не к социальной гармонии и справедливости, а к социальному хаосу, проявлению худших инстинктов толпы и, как следствие, установлению жестокой диктатуры. Опыт такой диктатуры, появившейся в результате стремления к свободе и разрушения общества, давала Французская революция, циклически приведшая к наполеоновской диктатуре, затем русская революция, закончившаяся установлением большевистской диктатуры, наконец, появление фашистских и иных авторитарных режимов, явившихся следствием растущего социального хаоса и попыткой преодолеть его. Во всех случаях консерватизм противопоставлял социальной катастрофе: власти толпы, фанатизму вождей и массовому террору – возврат к традиционным религиозным ценностям, умеренность и скептицизм в отношении модернизации. Все это заставило консерваторов выступить с системной критикой философии просветителей, а также политических выводов из нее – универсальных (абстрактных, философских) принципов рационализма, индивидуализма, либерализма, а также их конституционного выражения (33).

Важной особенностью консерватизма является исторический пессимизм, отсутствие веры в прогресс, скептическое отношение к модернизации. Эта идеология имеет, таким образом, ретроспективную ориентацию, ее идеал принадлежит прошлому, а не будущему.

В своей критике Французской революции англичанин Эдмунд Берк разработал некоторые основные положения консервативной мысли. Книга Берка «Размышления о революции во Франции» – не академический труд отстраненного наблюдателя, но страстный памфлет, написанный современником и убежденным противником революции. Книга вызвала острую ненависть во Франции (как явствует из газетных откликов на нее) и огромную популярность в Англии. Сторонники считали книгу замечательной, противники – объявляли автора сумасшедшим и сравнивали его с Дон-Кихотом. В прессе недоумевали, почему Берк, являвшийся ранее сторонником независимости Америки, стал противником революции во Франции. Сочинение Берка, утверждают современные комментаторы и исследователи его творчества, должно интерпретироваться скорее в контексте английской, чем французской политической традиции: оно имело определенный смысл для английского общества в период подготовки там юбилея Славной революции 1688 г. «Размышления» Берка были ответом тем

радикальным деятелям партии Вигов, которые склонялись к поддержке революционной Франции (34). В то же время Берк не стал бы одним из основателей и виднейших представителей идеологии консерватизма, если бы его сочинение не выходило за рамки текущих политических споров в Великобритании. По существу он, внимательно наблюдая за развитием событий, поддерживая тесные контакты с французским духовенством, чиновниками и эмигрантами, изучая прессу, создал ту концепцию революции, элементы которой можно найти позднее у консервативных и либеральных мыслителей разных стран – от М. Унамуно и Н. Бердяева до А. Солженицына (35).

Прежде всего, революция выступает как цивилизационная катастрофа, разрушившая естественное или органическое развитие общества во имя абстрактной идеи. Даже безотносительно к содержанию этой идеи, коренной порок всякой революции заключается в том, что она жертвует вечными ценностями общества во имя простых решений, кажущихся привлекательными примитивному массовому сознанию. Однако простые модели – это ловушки, поскольку они отражают только одну сторону проблемы. Мечтательность Руссо плохо обернулась на практике. Если бы этот философ был жив, полагает Берк, он оказался бы шокирован практикой своих учеников. Простых конституций не может быть, а организованные на их основе правительства – фундаментально неэффективны. Лучше сохранять известную неопределенность ситуации, чем менять ее с помощью простых решений, которые игнорируют целые пласты социальной реальности.

В центре консервативной критики революционного сознания – механистическая концепция общества и вера в возможность его изменения с помощью рационального применения насилия. Фундаментальные институты общества, сложившиеся исторически, не должны быть разрушены ни при каких обстоятельствах: права собственности, положение и привилегии знати, роль духовенства, а главное – сложившаяся система нравственных устоев и ценностей. К числу негативных проявлений революции относятся – разрушение монастырей как культурных центров человечества (где культивировались традиции, хранились книги и т. д.), отмена существующего административного деления (отражающего традиционные исторические границы регионов) в пользу геометрического деления, которое, давая формальное равенство территориальным единицам и индивидам, закрепляет их фактическое неравенство (ибо неравны исходные условия формирования); дестабилизация экономической системы в результате непродуманных мер революционного правительства, ведущих к разорению землевладельцев, спекуляциям ценными бумагами и землей, появлению новой финансовой олигархии; неэффективность таких институтов, как система представительства, цензовые выборы и разделение властей, ведущее к росту произвола в каждой из них (законодательной, исполнительной и особенно судебной) по сравнению с монархией.

Проблема законодательной власти оказалась в центре внимания в связи с анализом революционного законодательства. Вопрос о том, в какой мере законы должны соответствовать принципам разума или естественного права, подробно обсуждавшийся просветителями, поставлен Берком в совершенно иной плоскости: какая социальная группа является законодателем и в какой степени она выражает национальные интересы. Если для теоретиков революции ответ на этот вопрос вытекал из принципов общей воли и народного суверенитета, т. е. решался на уровне идеологических абстракций, то Берк подходит к нему гораздо более прагматически, он анализирует состав конституирующей власти вполне в стиле современного социолога. Он констатировал, что в составе Конституционной ассамблеи преобладают не известные юристы, судьи и университетские профессора, а провинциальные адвокаты и клерки, которым революция открыла уникальную возможность достичь карьеры и богатства. Данный состав Конституанты не только не выражает народной воли, но, напротив, имеет вполне определенный корыстный интерес: он отнюдь не заинтересован в сохранении стабильности существующего строя, но, напротив, в его революционной дестабилизации. «Это было неизбежно; это было необходимо; это коренилось в природе вещей. Они должны примкнуть (если их способности не позволят им руководить) к любому проекту, который мог бы обеспечить им сомнительную конституцию (litigious constitution), способную открыть для них те бессчетные доходные предприятия, которые сопутствуют всем великим потрясениям и революциям в государстве и особенно всем великим и насильственным переменам

собственности» (36).

Из этого анализа следовал вывод об обреченности революции, не способной достичь провозглашенных целей и пасть под бременем неразрешимых проблем. На руинах страны, писал он, процветает кучка людей, не способных (в силу своего происхождения, способностей и образования) представлять ее и управлять ею. Нелепая идея демократизации армии (слияния ее с народом) может привести к тому, что армия станет вершителем судеб народа, к военной диктатуре. Революция сменится своей противоположностью – тиранией. Данный процесс неизбежно завершится появлением человека типа Кромвеля, «недостатки которого искупались его достоинствами».

Во Франции консервативное мировоззрение выступило наиболее последовательно в эпоху Реставрации и было представлено прежде всего идеями Жозефа де Местра, Луи де Бональда и Шатобриана, по существу создавшими консерватизм как европейскую идеологию. Они дали философскую критику радикализма, показали неизбежность циклического характера революции, дали теоретическое и политическое обоснование контрреволюции и восстановления монархии.

Центральное место принадлежит здесь книге де Местра «Размышления о Франции» (1797), где он показывает, с одной стороны, спонтанность и непредсказуемость революционного процесса, с другой, констатирует его внутреннюю логику, не подвластную априорным рациональным схемам. Те, кто устанавливал республику во Франции, делали это отнюдь не путем реализации заранее составленного проекта. Напротив, они подчинялись мощному велению событий, превращавших их в игрушку революционной стихии. Более того, они не знали и не желали тех следствий революции, к которым были подведены роковым стечением обстоятельств и жертвами которых стали сами. Именно так возник режим террора, показавший внутреннюю несостоятельность основных принципов революции. Нельзя дать свободу нации, – полемизирует он с просветителями, – если она еще не выработала ее самостоятельно. Влияние людей не простирается за пределы существующих прав. Если разрушить эти правовые рамки, пусть несовершенные или поколебленные, нация теряет то, что имеет, не приобретая ничего взамен. Поэтому конституция не может быть создана абстрактным и сугубо рациональным путем. Ошибка философов-просветителей в том, что они полагали, будто ассамблея может конституировать нацию, а конституция, как собрание фундаментальных законов нации, может быть сконструирована и переделана механическим способом, подобно ремесленным изделиям. Он высмеивает мнение, будто можно просто выучиться ремеслу изготовления конституций (métier de constituant) и делать правительства на заказ. Восстановление монархии выступает как объективный процесс тех изменений, которые характеризовали различные фазы революционного цикла.

Сила де Местра – в способности предвидеть и даже предсказать события Реставрации. Революция привела к разрушению человеческого рода, доказав неизбежность войн и кровопролитий («la destruction violente de l'espèce humaine»). Столь же спонтанным процессом как революция оказывается контрреволюция, поскольку реакция должна соответствовать силе и продолжительности акции. В целом Франция и революция стали инструментами Провидения: преследуя католических священников и обеспечив их массовую эмиграцию в протестантские страны, революция способствовала распространению католицизма (37).

Ядром политической теории консерваторов является обоснование традиционной социальной иерархии, власти и веры. Для того чтобы обосновать этот тезис в постреволюционную эпоху, недостаточно было просто отвергнуть аргументы противников. Необходимо было найти такое оригинальное теоретическое обоснование консервативных ценностей, которое стало бы оружием как против якобинцев, так и против последующих революционных идеологий – социализма и коммунизма, даже – радикального либерализма. Эта теоретическая проблема была успешно решена с помощью имманентной критики теории общественного договора: существовал ли где-либо в истории такой договор; возможно ли провести разделение между обществом и государством в период их возникновения; каким образом доктрина народного суверенитета может быть реализована на практике? Эти вопросы де Местр поставил в 1794–1795 гг. в труде с характерным названием – «De la Souveraineté du people. Un anti-contrat social». Именно консерваторы убедительно раскрыли противоречие

между теорией непосредственной демократии (как единственно возможной концепции реализации народного суверенитета) и концепцией представительной демократии – делегирования воли нации ее представителям. Эта концепция делегированного выражения воли нации ее представителями фактически исключает народный суверенитет и ведет к обособлению и правовому закреплению особой касты народных избранников. Так, по существу, воспроизводится сам иерархический принцип. Однако если народ (вопреки Руссо) может быть представлен кем-либо кроме самого себя, то почему этим представителем не должен быть монарх? Наиболее естественным сувереном, как показывает история, является не народ, а монарх. Монархия – это «централизованная аристократия» (38).

Другой представитель консервативного направления – Луи де Бональд – пошел еще дальше в критике народного представительства, считая, что именно оно узурпировало подлинную народную волю. Анатомия этого процесса определяется как фактический государственный переворот, в результате которого третье сословие, противопоставив себя двум другим (духовенству и дворянству) в Конституционной ассамблее, фактически узурпировало волю нации. Он дает интересную интерпретацию соотношения общей и частной воли. Общая воля представлена публичной властью – до революции властью монарха, имевшей публичный характер. С уничтожением этой публичной власти исчезла единая сила, цементирующая общество. В результате этого переворота национальная воля оказалась подмененной интересами сословий, два из которых отстаивали возврат к общей воле, в то время как одно (третье сословие) – стремилось захватить власть себе и использовать ее в своих частных интересах. Политический переворот открыл путь к переделу власти и собственности, большая часть которой находилась в руках государства или отстраненных привилегированных сословий. Необходимо повернуть ситуацию вспять. Бог (а не народ) является первоисточником власти. Социальный порядок основан на иерархии таких институтов, как семья, государство и церковь. В конституированном обществе общая воля представлена сувереном. Монархия выступает единственным легитимным правлением (39).

Важным выводом учения консерваторов, имевшим практическое значение, стала концепция легитимности и легитимного правления. Она вытекает из всей традиции католической политической мысли, восходящей к римскому праву, и имеет большое значение для анализа политических и конституционных кризисов в современной политологии. Политические законы должны являться следствием фундаментальных законов, отношений, вытекающих из природы общества. В конституированном обществе подобные отношения являются необходимыми: они предполагают иерархию и распределение власти, ее легитимацию. Задача законодателя в том, чтобы найти их адекватное выражение, но не создавать их заново или переделывать. Однако именно это произошло в ходе революции. Контрреволюция, следовательно, объективно призвана к восстановлению попранных фундаментальных законов и основанного на них легитимного правления.

Если де Местр и Бональд выступают последовательными противниками либеральной философии, то Шатобриан очень близко подходит к ней. Ему принадлежит заслуга теоретического обоснования той политической и конституционной системы, которая реализовалась во Франции в период Реставрации. Как и для Берка, революция для него – объективный процесс, а не результат исторической случайности, например, масонского заговора (как считали многие в эмигрантских кругах). На страницах «Консерватора», а затем в исторических этюдах Шатобриан, как позднее Токвиль, утверждал: революция в значительной степени стала порождением монархии и поэтому на ней лежит отпечаток авторитаризма и централизма. Главная общественная ценность – не древность институтов, но свобода, которой в истории угрожают два вида абсолютизма – абсолютизм старого порядка и абсолютизм национального суверенитета. Отрицая первый (священное право монархов), Шатобриан (подобно Гизо и Руайе-Коллару) выступал против полного возвращения к дореволюционным порядкам, отрицая второй – против утопических принципов революции. Между двумя традиционными видами суверенитета – монарха и народа – он усматривает третий – суверенитет мнения – силу общественности (пресса, брошюры, дискуссии). Общественное мнение – «социальное электричество» – признается реальной силой: через сформированное на выборах парламентское большинство оно влияет на назначение правительства. Данный новый

фактор социального развития позволяет реализовать консервативную модель политического устройства, которая является оптимальной с точки зрения эволюции и просвещения. Шатобриан неоднократно пытался обосновать эту модель, видя в ней компромисс между революционным разрывом и преемственностью, деспотизмом и свободой, монархией и республикой. В своих мемуарах он подробно останавливается на всех попытках такого рода в течение многих революций, свидетелем и участником которых он был – от штурма Бастилии до июльской революции 1830 г.

Некоторые выводы Шатобриана выглядят очень современно и заслуживают быть приведенными. Прежде всего, революции для него – это феномен социальной психологии эпохи, который должен поэтому получить психологическое осмысление. У времени – две власти: одной рукой оно рушит, другой созидает. Это выражается в резких колебаниях общественных настроений, быстрой смене исторических эпох. Революция во Франции предстает в трех частях, между которыми нет ничего общего – Республика, Империя, Реставрация. Каждый из этих режимов радикально отрицал предыдущий и имел свое особое основание: первый основывался на равенстве, второй – на силе, третий – на свободе. Смена этих принципов в общественном мнении выражает цикличность революционного процесса.

Шатобриана интересует феномен возникновения «плебейской тирании» из революции, который, как он считал, едва ли может повториться в истории. Вольности и свободы, провозглашенные революцией в 1789 г., «эти немыслимые и безнравственные свободы, воцаряющиеся, когда порядок уже начал рушиться, но анархия еще не наступила», были затем постепенно упразднены «по воле народа». Республиканский режим представлял собой парадоксальный «физический порядок, рожденный нравственным беспорядком, единство, созданное правлением толпы, эшафот, заменивший закон и действующий во имя человечества». Кульминация революции, «плебейская тирания» – это «тирания плодовитая и полная надежд, но гораздо более страшная, чем дряхлый деспотизм древней королевской власти: ибо народ, ставший государем, вездесущ, и если он превращается в тирана, то вездесущ и этот тиран – всемирный Тиберий со всемирной властью».

Периоды революционных выступлений против власти оказываются кратковременными и быстро уступают место социальной усталости и покою, когда успехи новой власти примиряют с ней. Эта смена настроений едва ли управляется какими-либо рациональными или логическими доводами, но скорее – темными разрушительными инстинктами масс, мифами и ловкостью демагогов. Так, народ никогда бы не ворвался в Бастилию, если бы ее ворота не отперли, сопротивления восстанию никто не оказывал, а возникшие позднее картины штурма – не более чем миф. Успех у народа может иметь лишь тот, кто потакает его страстям. Например, Мирабо: «Казалось, природа вылепила его голову для трона или для виселицы, выточила его руки, чтобы душить народы или похищать женщин. Когда он встряхивал гривой, глядя на толпу, он останавливал ее, когда он поднимал лапу и показывал когти, чернь бежала в ярости. Я видел его на трибуне во время одного из заседаний, среди ужасающего разброда: мрачный, безобразный, недвижный, он был похож на бесстрастный, бесформенно клубящийся хаос Мильтона». Или Дантон – «помесь жандарма с прокурором». Революция, таким образом, скорее медицинская проблема, а революционеры – несостоявшиеся пациенты психиатрических лечебниц: «Душевные и телесные недуги сыграли в наших смутах большую роль: болезненное самолюбие породило пылких революционеров».

Смена республиканского режима имперским («военной деспотией») вполне закономерна, поскольку представляет собой переход одного вида деспотии (коллективистского) в другой (индивидуальную). Этим объясняется и быстрая идеологическая мимикрия бывших Брутов и Сцевол в полицейский режим империи. Он говорит о «метаморфозах», происходивших с людьми, которые «были бы отвратительны, не объясняйся они в большей мере гибкостью французского ума». Существует лишь «горстка возвышенных душ, чье постоянство смущает тех, кто не устоял» (он был среди них). Он мог наблюдать как «день ото дня совершалось превращение сторонников республики в сторонников империи, поклонников тирании всех в поборников деспотизма одного человека». То, что объединяет два этапа французской революции (в отличие от американской), – это отсутствие свободы, без которой нельзя создать прочный гражданский порядок. «Республика Вашингтона живет; империя Наполеона рухнула.

Вашингтон и Бонапарт вышли из лона демократии: оба дети свободы, но первый остался ей верен, второй же ее предал» (40).

С этих позиций он комментировал, в частности, эволюцию бонапартистского режима, сложная природа которого (дезориентировавшая многих идеологов), определялась именно тем, что он был первой попыткой примирить разные идеологические начала на прагматической основе. Завершением этого процесса представал возврат к легитимной монархии, выступавшей как единственный способ обеспечения политической стабильности в расколотом обществе постреволюционного периода (41).

Шатобриан стал идеологом Реставрации во имя свободы личности. Его главный труд «Монархия согласно Хартии» – «катехизис конституционного правления», где обосновывался тезис о короле, «который царствует, но не управляет». Данная формула представляется ему оптимальной как сочетание сохранения и изменения, свободы и ответственности, народной и монархической легитимности. Но именно в этом и состоит суть политической доктрины консерватизма. Нестабильность Реставрации во Франции объясняется не слабостью теоретических принципов консерватизма, но отступлениями от них, приведшими к крушению легитимной монархии. Смысл новой июльской монархии очень важен: «принцип королевского суверенитета уступил место принципу суверенитета народного, наследственная монархия – монархии выборной». Это был переворот с точки зрения принципов легитимизма, поскольку новая (орлеанская) династия, являясь нелегитимной, была вынуждена опираться не на право, а на силу. Однако возможна последующая легитимация: «каждый свершившийся факт порождает новое право, которое побеждает право старое; с каждым часом новая монархия делается все законнее».

Важнейший вклад Шатобриана в политическую теорию консерватизма – обоснование концепции легитимной монархии. Данная система, полагал он, позволяет найти середину между анархией и деспотизмом и обеспечивает свободу личности от различных посягательств на нее. Это достигается сочетанием в рамках единой системы трех принципов – республиканского, монархического и аристократического. Их гармоническое взаимодействие возможно лишь в случае восстановления династии и ее божественной легитимности. В результате возникает формула так называемой смешанной монархии, которая выражает политический компромисс периода Реставрации. Этот компромисс фиксируется в документе принципиальной важности – Хартии 1814 г. Данный конституционный акт, по определению Шатобриана, – «не экзотическое растение, случайное порождение момента: это результат наших настоящих нравов, это договор о мире, подписанный между двумя партиями, которые разделяли Францию» (42). Хартию Бурбонов – октроированную конституцию Реставрации – можно признать фундаментальной основой всего последующего монархического конституционализма в Европе. Однако сознательная неопределенность этого документа в вопросах разделения властей и определения прерогатив монархической власти открывала возможность противоположных трактовок – как в пользу парламентаризма, так и монархического принципа. В большинстве государств Центральной и Восточной Европы, а также ряде государств Азии положения французской Хартии трактовались в пользу монархического принципа и служили правовой легитимации режима мнимого конституционализма (43). В самой Франции интерпретация положений Хартии была далека от единства. Так, либерал Ф. Гизо отвергал идею ответственного министерства и отстаивал монархический принцип, обосновывая прерогативы монарха на определение политического курса и назначение правительства (44). Консерватор Шатобриан, напротив, дает вполне либеральную трактовку Хартии. В «Политических размышлениях» ее положения интерпретируются в пользу смешанной формы правления (как единства короля, аристократии и народа). Эта интерпретация близка позиции Аристотеля и Монтескье.

Однако в главном политическом труде – «Монархия согласно Хартии» (1816) Шатобриан кладет в основу интерпретации французской политической системы концепцию английской парламентской монархии. Данный «конституционный катехизис» был направлен против курса консервативной реставрации, проводившегося всесильным фаворитом Людовика XVIII – Деказом (45). Значение данного труда заключается в том, что в нем впервые с необычной ясностью и четкостью сформулированы принципы парламентского правления, которые не

получили тогда адекватного теоретического освещения в самой Англии. Более того, некоторые исследователи полагают, что в данный период не существовало самого «парламентского правления», а формулировка его принципов стала новым словом для всех конституционных монархий.

Эта «англомания» Шатобриана, в которой его обвиняли оппоненты, отнюдь не была случайной, но вытекала из всей логики консервативного (или либерально– консервативного) образа мышления (и именно поэтому была свойственна многим последующим его представителям). Подобно Монтескье и Токвилю, Шатобриан видел в английской модели пример эволюционного и бесконфликтного разрешения социальных и политических противоречий. Если национальный суверенитет теоретически не может быть представлен, то он может получить символическое выражение в институте легитимной монархии, где король «царствует, но не управляет». Так рецепция классической английской формулы позволяла разрешить доктринальное противоречие принципа народного суверенитета и представительства. Для создания подобной сложной, тонкой и динамичной саморегулирующейся системы необходимо достичь единства трех сил – общественного мнения, элит и королевской прерогативы. Они представлены институционально парламентом, правительством и монархом. Две палаты парламента (палата депутатов и палата пэров) выражают баланс демократического и аристократического начал. Верхняя палата необходима не для защиты сословных прав аристократии, а для защиты свободы в широком смысле. Отношения парламента и правительства определяются формулой об ответственном министерстве. Трактовка данной ответственности была достаточно широкой: она включала концепцию единства кабинета министров (во главе с премьер– министром, отставка которого означает смену правительства); новый механизм назначения и отставки правительства (путем парламентского голосования о доверии); принятие палатой бюджета (который формируется и вносится правительством); право палаты обращаться к министрам с запросами и необходимость для последних отвечать на них; наконец, необходимость (вопреки ортодоксальной трактовке разделения властей) для министров быть членами палат с тем, чтобы иметь возможность отстаивать свое мнение. Наконец, монархический компонент в этой системе получает исключительно символическое или идеологическое содержание. Фактическая безответственность монарха (за действия которого отвечают министры) компенсируется абсолютностью его символической власти. В данном типе монархии король «более абсолютен, чем его предки, более могуществен, чем султан в Константинополе или Людовик XIV в Версале» (46). Эта мысль (о формальном всесилии королевской власти в Англии) традиционно рассматривалась как способ гарантии свободы и обосновывалась еще де Лольмом (47). Движущей силой всей системы является общественное мнение, которое обеспечивается свободой прессы – этим «социальным электричеством», не дающим системе перестать функционировать. «В представительном правлении существует два суда – палаты, где рассматриваются особые интересы нации и сама нация, которая судит за пределами палат». Это была фактически концепция парламентской монархии, хотя Шатобриан не использует этого термина, заменяя его «представительным правлением». Данная модель политической системы, согласно Шатобриану, более эффективна и менее сложна, чем монархия Старого порядка, но у нее есть один недостаток: она является более тонкой и заслуживает бережного обращения – «насилие разобьет ее». Именно это последнее обстоятельство, однако, мешало реализации политического компромисса. Ситуация, в которой были написаны эти слова, определяется в современной политологии как режим переходного периода, для которого (как и для Веймарской республики) был характерен непримиримый конфликт крайних течений – по терминологии Шатобриана «белых якобинцев» (роялистов) и «черных якобинцев» (республиканцев) (48).

Концепция легитимного правления подразумевала, следовательно, и его антитезу – правления нелегитимного, узурпации власти, тирании. Нарушая фундаментальные естественные законы, революционные режимы (как якобинский или бонапартистский) – становились нелегитимными, а следовательно, их свержение – вполне оправданным с моральной и правовой точки зрения. Лейтмотивом консервативной идеологической модели в условиях переходных периодов постреволюционной стабилизации становилась теория антиреволюционной реакции и обоснование необходимости контрреволюционной диктатуры.

Этот вывод имеет универсальное значение для всей консервативной мысли от таких ее ранних представителей, как де Местр и Донозо Кортес до теоретиков итальянского фашизма (Дж. Джентиле) и, особенно, Карла Шмитта в Веймарской Германии.

Для достижения своей цели контрреволюция может опираться на насилие и противостоять деструктивным тенденциям извне. Вот какие рекомендации сделал де Местр российскому правительству в своих «Петербургских вечерах», рассматривая самодержавие как последний оплот против европейской революции: отказаться от идеи радикальных социальных реформ (отмены крепостного права); поддерживать правящий слой и ограничить социальную мобильность, способную изменить его качественную природу; установить контроль над наукой и торговлей; предотвратить проникновение в страну деструктивных западных доктрин и иностранцев; способствовать распространению веры (имелись в виду католическая вера и представительство иезуитов). Это идеал закрытого общества, лишенного обмена информацией с внешней средой, жестко иерархизированного и скрепленного самодержавной властью. Он включает в себя те основные элементы, которые присутствовали как в европейской, так и в русской консервативной мысли (например, Н.М. Карамзина). Речь идет, однако, не об идеальной модели общественного устройства, а скорее о чрезвычайных мерах для предотвращения всемирного социального хаоса. Главная опасность при этом прозорливо усматривается в соединении спонтанного и массового народного движения с деятельностью идеологов экстремистской революционной направленности. Де Местр выражает эту тенденцию образом «Пугачева с университетским дипломом», в котором некоторые исследователи усматривают предсказание Ленина. Эти принципы, являвшиеся идеологической основой Священного Союза и европейской реакции от Петербурга до Лиссабона, важны как определенная программа выхода из социального кризиса путем усиления консервативных и авторитарных методов управления (49).

Сопоставление стран, где революции уже произошли (как Великобритания, США и особенно Франция), и тех, где они еще не имели места, но сохранялась угроза их возникновения (Испания, Восточная Европа и Россия), оказалось важным конструктивным элементом, разработанным консервативной мыслью последующего периода. Она включает в себя три компонента, намеченные де Местром, – иррационализм (отрицание веры в науку как созидательную силу); сознательное обращение к стихийным проявлениям человеческой природы (интуитивному, бессознательному, тайному); наконец, апология воли и сверхчеловеческого во имя преодоления рациональной критики. Суммировав эти наблюдения, можно констатировать определенную преемственность консерватизма и идеологии фашизма. Как отметил И. Берлин в эссе о де Местре, «что-то сближает его с параноидальным миром современного фашизма», а некоторые выводы этого мыслителя заставляют признать его «замечательным и ужасным пророком нашего времени» (50).

Теория антиреволюционной реакции была доведена до предела испанцем Хуаном Донозо Кортесом (1809–1853). Эволюция его взглядов представляет особый интерес, поскольку они служат связующим звеном между классическим консерватизмом и авторитарными доктринами XX в. (в частности, нацистской Германии и франкистской Испании). Начавший как либерал, он утратил затем веру в человеческий разум и выдвинул, под влиянием революции 1848 г., религиозно– моральную теорию чрезвычайного положения и диктатуры, стремясь найти рациональную легитимацию монархической власти.

Уже в лекциях 1836–1837 гг. Х. Донозо Кортес стремится преодолеть разрыв разума (Inteligencia) и свободы (Libertad), дуализм которых – неотъемлемая основа нормального общества. Установление гармонических отношений общества и государства предполагает необходимость определения границ вмешательства последнего в права индивида. Государство не может разрушать неотъемлемые права и свободы индивида, но лишь охранять их. С позиций умеренного либерализма (близкого философии Гегеля, Фихте и Шеллинга) предложена оригинальная классификация политических режимов в соответствии с тенденциями развития отношений общества и личности в них: когда общество поглощает личность (как это имеет место на Востоке, где основу правления составляет пассивное послушание и вера); когда личность поглощает общество (греческий и римский мир до установления империи, где в основу положено развитие человеческой индивидуальности и свободы); или, наконец, когда

общество и личность сосуществуют в постоянной гармонии (основой служит единство закона индивида и закона объединения). В теории нового времени первая модель выражена Руссо с его доктриной народного суверенитета; вторая – Гоббсом с доктриной монархического суверенитета. Обе они представляют две неприемлемые крайности. Значение XIX в. усматривается в синтезе этих двух теорий во имя прогресса. Теория Руссо, который назван «страшным воплощением народа», определяется как «военная машина, послужившая человечеству для того, чтобы разрушить создание двенадцати веков». Теория общественного договора Руссо – «исторически фальшива и логически несостоятельна» (una teoria historicamente falsa y logicamente insostenible). В сущности, указывает он одним из первых, «Народный суверенитет и священное право королей, деспотизм и демократия – это одно и то же» (51). Народ, как и короли, стремится к провозглашению безраздельной власти – суверенитета в его подлинном смысле. Поэтому эти две формы власти (демократия и тирания) легко переходят одна в другую. Они, в сущности, не противоречат друг другу, поскольку сердцевину обоих составляет неограниченная власть.

Направления этой критики характерны для умеренного испанского либерализма и консерватизма: теория народного суверенитета атеистична (ибо передает безраздельную власть обществу, а не Богу), она ведет поэтому к разрушению общества; подразумевает принудительное равенство обязанностей между неравными по природе людьми, а потому ее результатом могут быть лишь рабство и тирания. Между лозунгами народного суверенитета и священного права пролегают моря крови. Оба они принадлежат истории и должны быть заменены третьим лозунгом – суверенитетом разума и справедливости (soberania de la intelihencia y de la justicia). Первые два лозунга ведут не к свободе, а к рабству, не к прогрессу, а к реакции, выражают не человечество, а партии. Сходные аргументы приводили представители умеренного либерализма Восточной Европы, в том числе – России. Для философии истории ключевыми являются понятия человека, общества и правительства. Выдвигается идеал представительного правления, обеспечивающего такое взаимодействие этих параметров, которое ведет к защите прав личности и реализации ее гармоничных отношений с обществом (т. е. реализации третьей конструкции). На этой (либеральной) фазе Кортес довольно последовательно критиковал консерваторов, в частности Бональда, за идеал теократического государства, предрекая, что в случае его реализации религиозная власть подчинит себе светскую и возникнет одна из форм восточного государства – пантеистическая теократия (наподобие Индии) или теистическая (которую в истории представляли евреи, персы, китайцы, татары и арабы). Он говорит об идеальном государстве Платона примерно то же, что могли бы сказать мы, имея опыт советской идеократии. Однако уже в это время идеи гуманизма, свободы и равенства выводятся из долга – отношения человека к Богу. Революция 1848 г. и личная жизненная драма окончательно сделали Кортеса полным легитимистом, монархистом и клерикалом. В новейшее время Кортес стал популярен благодаря К. Шмитту, которого интересовали именно эти его идеи. Этим объясняется и его популярность в Испании времен Франко. Для Шмитта важнейшим достижением берлинского пребывания Кортеса (1849) было то, что он изменил свое мнение о способности России быть бастионом европейского консерватизма. После этого оставалось одно спасение – диктатура. Обращение к диктатуре, вытекавшее из римских традиций и децизионизма, было, однако, внешним элементом в его системе консервативных идей. Но оно стало отправной точкой для концепции диктатуры и чрезвычайного положения самого Шмитта (52).

В Германии критика рационалистических теорий естественного права и общественного договора начинается с работ Карла Людвига Хеллера. Важными направлениями консервативной мысли становятся затем романтика и конституционный консерватизм. Консервативная политическая романтика (Новалис, А. Мюллер) стремилась вывести государство и религию из некоего органического единства. В сходном направлении выступала историческая школа права Фридриха Карла фон Савиньи, выводившая право из народного духа (53). В дальнейшем конституционные идеи Ф.Ю. Шталя способствовали четкой формулировке монархического принципа (54). Идеи Лоренца фон Штейна в области социальной проблематики обогатили консерватизм в этом направлении. Признавая существование классового конфликта в обществе, последний считал возможным разрешить его путем государственного регулирования

и административных реформ (55). Консервативные германские юристы обосновывали теорию государства как юридического лица, наделяя его волей и целью в праве (56). Метафизическая и авторитарная трактовка государственной воли являлась квази-официальным обоснованием имперской государственности, централизма власти, роли монархического принципа (57). В Веймарской Германии, по мере разворачивания острого политического кризиса, консервативная идеология получила выражение в новой интерпретации политической романтики.

Карл Шмитт противопоставлял дискуссии без решения (романтика) решение без дискуссии (диктатура) как две крайности. Вторая крайность была для него предпочтительнее первой в условиях Веймарской республики. Критика романтики как бесплодной вечной дискуссии и апология решительности стали фоном для его концепции диктатуры. Он дал полное описание истории данного феномена, охватывающего период от римского консулата до современной «диктатуры пролетариата» и до диктаторских элементов Веймарской конституции (58). Принципиальное значение имело различение двух типов диктатуры. Один из них – «комиссариатская» диктатура – назывался так потому, что диктаторская власть (комиссары) наделялась своими полномочиями со стороны конституированной власти. Данный вид диктатуры имел место с римских времен, был характерен для абсолютистских монархий (получив теоретическое обоснование у Ж. Бодена) и представлен народными комиссарами Французской революции. Смысл диктатуры данного вида состоял в сохранении существующей конституции путем временного приостановления ее статей. Это был, следовательно, чрезвычайный режим, направленный на защиту status quo. Совершенно иные цели преследовал второй тип диктатуры, получивший название «суверенной» диктатуры. Она получила такое название потому, что диктаторские полномочия предоставлялись конституирующей властью. В задачу данного типа диктатуры (примерами которой служили революционное Национальное собрание Франции и «диктатура пролетариата» в России) входило установление новой конституции на место старой. Сохраняя формальную зависимость от воли доверителей (французской нации или пролетариата), данный тип диктатуры фактически не мог быть ограничен правовым путем в силу факта самообретения власти. Второй тип диктатуры, следовательно, был направлен на революционное разрушение общества.

В контексте Веймарской конституции Шмитт мог определять Учредительное собрание как «суверена», а диктатуру рейхспрезидента (по ст. 48) как комиссариатскую диктатуру. Проблема заключалась в вопросе, возможно ли сохранение консенсуса в случае разрушения конституции; не станет ли в условиях конституционного кризиса «комиссарматский» гарант конституции неограниченным «сувереном». И кто, собственно, является носителем суверенитета в «суверенной» диктатуре, которая колеблется между комиссией (посредничеством) и самодостаточностью – доверитель, диктатор или оба? «Сувереном является тот, кто принимает решение о введении чрезвычайного положения», – гласит ответ К. Шмитта на этот вопрос. Эта известная формула «Политической теологии» (1922) связывает суверенитет и ситуацию чрезвычайного положения, а сувереном объявляет того, кто в экстремальном случае решает вопрос об общественной безопасности и благополучии (59). Суверенная компетенция недвусмысленно неделима и неограниченна; суверенитет – монополия на принятие решения, а суверен – принимает решение в правовом небытии, независимо от права и нормы, получает силу чистого решения. Тезис о том, что всякое решение лучше, чем его отсутствие, – приобретает характер непререкаемой истины в кризисном положении. Однако это ведет к острому противоречию между нормативизмом и децизионизмом. Государство, которое для Шмитта первоначально не должно было являться «создателем права», тем не менее, становилось своего рода демиургом нового правового порядка, что делало необходимым обсуждение ценности этого права. Данный децизионизм возвращал политико-правовую мысль назад к первым теориям абсолютистского суверенитета – Гоббсу и Бодену. Для Шмитта, который хотел быть современным Гоббсом, суверенитет государства становился темой политической теологии.

В этом контексте важные идеологические следствия имела замена концепции государства концепцией политического. Суть ее в том, что государство утратило свою монополию на политику. Поэтому концепция государства должна уступить место концепции друга – врага.

Такая постановка вопроса открывала путь чисто идеологической концепции тоталитарного типа (60).

Вклад консервативной идеологической модели в создание современного общества прослеживается по следующим направлениям: предельно трезвый и реалистичный взгляд на человека и общество, отказ от метафизики просветителей и веры в идеальное общественное устройство будущего; критика с этих позиций различных (прежде всего – революционных) утопий; циклическая теория революций, которые неизбежно уничтожают их инициаторов и возвращают ситуацию вспять к естественному состоянию; активная установка на противодействие революции и теоретическое обоснование диктатуры для выхода из конституционных кризисов и восстановления легитимного режима.

3. Либерализм: преобразование права во имя свободы

Системообразующим для либерализма является понятие прав личности. Либерализм для нас – это всегда жизненно необходимый минимум прав личности. Именно в этом состоит фундаментальное единство либерализма и причина его постоянного возрождения во все новых условиях и обличиях. В соответствии с тем, дефицит каких прав (экономических, социальных, политических, религиозных, демографических и т. д.) особенно ощутим для данного общества, меняется и конкретная программа либералов, а отчасти и его социальная база. В лице либерализма мы имеем, следовательно, чувствительный индикатор состояния общества и прежде всего основной его массы, средних слоев, для которых характерно, с одной стороны, стремление к изменениям в лучшую сторону, а с другой – неприятие крайних методов, грозящих потерей и тех прав личности, которыми она уже обладает. Данный подход позволяет объяснить давно отмеченное противоречие: постоянное изменение форм либеральной идеологии и даже некоторых ее содержательных параметров, с одной стороны, и постоянное возрождение либерализма в его содержании, с другой (61). В отличие от большинства других идеологий настоящего времени, либерализм сегодня – это идеология и практика демократических государств; теория прав человека и, одновременно, их конституционное закрепление; это доктрина плюралистической демократии и в то же время гарантии ее институциональной и судебной защиты. В силу этого либерализм предстает как история и современность, идеологическое течение и социальное движение, система политических институтов и даже как проведение определенной государственной политики (62).

В противоположность консерватизму либерализм представлял доминирующую силу в антифеодальной борьбе, противопоставляя сословным порядкам принцип свободы. Но уже во время революции наметилось противоречие принципов либерализма и демократии (в социально-эгалитарном смысле). Либеральные принципы гарантий собственности, права, политической свободы, конституционных норм вступали в противоречие с идеями уравнительного распределения или фактической демократии. Отсюда выступление либерализма против концепции демократии формирующегося социализма и его обращение к бонапартизму в условиях революционных кризисов. Таким образом, из внутренне противоречивой формулы революции – «свободы и равенства» либерализм принял только первый компонент. Равенство понимается им исключительно как формальное условие свободы (равенство всех перед законом). Классический либерализм, представленный такими мыслителями, как Гизо, Токвиль, Милль, германский домартовский либерализм, оказал влияние на формирование соответствующих политических систем стран Запада, выступая за различные варианты конституционной монархии и защиту прав личности как от государства, так и от массового общества. Сущность классического либерализма выражается в требовании неограниченных возможностей развития рынка, свободной конкуренции, невмешательства (или ограниченного вмешательства в случае необходимости) государства в экономику, всемерном отстаивании права частной собственности как необходимого условия экономического роста и политической свободы. С этим связана другая важнейшая особенность либеральной доктрины – ее правовой характер. Либерализм вообще может быть определен как требование правового порядка, при котором использование государством своих функций принуждения сведено до минимума, определяемого правилами общественной справедливости (63).

Важнейшие политические принципы либерализма – основные права, правовое государство, разделение властей – ныне закреплены конституционно в демократических государствах. Понятие «либерализм» выводится от liberales – последователей испанской конституции 1812 г. Нов целом это понятие означает начавшуюся ранее борьбу среднего сословия (буржуазии) против ограничений духовных, религиозных, экономических, социальных и политических прав со стороны старого порядка и абсолютизма. Данное течение отвергало прежде всего ограничения, связанные с системой сословных привилегий, налогами, общим политическим и административным климатом. Речь шла о том, чтобы установить новый, свободный, социальный порядок на основе либеральных принципов. В этом состояла объективная цель Славной революции 1688 г., Американской гражданской войны, Французской революции 1789 г., конституционных революций и переворотов в Испании, Португалии, Греции и других государств Южной Европы, реформ в Пруссии и других германских землях XIX в., либеральных реформ 1860-х гг. в России, а также разработки конституций, направленных на ограничение монархической власти. Центральная идея заключалась в том, чтобы дать конституционно-правовое закрепление индивидуальной свободы во всех областях, прежде всего экономической и политической деятельности. Дело в том, что экономические и социальные принципы либерализма уже в силу самой своей природы не могут быть реализованы вне гражданского общества и правового государства, без четко разработанных правовых норм, регулирующих отношения собственности, производства и распределения, взаимоотношения индивидов между собой и с государством. Классическим примером такого права является Кодекс Наполеона, интерпретировавший многие идеи естественного права применительно к эпохе нового времени. Новое правосознание или даже шире – правовая культура и этика – служили делу создания гражданского общества и правового государства.

Либеральная модель общественного устройства предстает в истории достаточно четко. Основными идеологическими параметрами классического либерализма принято считать следующие: в экономике – это сторонник промышленного капитализма и экономической свободы, невмешательства государства в рыночные отношения и организацию хозяйства; в социальных отношениях – выразитель интересов среднего класса (буржуазии); в политике – парламентарной демократии, кабинетской системы и свободы политических партий, а также всестороннего развития права, в культурной жизни – свободы мысли и слова; в религии – антиклерикализма и в то же время терпимости к инакомыслию, в нравственности – торжества утилитарных принципов и индивидуализма; в национальном вопросе – национализма (в смысле приоритетов национальной государственности). Однако наиболее типична для данного общественно-политического течения – борьба за демократию и право, создание соответствующих инструментов их претворения в жизнь. Важнейшим достижением либерализма явилось новое гражданское и политическое мышление, основу которого составило представление о правах человека как естественных, гарантия соблюдения которых состоит в демократической организации политической системы – конституционализме, свободе совести, индивидуализме. Данный взгляд на либерализм как продукт социального развития нового времени получил признание у представителей неолиберализма, для которых, однако, свойственно более четкое подразделение двух основных типов либерального движения – классического, являющегося предшественником современной западной демократии, и производного от него либерализма, подвергшегося ревизии с позиций рационализма и представляющего собой предшественника современного социализма. Экономические и политические принципы либерализма проявились в его образовательной стратегии, направленной на утверждение радикальной независимости мысли, духовной автономности индивида от церкви, общественных структур или государства. Либерализм выступает одновременно как антифеодальное и антисоциалистическое течение, поскольку отстаивает свободу личности и собственности (64).

Программа либерализма включает создание новой системы отношений общества и государства путем независимых общественных объединений, установления социального контроля над властью путем выборов; предоставления центральной роли парламенту, реализации принципа разделения властей и возможности их критики со стороны общественного мнения. Данная программа выражала интересы наиболее динамичной и просвещенной части

общества, выступавшей за его модернизацию – так называемых «образованных классов» или «общественности».

Доминирующие тенденции в интерпретации либерализма в странах Европы XVIII–XIX вв. имели существенные особенности, связанные с различием объективных задач, стоящих перед ним. Так, либерализм эпохи Французской революции характеризовался ярко выраженным рационализмом и радикализмом, а главной проблемой для него стала несовместимость демократии (как равенства и правления большинства) и свободы (прав индивида). Напротив, либеральная мысль Английской и Американской революций, представленная сочинениями Дж. Локка и федералистов, отличалась особым вниманием к правовым гарантиям прав личности и собственности (65), а главной проблемой английского либерализма стал поиск конструктивного разрешения социальных конфликтов, представленный лучше всего концепцией утилитаризма (И. Бентам) (66) и программой постепенных правовых реформ, осуществляемых с прагматическими целями (Дж.С. Милль) (67). Германская традиция либерализма сформировалась позднее, характеризовалась большим консерватизмом (в отношении революционных принципов французского либерализма) и была в большей степени окрашена национальными и социальными тенденциями (в условиях образования единой империи и проведения социальных реформ сверху в стиле Ф. Науманна) (68). Страны Южной Европы в своих либеральных традициях также давали синтез либеральных и религиозных ценностей (Испания) или либерализма и романтических идей национального возрождения (Италия, Греция) (69). Существенную специфику имела крепостная Россия, где либеральные ценности вообще могли быть реализованы только при активном участии просвещенной бюрократии. Таким образом, констатировав единство принципов либеральной идеологии, мы должны иметь в виду возможности их различного и чрезвычайно гибкого применения в различных регионах и периоды времени.

Уже в ходе революции возникают различные трактовки такого фундаментального для либерализма понятия, как «свобода» и способов ее достижения в обществе. Речь идет, с одной стороны, о ее интерпретации в коллективистском смысле (как общественного блага, равенства и, прежде всего, обязанностей индивида перед обществом), а с другой, в индивидуалистическом смысле (как свободы индивидуальной деятельности, собственности и прав личности, которые необходимо гарантировать от вмешательства как со стороны государства, так и общества). В период революции эти две трактовки свободы, восходящие к Руссо и Монтескье, только начинают разграничиваться. В дальнейшем первая вела к социализму, вторая – к либерализму в его классическом понимании (70). Первая трактовка делала акцент на неизменные обязательства личности в отношении общества, установленные раз и навсегда: «Общественный договор, – писал Л. Карно, – есть молчаливое соглашение, которое составляет в сущности основу всякого общества, какова бы ни была конституция и особая организация. Этот договор, как и всякий конвенциональный акт, дает договаривающимся сторонам преимущества и накладывает на них обязательства: преимуществами является то, что носит название прав гражданина; обязательства составляет то, что именуется всеобщей моралью». В естественном состоянии права человека неопределенны; но в обществе человек определяет их, становясь гражданином (71).

Вторая подчеркивала необходимость предоставления каждому гражданину возможности постоянной критической оценки преимуществ и недостатков принятой конституции. С этой целью Кондорсэ разрабатывал такой механизм организации конституционных ассамблей, который бы позволял систематически учитывать изменения позиции граждан в пространствах каждого поколения. Этот мониторинг конституционных настроений через определенные промежутки времени необходим для того, чтобы одно поколение не могло навязать свою волю последующим, а также для того, чтобы соотносить конституционные формы и меняющуюся политическую реальность. Необходимыми условиями демократической процедуры изменения конституции признавались свобода публичных рекламаций (ходатайства) и их немногочисленность. В случае соединения этих двух условий (в одно время) очень вероятно, что данная конституция получит санкцию большинства граждан; в случае отсутствия одного из них ясно, что никакой возможности такого одобрения не существует (72). Перед нами две концепции свободы и две модели конституционного устройства – закрытая и открытая,

основанная на абстрактных принципах общего блага или необходимости постоянной верификации с общественным мнением, коллективистская или индивидуалистическая. Эти две концепции постоянно приходили в столкновение в ходе революции. Кондорсэ, являвшийся создателем либерального конституционного проекта, был казнен якобинцами прежде всего как сильный идеологический противник (73).

Революционная интерпретация принципов либерализма во Франции была сформулирована наиболее четко Эммануэлем Жозефом Сийесом, но претерпела существенные модификации уже в ходе революции и особенно в период ее ретроспективного анализа мадам де Сталь, Б. Констаном и А. де Токвилем. Значение Сийеса как крупнейшего либерального мыслителя определяется формулами знаменитого памфлета 1789 г. – «Что такое третье сословие?». План брошюры Сийеса предельно прост и выражается в ответах на три вопроса: «1. Что такое Третье сословие? – Все. 2. Чем оно было в политическом устройстве до настоящего времени? – Ничем. 3. Чего оно добивается? – Стать чем-нибудь» (74). Следует отметить, что Французская революция, как, впрочем, и всякая другая радикальная социальная революция, пошла значительно дальше этих начальных требований, предоставив третьему сословию не что-нибудь, а все, чего оно могло добиваться, – новый правовой статус, укрепление прав собственности, культурные и символические ценности, которых оно было лишено в предшествующее время. Брошюра Сийеса уже своей риторикой выражает эти либеральные принципы – «империя разума», «общественный договор», «равенство прав». В свете прогресса разума, – полагает он, – необходимо восстановить узурпированные права. Раньше или позже необходимо, чтобы все классы сосредоточились в рамках общественного договора, который выстраивает отношения на новой основе после долгой ночи феодального варварства («la longue nuit de la barbarie féodale», «les absurditiés gothiques»). Универсальность этих идей для современного гражданского общества подчеркивается тем обстоятельством, что они были актуальны не только во Франции 1789 г., но и в России 1989 г. Фактически речь шла о выходе на историческую арену новых социальных слоев, которые тяготились традиционалистскими сословными перегородками Старого порядка и деспотизмом власти, – власти, которая ранее была источником стабильности в море хаоса, но затем стала восприниматься как основное препятствие реализации прав личности и собственности.

В труде Сийеса чрезвычайно четко формулировались либеральные принципы, ознаменовавшие разрыв между старым и новым обществом и заложившие основу нового публичного права: единство и суверенитет нации; представительство всей нации через ее избранных представителей; различение власти конституирующей и конституционной. Важность этих принципов, которые до сих пор служат современной демократии и закреплены конституционно, требует их специального рассмотрения. Первый из них – принцип национального суверенитета. Нация, согласно Сийесу, существует прежде всего, она – источник всего. Ее воля всегда законна, она сама есть закон. До ее возникновения и за ее пределами существует только естественное право. Истинные позитивные законы могут быть только эманацией воли нации. К позитивным законам относятся, прежде всего, конституционные законы, которые подразделяются на два вида: одни регламентируют организацию и функции законодательного корпуса; другие – определяют организацию и функции различных действующих властей (corps actifs). Определение этих конституционных законов как фундаментальных отнюдь не означает, что они могут стать независимыми от национальной воли, но только то, что неприкосновенными являются созданные ими установления. Конституция во всех своих частях является созданием власти конституирующей (pouvoir constituant), а не конституированной власти (pouvoir constitué). Понятие фундаментальности конституционных законов означает лишь то, что никакой вид делегированной власти не может ничего изменить в условиях делегирования. Первая категория законов, которые устанавливают законодательную власть, основана на национальной воле, существующей до всякой конституции. Вторая категория законов – те, которые должны быть приняты специальной представительной волей. Таким образом, все части правительства, непосредственно или опосредованно, в конечном счете, зависимы от нации и ответственны перед ней. Хотя Сийес писал, что эти формулировки имеют предварительный характер, именно они заложили основу важного конституционного принципа: нация формируется естественным

правом, а правительству, напротив, принадлежит только позитивное право.

Другой важнейший элемент конструкции публичного права – концепция конституирующей власти. Известно, что доктрина народного суверенитета Руссо отрицала возможность представительной демократии (народная воля не может быть представлена никем, кроме самого народа). Сийес нашел решение проблемы своей концепцией Конституанты. Собрание чрезвычайных представителей, согласно его учению, способно заменить собрание нации. Данное собрание не должно, безусловно, узурпировать народную волю и поэтому не наделяется всей полнотой национальной воли. Ему предоставляется лишь специальная власть, причем в редких случаях, но в этой исключительной ситуации оно уподобляется нации с точки зрения своей независимости от всех конституционных форм. Сийес, в отличие от Локка и Монтескье, не думал, что следует принимать предосторожности против возможной узурпации власти со стороны законодательного собрания, поскольку народные представители являются депутатами, посланными только для одного дела, а срок их полномочий ограничен во времени. Эти рассуждения Сийеса представляют несомненную важность для конституционной теории, поскольку лежат в основе концепции представительного правления. Однако они были опровергнуты практикой революции, поскольку народное представительство (Конвент) оказалось вполне самостоятельным институтом власти и узурпировало ее.

Третий важнейший элемент теоретической конструкции Сийеса – концепция представительства. Конфликт между двумя важнейшими постулатами – принципом народного суверенитета и принципом представительства, который определял всю конституционную динамику Франции, Сийес разрешил чисто прагматическим способом: нация – это ее представители; общая воля – коренится в избранном корпусе, а его мнение есть мнение нации. Это было решение проблемы в стиле Колумбова яйца, поскольку теоретические аргументы, в силу невозможности их согласования на доктринальном уровне, уступали место ряду прагматических утверждений, фиксировавших новую идеологию. Развивая эти идеи, Сийес пытался представить волю третьего сословия как волю нации и разработал теорию «свободного мандата» (парламентарии представляют не сословие, а нацию в целом). Она представляла собой антитезу концепции императивного мандата, лежавшую в основе традиционного сословного представительства в Генеральных Штатах предшествующего времени. Конституция 1791 г. основана на этой модели либеральной представительной демократии. Отождествление третьего сословия с нацией – практический вывод данной концепции, легитимировавший революционный процесс. Привилегированные сословия не могут представлять народ в Генеральных Штатах. Необходима отмена системы привилегий, в том числе внутри самого третьего сословия, которое оказывается расколотым. Выдвигается идея общего права и необходимости его восстановления.

Франция, согласно парадоксальному утверждению мыслителя, не знала собственно монархического режима. Страной управляла узкая группа придворной аристократии, которая определяла политику, назначение министров и распределение должностей. Идея состоит в том, чтобы вернуть народу (третьему сословию) политические права, которые были отняты у него аристократией. Для их восстановления необходимо его полноценное представительство в Генеральных Штатах. Последние должны интерпретироваться как выражение общей воли – законодательная власть, а не как господство аристократии трех типов – церкви, шпаги и мантии. Политические требования третьего сословия, формулированные Сийесом, характерны для радикального либерализма многих стран в условиях конституционной революции. Они включали: 1) полноценное представительство третьего сословия в Генеральных Штатах; избранные из его состава депутаты должны иметь возможность представлять его желания и защищать его интересы, а их влияние должно быть как минимум равным тому, которым располагают привилегированные сословия; 2) число представителей Третьего сословия должно быть равным числу представителей двух других сословий вместе взятых. Однако даже это равенство представительства будет иллюзорным, если каждая палата будет голосовать по отдельности; 3) поэтому подсчет голосов должен вестись не по сословиям, а поголовно. Вот к чему, заключает Сийес, сводятся эти рекламации, вызвавшие, как кажется, тревогу среди привилегированных, полагающих, что эти требования делают реформу невозможной. Скромное пожелание третьего сословия о том, чтобы иметь в Генеральных Штатах влияние, равное

привилегированным сословиям, уступило затем место требованиям всей полноты власти во избежание реставрации старого порядка. «Все погибнет, – заявил Сийес, – если мандатарии феодализма смогут узурпировать депутатские полномочия общего представительства» («Tout serait perdu si les mandataires de la féodalité venaient a usurper la députation de l'ordre commun») (75).

Важнейший вывод этой теории – принцип равенства гражданских и политических прав, который раскрывается как наличие прав на обладание реальной собственностью (состоянием) и юридической собственностью (например, избирательные права). Другой – отказ от сословной структуры общества и ее политического выражения в виде двухпалатной системы по образцу Англии. Сийес в принципе не противник разделения палат (он говорит даже о трехпалатной системе), однако категорически не приемлет их разделение по сословному принципу. Он однозначно выступает против верхней палаты английского типа как исторического пережитка, называя ее «королевской палатой» или «феодальной палатой». Наконец, третий принцип разделения властей, интерпретация которого претерпела существенную эволюцию в воззрениях этого мыслителя. Своим памфлетом он открыл чреду кровавых революционных потрясений, вольным или невольным участником которых стал сам. Сийес, голосовавший за смерть короля и писавший конституции для всех режимов, стал карикатурой и символом приспособленчества. Однако эволюция его конституционных принципов вполне соответствовала логике быстрых революционных изменений. Под влиянием опыта революционных потрясений, он добавил ограничение конституирующей власти с помощью особого «конституционного суда» или «коллегии консерваторов» («college de conservateurs»), наблюдающей за конституцией и фундаментальными принципами права.

Социологическую концепцию французской революции предложил лидер большинства Конституционной ассамблеи, либеральный мыслитель – Антуан Барнав (1761–1793). В неоконченном труде «О революции и конституции» он наметил движущие силы революции, предложил интерпретацию внутренней логики основных фаз и выдвинул стратегию выхода из кризиса. Данная концепция предваряет последующий либеральный анализ и в своих структурных компонентах является чрезвычайно информативной (76).

Социальное развитие, полагал Барнав вслед за Монтескье, определяется географической средой, а вызываемые ею хозяйственные изменения ведут к перераспределению богатств и власти. Социальная эволюция определяется объективными факторами исторического развития человечества – «природой вещей», по терминологии просветителей. Проявлениями этих исторических процессов становились Крестовые походы, религиозные реформы, великие географические открытия. Социальный прогресс в новое время был связан с развитием централизации, промышленности, просвещения и формированием общественных классов, вел к социальным диспропорциям. Социальный конфликт мог быть разрешен как путем революции, так и реформы. Альтернатива этих двух стратегий выхода из кризиса формулируется предельно четко. Второй, реформационный, путь выступает как несомненно более приемлемый для общества. Но в то же время – более трудный для практической реализации. Спонтанный революционный взрыв являлся объективным следствием «природы вещей», а принятие его общественным сознанием ускорила Американская революция. Напротив, для реализации реформ требовались сознательные усилия монархии и аристократии. Способ предотвращения социального взрыва состоял в постепенной отмене сословных ограничений, расширении социальной мобильности, открытии всех видов службы для третьего сословия. На практике, однако, монархия и аристократия оказались в плену своекорыстия и непоследовательности, отстраняя третье сословие от военной службы и государственного управления, культивируя в нем враждебные настроения. Таким образом, монархия провоцировала революцию, жертвой которой стала сама.

Основной социальный результат революции – отстранение привилегированных и богатых социальных слоев (крупные собственники, эмигранты), преобладание средних и низших слоев (мелких собственников) в Конституционной ассамблее. Масса, составляющая во Франции электоральный корпус, вышла из деморализованных слоев, а не ответственных собственников. Революция (и особенно клубы) подняла на поверхность новых людей – ораторов-интриганов и авантюристов, лишенных собственности и ответственности. Поэтому власть в ассамблее

захватили не опытные практики старого режима, а чистые теоретики, быстро уступившие власть кучке негодяев, преследующих свои низкие цели. Данный состав Конституанты исключал эволюционный путь трансформации системы Старого порядка в парламентскую монархию английского типа.

Идеал смешанного правления стал для Барнава и его единомышленников моделью выхода из революционного кризиса. Приверженный идеалам разума и свободы, Барнав стремился утвердить их в формах, способных дать им прочный характер, сделать не больше, а лучше. Свобода может существовать только при монархическом правлении, руины свободы проистекают от чрезмерных требований и ребяческой экзальтации, которая является признаком слабости. Он опирался на идеи либерального государства Монтескье и различал (как Сийес) непосредственную и представительную демократию. Если непосредственная демократия была возможна в малых государствах древности, то для большой современной монархии необходимо представительное правление. Представительство целесообразно осуществлять на основе ценза, отсекающего полярные категории (слишком богатых и слишком бедных) с целью сохранения независимости депутатов. Вводятся разделение властей, гарантии гражданских прав.

В условиях конституционного кризиса важно было предложить теоретические аргументы в пользу либеральной модели конституционализма (смешанной формы правления) и против концентрации власти в одних руках. «Недостаток конституции 1789 г., – подчеркивал Барнав, – был не в том, что публичные власти были разделены, но в том, что это разделение не было сделано хорошо, и что эти власти внутри себя были плохо конституированы» (77). Он выдвигает ряд других упреков конституции: она не произвела разделение на три ветви и дала место аристократии; уделила слишком мало внимания собственности в национальном представительстве; слишком слабо организовала королевскую власть и силы исполнительной власти.

Возможность узурпации власти законодательным корпусом не выпала из сферы его рассмотрения. Как известно, необходимость двухпалатной организации парламента в Англии и США отстаивалась как важнейший элемент разделения властей. Барнав (как и Сийес) высказывается, однако, против двухпалатной системы парламентаризма для Франции как по английскому образцу (где она сложилась исторически), так и по американскому (где к моменту ее введения уже существовало равенство). Основной аргумент против двухпалатной системы в том, что палаты могут стать средоточием различных социальных сил. Конституционный кризис и узурпация власти законодательным корпусом не являются следствием принципа единства палаты, но возникли, во-первых, из-за отсутствия переизбрания депутатов (что рассматривается как самая большая ошибка Конституционной ассамблеи) и, во-вторых, из– за отрицания права роспуска. Единство палаты вполне реализуемо в том случае, если она будет вписана в общую систему смешанного правления, где король будет иметь право противостоять декретам законодательного корпуса (располагая не абсолютным, а суспензивным правом вето). Сторонники республиканской модели, предлагающие объявить решения единой ассамблеи высшими законами без санкции короля (деятели Якобинского клуба), ведут дело к установлению диктатуры. Поход на Версаль 5 октября 1789 г. и арест короля признаются катастрофой.

Недостатки конкретной конституции не должны служить аргументом против принципа разделения властей. Это важнейший конструктивный элемент всех систем смешанного правления, которые являются единственными свободными правлениями на земле. Примерами выступали Рим, Великобритания и США, где разделение и борьба властей есть важнейшее условие свободы. Барнав принадлежит к тому широкому кругу французских либералов, которые, если не усматривали в политической системе Англии модель политического устройства, то во всяком случае апеллировали к ее опыту как центральному аргументу. В этом смысле его подход обеспечивает преемственность таких англофилов, как Монтескье в XVIII в. и Гизо в XIX в. Существенное значение имели анализ федерализма (по образцу США) и в то же время обращение к опыту Славной революции в Англии 1688 г., когда в результате переворота окончательно утвердилась парламентская монархия: наследственный монарх был заменен выдвинутым и ограничен в прерогативах во имя защиты публичных свобод.

Взгляды АБарнава сходны с идеями Мирабо и отражают принципы 1789 г.: сильная

монархия, ограниченная в то же время ассамблеей, король, порвавший с аристократическим обществом, цензовое избирательное право, способное охватить весь средний класс. Главная идея Барнава и его единомышленников – спасти короля, чтобы спасти конституцию и общественный порядок, – сделала его лидером большинства в Конституционной ассамблее. В дальнейшем, это была линия умеренных (Сийеса), противостоявшая линии Робеспьера. Либеральная позиция устами Барнава выступала, таким образом, за превращение «революционного государства» в «конституционное государство».

Либеральная концепция правового (конституционного) государства, представленная трудами Сийеса, Кондорсэ, Бриссо и Барнава в период революции, в постреволюционный период оказалась в центре размышлений Бенджамена Констана, Шатобриана, Гизо, Токвиля, Ламартина, мадам де Сталь и других основателей умеренного либерализма. Эта идеология включает критику теории народного суверенитета Руссо, с одной стороны, и деспотии во всех ее видах (отрицание якобинской и монархической диктатур) – с другой; отрицание революционного фанатизма и апология локковского либерализма; поддержку принципа разделения властей и концепцию особой «нейтральной власти». Суть проблемы, как ее выразил Б. Констан, состояла в том, чтобы найти средний путь между народной тиранией и монархической тиранией, отыскание которого предполагало новый политологический синтез. Его содержание определялось установлением парламентской ответственности министров и соответственно разделением министерской и королевской власти. Исполнительная власть принадлежит в этой конструкции министерству, но монарх сохраняет возможность влиять на его назначение и отставку. Это была конструкция дуалистической конституционной монархии. Именно эта идея нейтральной власти (le pouvoir neutre) позволила Констану перейти от республики (в республиканской модели конституции) к монархии (в модели конституционной монархии). Он стремился теоретически и практически обосновать роль института монарха как независимой инстанции, которая существует наряду с тремя другими властями, координирует их деятельность и умеряет противоречия между ними (78). Эта концепция является развитием того, что предлагал Сийес для выхода из конституционного кризиса в период Директории, но идет далее в направлении монархии, оказав, в свою очередь, существенное влияние на умеренный испанский, германский и российский либерализм (79).

Противоречие революционных идеологий с позиций либерализма – несоответствие новых институтов степени подготовленности общественного сознания. Эта мысль была очень четко сформулирована мадам де Сталь в рукописи теоретического труда о революции, которая не была опубликована при жизни, но подводит итог размышлений о конституционных циклах. Здесь выдвинута также определенная объясняющая схема процесса. Опережающее принятие демократической конституции получает поддержку передовой части общества, однако более значительная его часть стремится активно или пассивно повернуть ситуацию вспять. Это создает резервуар для восстановления деспотизма. Франция в 1789 г., согласно данной интерпретации, хотела умеренной монархии, а не республики. Республика была введена за пятьдесят лет до того, как умы были подготовлены к ее восприятию. Для этого пришлось прибегнуть к террору, который, не достигнув поставленной цели, вызвал обратное стремление в сторону от философского просвещения. С этим связана общая нестабильность конституционного процесса во Франции. Попытка найти выход в разделении властей не могла быть успешна в условиях кризиса. Таким образом, в ходе революции максимализм – провозглашение абсолютной свободы (к которому общество не готово) оказывается более опасным врагом демократии, чем роялистская оппозиция в силу неподготовленности народа к принятию республики. Поэтому демократы, завоевав власть, должны учиться ее сохранению у аристократии. Сохранение народных институтов требует принятия аристократических идей. Четко выступает идея цикла. Отсюда следовал вывод, важный для всей последующей либеральной традиции: в обществе имеют смысл лишь те изменения, которые подготовлены общественным сознанием, и лишь в той мере, в какой они соответствуют поступательному развитию прав и свобод личности. Поэтому неправомерно принесение в жертву некоему будущему идеалу уже достигнутых прав личности. Задача мыслящих людей – в просвещении, а не разрушении (80).

Либеральная трактовка демократии стала основным вкладом данного течения в

гуманитарную мысль нового времени. Главная проблема – создать такие отношения между демократией и либерализмом, которые не привели бы общество, с одной стороны, к революционному хаосу, с другой, к подавлению личных прав. Завершить революцию, создать стабильное представительное правление, установить гарантии свобод, основанных на разуме. Это была триединая задача французских либералов до 1948 г., позже она получила другое определение – как спасти свободу от социализма с помощью бонапартизма (81). Как ранее Монтескье, А. Токвиль, анализируя опыт ряда французских революций, стремится путем сопоставления разных типов обществ решить одну проблему – возникновения демократии как нового социально-политического строя. Он ищет ее решения в интерпретации перехода от традиционного, феодального и аристократического общества к обществу равных возможностей. Центральным при такой постановке проблемы оказывается соотношение принципов равенства и свободы: концепция демократии как внутренне противоречивого образования основана на взаимной противоположности образующих ее принципов. Токвиль, изучив феномен демократии, установил, что она содержит (при неконтролируемом развитии равенства) новую угрозу правам индивида – «тирании большинства», нивелировки общества и подавления индивида (82). Тот феномен, который в XX в. получил название тоталитаризма или тоталитарной демократии, был не только предсказан, но и описан Токвилем в существенных его чертах. В этом состоит, по выражению И. Берлина, «убийственная точность неудобных мыслей Токвиля». В России именно эти мысли Токвиля получили поддержку А.С. Пушкина в его полемике с политическим радикализмом Радищева и консерватизмом Чаадаева (83). Отсюда поиск нового политического идеала – сочетания демократии (как всеобщего равенства) с институтами либеральной направленности. Политической формой его реализации становится конституционная монархия. Актуальность теории демократии Токвиля в наше время объясняется появлением сходных проблем в условиях быстрого перехода от авторитаризма к демократии.

Та же проблема – сочетания демократии со свободой индивида – оказалась центральной для английского либерализма, но получила несколько отличное разрешение. Во Франции, как было показано, трудность ее практического решения привела к резкому размежеванию социализма и либерализма, причем последний в условиях социального кризиса все более склонялся к авторитарному решению в форме бонапартизма. В Англии синтез демократии с индивидуальной свободой оказался лучше реализуем на практике и стал возможен благодаря последовательным реформам избирательной системы, расширявшим социальную базу и легитимность парламентских институтов. Поэтому классики английского либерализма подходили к этой проблеме с более прагматических позиций. Социальная философия утилитаризма И. Бентама, наложившая отпечаток на всю английскую либеральную традицию, своей критикой подготовила избирательные реформы (84). Дж.С. Милль разрабатывал идею расширения избирательных прав, предоставления их женщинам, но при этом считал необходимым отстаивать приоритет образованной части общества в управлении. В. Бегот в своем труде об английской конституции (1867) дал классическое изображение английского парламентаризма и кабинетской системы (85).

Наибольшее значение для идеологии либерализма имел Дж.С. Милль, влияние идей которого было велико не только в Великобритании, но и в мире в целом. Он сформулировал целостную либеральную философию свободы и прав личности как главной общественной ценности и критерия оценки политических систем. Его вклад в политическую теорию либерализма состоял в создании концепции демократии как представительного правления (86). Представительное правление является высшей ступенью развития политической системы (противостоящей предшествующим более примитивным системам непосредственной демократии и абсолютизма) именно потому, что обеспечивает народу возможность контроля над правительством посредством периодически избираемого парламента. Милль, как и Токвиль, выступает, однако, противником интерпретации демократии и представительного правления как простого численного большинства населения. Реализация этого принципа в виде господствующей в Англии и США системы избрания в парламент механическим большинством ставит, по его мнению, под вопрос судьбу самого демократического принципа, ведя к господству коллективной посредственности и изолируя от политического процесса критически

мыслящие меньшинства и выдающихся людей. В этом состоит смысл той части труда Милля, где он говорит «об истинной и ложной демократии». «В понятии «демократия»,– подчеркивает он, – смешиваются две совершенно различные идеи. Истинное представление о чистой демократии предполагает всегда управление всего народа всем же народом, равноправно представленным в управлении. Демократия же, как она понимается обыкновенно на практике, это правление всего народа при посредстве простого его большинства, исключительно представленного в управлении». Исходя из этого отвергается трактовка демократии как реализации воли большинства (своеобразный аналог народной воли Руссо) и выдвигается ее концепция в виде пропорционального представительства различных общественных групп и интересов. Милль показывает, что принцип численного большинства – это статическая концепция, не учитывающая быстрой динамики общественных интересов, когда вчерашнее большинство оказывается меньшинством, продолжая, тем не менее, осуществлять власть от имени всего общества. Особенно опасна эта ситуация в условиях острой имущественной, классовой или национальной поляризации общества, когда установление политического господства одной силы над другими или ее преобладание в управлении может привести к развитию конфликта, а не к его разрешению демократическим путем. Предоставление политических гарантий меньшинствам, прежде всего наиболее культурным и образованным слоям населения, становится в рамках либеральной политической философии Милля подлинным критерием демократизма и совершенства системы. Оно способствует также разрешению социальных противоречий, в частности преодолению классового эгоизма, который может быть растворен в различных других эгоизмах. Эта логика приводит мыслителя к выводу о необходимости строго реалистичного отношения к организации избирательной системы, которая в различных социальных условиях не может быть тождественной. Являясь теоретически сторонником принципов всеобщего, прямого, равного и тайного голосования, Милль допускал возможность известных отступлений от этого идеала в социальных условиях, недостаточно подготовленных к их восприятию в полном объеме. Даже для Англии он являлся сторонником постепенного расширения избирательного права, сохранения Палаты лордов, целесообразности (при отмене имущественного, национального и полового цензов) введения образовательного ценза, отмечал преимущество пропорциональной избирательной системы перед мажоритарной (голосование списков в целом), которая дает приоритет крупным политическим партиям в ущерб политическим интересам социальных групп, национальных меньшинств или регионов страны.

Теоретически обосновывая модель английской парламентарной монархии, Милль внес существенный вклад в интерпретацию механизма разделения властей, в частности отношений законодательной власти и бюрократии. Смысл представительного правления определяется ролью парламента, состоящей (вопреки критикам) не в управлении (которое, разумеется, не может быть эффективным в руках большого собрания депутатов), а в выполнении функции социального контроля над его осуществлением. Он обосновал, фактически, ту модель организации административной службы, которая получила затем у М. Вебера наименование «рациональной бюрократии». Ее принципиальным отличием от чиновничества абсолютистских государств является полное подчинение законодательной власти парламента и, как следствие, неучастие в политике. При такой интерпретации бюрократия оказывается теоретически не более как техническим инструментом реализации воли избирателей, делегирующих ей функции исполнительной власти.

Рассматривая либеральную демократию как политический идеал, Милль, однако, не абсолютизировал представительное правление. Он указывал, что социальный прогресс в предшествующие эпохи и в иных социальных условиях может быть осуществлен авторитарными политическими системами. В этой связи он выделял позитивную роль абсолютизма в процессе образования национальных государств или осуществления ускоренной модернизации (например, в ходе реформ Петра Великого или отмены крепостного права в России). Однако в более длительной исторической перспективе деспотизм ведет к стагнации общества, в то время как либеральная демократия создает условия для его динамики.

Тот факт, что именно английская (а не французская) модель парламентской монархии и ее теоретическое обоснование философами и юристами стали популярны в странах Восточной

Европы и России, объясняется следующими причинами – большей гибкостью (англосаксонское прецедентное право); эволюционизмом (в противоположность рационализму французской модели); сохранением легитимной монархии (в противоположность республиканизму и бонапартизму). Даже британский парламентаризм (особенно его двухпалатный характер) казался привлекательным в более традиционных режимах, поскольку создавал представление о синтезе демократического и аристократического принципов.

По сравнению с классическим либерализмом Западной Европы, либерализм Восточной Европы представлял существенную специфику, на которой следует остановиться специально в виду ее частого игнорирования. В либерализме и конституционализме стран Восточной Европы необходимо подчеркнуть общие черты, характерные для данного течения в принципе, прежде всего его идеалы гражданского общества и правового государства, вообще стремление к политической борьбе в рамках права. В то же время необходимо отметить тот факт, что восточноевропейский либерализм в сравнении с западным имеет существенные различия. Они имеют не случайный, но глубокий сущностный характер и коренятся в самой природе политической системы государств Восточной Европы, социальной базе и потому – в политической стратегии. Данная модель отличается от классической по крайней мере в трех отношениях: во-первых, к началу преобразований здесь отсутствуют необходимые элементы гражданского общества; во-вторых, средний класс, даже если он существует, недостаточно силен для того, чтобы стать социальной базой демократических преобразований; в– третьих, эти преобразования оказывается необходимым провести в кратчайший (по сравнению с западными странами) исторический промежуток времени. В результате здесь необходима совершенно другая стратегия развития вообще, другая комбинация политических сил и тактика реформ в частности. Основным носителем преобразовательной программы выступает не буржуазия, как на Западе, а скорее само государство, инструментом ее реализации в значительной мере становится бюрократия, а методы проведения неизбежно приобретают принудительный характер.

Германский либерализм домартовского периода, представленный Робертом Молем (87), Карлом Роттеком (88) и Фридрихом Дальманном (89), отстаивал концепцию правового государства с дуалистической конституционной монархией как формой правления. Раскрытие отношений общества и государства с либеральных позиций представлено в германской политической мысли трудами Карла Вильгельма фон Гумбольдта (1767–1835) – видного конституционалиста и деятеля либеральных реформ начала XIX в., основателя Берлинского университета. Осмысление философии эпохи Просвещения, а также начала Французской революции нашли выражение в идеале создания конституции и свободных учреждений для единой Германии. Поэтому в его взглядах наиболее полно представлен специфически германский синтез либерализма, национализма и умеренного конституционализма. Господствовавшей в Германии эпохи Просвещенного абсолютизма философско-правовой концепции полицейского государства Гумбольдт одним из первых противопоставил либеральную концепцию правового государства – обеспечения личных прав граждан. Данный принцип составляет доминирующую идею его основного произведения – «Опыт установления пределов государственной деятельности». Судьба этого произведения отражает особенности развития германского либерализма: написанный в 1792 г. под непосредственным влиянием эйфории первых лет Французской революции (и не опубликованный тогда по цензурным соображениям), данный труд не публиковался позднее по решению самого автора под впечатлением казни Людовика XVI, переосмысления событий революции и наполеоновских войн в Германии. Книга вышла лишь спустя 15 лет после смерти автора в 1851 г., а в русском переводе – в 1908 г. (90).

Проблема, поставленная Гумбольдтом, оказывается крайне актуальной и для современности: до какой степени должно простираться государственное вмешательство в социальное и экономическое регулирование и, в соответствии с этим, как должен решаться вопрос о соотношении целей и средств государственной политики. Эта проблема решается в традициях классического западного либерализма: автор отрицает тотальный контроль государства над обществом, свойственный эпохе абсолютизма и отстаивает принцип минимальности бюрократического контроля. Вопреки господствующей германской

государственно-правовой традиции, Гумбольдт не считает целесообразным беспредельное государственное вмешательство в социальные отношения, простиравшееся традиционно не только на сферу правового регулирования, но и включавшее патерналистскую опеку над религиозными верованиями, нравственностью и даже образом мыслей граждан. Фактически выступает против того, что в настоящее время именуется социальным государством, экономическим регулированием и идеологическим контролем. Основные аргументы против такого типа государства также выглядят весьма современно: государственная регламентация уничтожает разнообразие социальных интересов и позиций, являющееся подлинным источником общественной динамики. Унификация общества путем поглощения различных интересов, его жесткое подразделение на подданных и правительство становятся результатом преобладания единой государственной цели. Следствием этого неизбежно является юридическая формализация отношений, экономическая неэффективность и неконтролируемый рост аппарата управления, становящегося единственным движущим механизмом. Гумбольдт одним из первых раскрыл негативные последствия бюрократизации социальных отношений: отчуждение экономической власти и управления от общества, рост коррупции, механистический характер государственного регулирования, наконец, подмена целей средствами и потеря государственной властью чувства реальности.

В основе позитивной концепции Гумбольдта лежит своеобразная интерпретация общественного договора: не принимая полярных теорий непосредственной демократии Руссо и представительства Монтескье, Гумбольдт предлагает третье компромиссное решение проблемы демократии. Самодеятельность общества должна быть достигнута путем заключения гражданами отдельных договоров и создания свободных союзов, аккумулирующих различные социальные элементы и интересы, не связанные непосредственно с государственной властью. Гумбольдт ставит под сомнение целесообразность единого общественного договора и представительства в силу возможности их формализации, бюрократизации и легкости манипулирования ими со стороны государства. Инфраструктура гражданского общества должна быть более развитой для обеспечения прав малых групп и частных лиц. Таким образом достигается разделение сфер гражданского и публичного права, появляется возможность более динамичного социального контроля над властью как раз по тем конкретным вопросам, которые становятся актуальными в данный момент. По мере расширения сферы деятельности гражданско-правовых союзов, сфера публично-правового регулирования должна объективно сократиться до определенного необходимого минимума.

Этим минимумом Гумбольдт считал обеспечение безопасности общества внутри и, главным образом, вовне государства. Если Милль в качестве важнейшей цели государства видел просвещение и воспитание общества, то Гумбольдт отнимает у него и эту сферу деятельности, передавая ее самому обществу. Государственный союз имеет для него смысл лишь постольку, поскольку обеспечивает реализацию имущественных и политических прав индивида. Эта была та концепция «государства – ночного сторожа», которая стала аксиомой для классического либерализма. Объективные предпосылки определили кризис классического западноевропейского либерализма в новых условиях конца XIX – начала XX в. в странах, вставших на путь ускоренной модернизации. Эти общие тенденции восточноевропейского либерализма проявились особенно четко в Германии и России.

В центре политической мысли стран, соотносивших свои социальные порядки с опытом Французской революции, оказались две основные проблемы: проблемы современной демократии для стран, где революция победила, и проблемы перехода от старых абсолютистских порядков к новым в странах с модернизирующимся типом развития. Французская революция отчетливо показала деструктивные последствия спонтанного социального взрыва. Она показала также, что новая легитимация властных структур отнюдь не исключает их фактического возвращения на путь авторитаризма. Данный опыт послужил мощным импульсом для интерпретации конституционных идей в тех странах, которые, в отличие от стран классического либерализма и конституционализма, вынуждены были развивать его институты в условиях модернизации – Германии и России. В качестве корректива классической западной модели демократии выступают германские либеральные теории гражданского общества и правового государства в условиях модернизации (91).

На рубеже XIX–XX вв. на первый план выходит проблема правовой рационализации и модернизации общества, осуществляемой государством в условиях быстрых социальных изменений. В этой перспективе отчетливо прослеживается значение политической философии германского и русского либерализма, давших обоснование возможности выхода из социального конфликта путем не революции, а радикальных социально-экономических и политических реформ, целенаправленно осуществляемых государством. В этой связи следует подчеркнуть значение немецкой философии права – от Гегеля до концепции рациональности М. Вебера (92). Интерпретируя весьма содержательные и дружеские контакты знаменитого германского социолога с представителями русского конституционного движения (например, Б.А. Кистяковским), мы получаем возможность интересных сопоставлений судеб конституционных реформ в странах, где модернизация происходит под сильным влиянием государства. Наблюдения, сделанные Вебером и русскими конституционалистами при анализе русской и германской революций начала XX в., обозначили проблему, оказавшуюся крайне актуальной для последующего мирового политического развития.

Имея в виду данный вариант общественного развития, германские мыслители с большей осторожностью, нежели русские конституционалисты, относились к механическому переносу западных демократических институтов в общество, сохраняющее традиционные нормы авторитарного социального регулирования. Проблема всеобщего избирательного права без введения цензов, соответствующих объективному уровню гражданского сознания, стала, как будет показано далее, предметом весьма острой полемики между германскими и российскими конституционалистами начала XX в. в связи с разработкой стратегии либеральных преобразований. Именно в этом видели они главную опасность превращения реальных конституционных норм в номинальные.

Переломным этапом в интерпретации феномена современной демократии стало появление концепции, впервые связавшей воедино такие вопросы, как переход от традиционного общества к демократии, значение всеобщих выборов для политической мобилизации населения, механизм взаимоотношения масс и политических партий, наконец, процесс бюрократизации самих этих партий, находящий выражение в создании особой политической машины – Кокуса (М.Я. Острогорский). Распад традиционного общества приводит к разрушению старых сословных перегородок, изменению положения групп и индивидов по отношению к власти. Разрушая прежние рамки, модернизационные процессы освобождают индивида, но, освобождая, они его изолируют, приводя к отчуждению, дегуманизации, деперсонификации общества. Демократизация последовательно охватывает духовную, социальную и экономическую жизнь, ее важнейшими проявлениями в политической сфере становится утверждение демократических институтов власти и политических свобод. Широкие массы населения, ранее являвшиеся объектом политики, становятся ее субъектом, получают возможность непосредственно (через систему выборов) влиять на политический процесс и даже принятие политических решений. Механизм манипулирования общественным мнением Острогорский показал на материале политической практики институтов классической демократии, однако особую актуальность эта проблема приобрела не в странах с развитыми демократическими традициями и институтами, а в тех регионах мира, которые не имели их вовсе или развили в недостаточной степени, оказавшись перед необходимостью быстрых социальных изменений. Не случайно большой вклад в рассмотрение проблем конституционализма данного типа внесли ученые тех стран – России, Германии, Италии, Испании, которые в новейшее время развивались по пути ускоренного догоняющего развития, модернизации (Г. Моска, В. Парето, Р. Михельс, М.Я. Острогорский, Х. Ортега-и-Гассет, Х. Арендт) (93). Однако, рассмотрение теоретических дискуссий представляет только один аспект исследования проблем гражданского общества, борьбы демократии и авторитаризма в новое и новейшее время.

Традиционный либерализм должен был пойти на следующие изменения: с одной стороны, он должен считаться с растущей экономической и политической мощью государства и необходимостью его вмешательства в социальную сферу; с другой – он все более становился (под влиянием конкуренции с другими партиями) социал-либерализмом. Его представители в Англии – Т. Грин, в Германии – Л. Брентано и Ф. Науманн, а отчасти М. Вебер и Г. Пройс. В

условиях конституционного кризиса они усматривали выход из него в реализации национального соглашения, гарантом которого должны быть не парламент и политические партии, но плебисцитарный президент, фактически – эрзацкайзер, стоящий над парламентом и партиями. Эта концепция плебисцитарной демократии не реализовалась в Веймарской Германии. Однако позднее она стала основой действий де Голля в период создания Пятой республики во Франции (94).

Следует подчеркнуть вклад либерализма в создание плюралистической системы. В XX в. модель демократического устройства общества вступила в конфликт с моделью тоталитарного устройства. Тоталитарные идеологии отвергали либерализм как идеологическую доктрину, переставшую соответствовать новой социальной реальности. В то же время они отвергали практические достижения либеральной эпохи – гражданское общество, правовое государство, права личности. В этих условиях основная задача либеральной идеологии состояла в объяснении тоталитаризма как принципиально нового социального феномена, с одной стороны, и разработке такой теории демократии, которая способствовала бы ее сохранению и развитию в новых условиях, с другой. В данном контексте достаточно обозначить лишь основные вехи этой интеллектуальной работы. Прежде всего, следует указать на сознательную установку либерализма на выяснение реальной картины мира. В отличие от других, прежде всего тоталитарных, идеологических течений, либерализм имеет ту особенность, что он в наименьшей степени подвержен идеологической пристрастности. Это проявляется наиболее четко в социологической теории М. Вебера, для которой характерно стремление к разделению факта и оценки, конструированию научных гипотез и моделей, основанных на анализе эмпирического материала, наконец, поиску конструктивных выходов из социальных конфликтов. Исходя из этого он предложил решение проблем рационализации, бюрократии и харизматического лидерства. Другим проявлением той же тенденции может быть признано «чистое» учение о праве Г. Кельзена, ставившего своей задачей очистить юриспруденцию от идеологических оценок и метафизических теорий, ставших прибежищем упрощенных идеологических схем. Вклад этого учения в философию права, несмотря на всю его последующую критику, оказался очень значительным, поскольку Кельзен четко сформулировал проблему подмены права идеологией. Это было учение о демократии с позиций отказа от ценностного абсолюта. В конечном счете, он полагал, что стремление к достижению абсолютной истины и ценностей есть водораздел между демократией и авторитаризмом (95). Наконец, в данном контексте следует указать на научный анализ собственно проблемы идеологии и утопии, проведенный К. Маннгеймом (96). Уже эти направления мысли создали фундамент для критической оценки тоталитарных режимов и их идеологий. Решающий вклад в теорию тоталитаризма был сделан Х. Арендт. Предложенная ею концепция подвергалась в дальнейшем критике. Однако важнейшие ее элементы – характер движения, уничтожающего государственные структуры, партия нового типа, луковичная структура организации, роль тайных организаций – принадлежат и сейчас к важнейшим достижениям в изучении данного феномена (97). Критика концепции тоталитаризма в Германии имела целью избежать тотального отождествления нацистского и сталинского режимов. Но хотя их идеологии были различны, в концепции тоталитаризма речь идет не о них, а в принципе – о характере функционирования идеологии в обществе и здесь возможно отыскать сходство. Если признать способность тоталитаризма к изменениям, то можно придать этому понятию расширительный смысл (98). Подчеркнем, что данная концепция тоталитаризма вытекает, безусловно, из его критической оценки с позиций либерализма. Принципиальное значение для него имеет то обстоятельство, что все тоталитарные режимы и их идеологии ведут к поглощению личности обществом и государством, подавлению индивидуальной свободы.

Конфликт демократии и авторитаризма в XX в. привел к появлению новых интерпретаций самой демократии и причин ее кризиса. В этом контексте следует интерпретировать изменение идеологии классического либерализма, появление неолиберализма. Для либеральной идеологии в целом важное значение имел переход от традиционных концепций демократии как социальной гармонии (Дж. Брайс, А. Дайси) (99) к рассмотрению ее в конфликтной динамике – как взаимодействия социальных сил, политических институтов, партий, элитных групп. Отправной точкой этих размышлений следует признать концепцию массового общества –

«восстания масс» по определению Х. Ортеги-и-Гассета (100). Дело в том, что сама констатация «заката Европы» (О. Шпенглер), перехода власти к массам, наступления «нового средневековья» (Н. Бердяев) ставила под вопрос возможность реализации либерализма как идеологии (напомним, что одним из ее признаков является для нас наличие широкой социальной поддержки). Выход из этого тупика был найден в рассмотрении либеральной демократии как процесса. Иначе говоря, либеральный идеал общественного устройства не отвергался как практически не реализуемый, но признавался таковым в будущем. Эта динамическая концепция демократии или демократии как процесса всегда приобретала значение в странах, где демократия не могла получить непосредственной реализации. Она присутствовала в русской либеральной мысли после 1917 г. (особенно в сочинениях эмигрантов). Но была характерна и для Германии. Например, в период конца Веймарской республики она была выдвинута Р. Смендом. Его основная формула – «единство через интеграцию». Государство не есть стабильное и неизменное образование, но процесс постоянного обновления. Оно возникает из плебисцита и поддерживается за счет его ежедневного воспроизводства. Конституция есть не что иное, как законодательная регламентация отдельных сторон этого процесса. Однако сам процесс перманентного плебисцита во имя демократии обретает единство за счет скрепления многочисленными частными проявлениями и достижениями. Эти скрепы Сменд называл типами интеграции (integrationstypen), выделяя три их разновидности: персональная, функциональная и предметная интеграция. Действительность государство обретает только тогда, когда последовательно находится в процессе интеграции (101). Наряду с динамической моделью демократии возникают ее структурные модели. Их смысл состоит в том, чтобы раскрыть сложный механизм современного общества путем выявления его наиболее значимых компонентов, определить порядок их взаимодействия в рамках единой демократической системы и понять, какие из этих компонентов могут давать сбои. В этом ряду выступает «реалистическая» теория демократии, стремящаяся обосновать ее с позиций конкуренции и модели рыночной экономики (Дж.А. Шумпетер) (102). В поисках выхода из экономических противоречий современного общества возникла теория, обосновавшая соединение таких параметров, которые традиционному либерализму казались несоединимыми – рынка с государственным регулированием (Дж.М. Кейнс) (103). На этой основе удалось найти конструктивный выход из таких серьезных кризисов, как «великая депрессия» в США, использовать государство для преодоления экономических трудностей (Л. Эрхард) (104). В дальнейшем либеральная парадигма проявила себя наиболее отчетливо в теории «рационального выбора», фактически возрождающей в новых терминах теорию общественного договора (Дж. Бьюкенен) (105). Кризис демократии и парламентаризма в XX в. заставил пристально присмотреться к таким явлениям, как политические партии и тенденция к олигархическому лидерству (Р. Михельс, М. Острогорский и М. Дюверже, Г. Лейбхольц) (106). В послевоенной Европе институты парламентской демократии претерпели существенное реформирование под воздействием либеральной критики недостатков режима ассамблеи и всевластия партий предшествующего времени. Проблематика «рационализированного парламентаризма», обоснование и конституционное закрепление «конструктивного вотума», введение независимого конституционного правосудия стали наиболее важными элементами этой системы. Теория демократии как демократического плюрализма и «полиархии» (Р.А. Даль) позволила дать такую ее модель, которая связывала традиционное представление о демократии как господстве народа с решением проблем представительного правления в сложном современном обществе с его технологическими возможностями и ролью элитных групп (107). Таким образом, именно либеральная мысль в наибольшей степени способствовала созданию современной теории и практики демократии, а также ее антитезы – авторитаризма. Фундаментальный конфликт между двумя системами, способный превратиться в мировую войну с применением ядерного оружия, либеральная мысль предполагала разрешить эволюционным путем. Так, Р. Арон, выступавший теоретиком и последовательным критиком тоталитарных режимов, который четко противопоставлял конституционно– плюралистические режимы Запада и однопартийные диктатуры Востока, полагал, тем не менее, что будущее Европы принадлежит конвергенции двух систем (108). Эту мысль разделял в то же время крупнейший представитель российского либерализма – А.Д.

Сахаров (109). Таким образом, неолиберальная модель общества, как и предшествующие теории XIX в., выдвигает на первый план общественный договор (а не разрыв), поиск консенсуса (а не гражданскую войну), культуру компромиссов (а не грубое насилие).

Крушение тоталитарных и авторитарных режимов во второй половине XX в. сделали актуальной теорию демократии и плюралистических политических режимов. В этой перспективе следует отметить, прежде всего, возрождение философии естественного права, вновь ставшей основой конституционализма. Этот подход отвергает позитивистский взгляд, полагая, что он граничит с цинизмом в политике.

Необходимость возрождения естественного права в послевоенном мире была связана с поиском утраченной идейной основы современного общества, концепции прав человека и разграничения таких понятий, как легитимный режим и хороший режим. Естественное право, согласно этой позиции, обеспечивает государственному строю опору на вечные и общечеловеческие ценности (закрепленные в международно-правовых актах по правам человека), в то время как политическая легитимность зависит от обстоятельств и может быть утеряна. Необходимость возродить естественное публичное право связывалась с тем, что оно дает универсальное ценностное решение политической проблемы (ПО). Пример влияния этих идей в области международного права – создание международных организаций пацифистского характера, ставивших своей целью предотвратить новые войны, а после Второй мировой войны – процесс, охватывавший события от принятия Атлантической хартии (14 августа 1941 г.) до создания ООН. В дальнейшем это постепенный процесс укрепления европейского единства, приведший в настоящее время к объединению Европы. Параллельно с этим в XX в. шел процесс критики империализма и колониализма, либеральные противники которых (как Дж.А. Гобсон, Дж.А. Шумпетер) переосмыслили подход к этой проблеме ряда представителей классического либерализма, стоявших на имперских и националистических позициях (что было важно в ходе послевоенных дебатов о судьбах колоний и колониализма). В англосаксонской правовой литературе периода Холодной войны был сделан особый упор на права человека и их судебные гарантии (Дж. Роулз (111), Р. Дворкин (112)). Либеральная концепция прав получила не только правовой, но и идеологический статус и была противопоставлена марксистской классовой теории права. Эти идеи, высказывавшиеся в период послевоенного восстановления стран Западной Европы, пришли в Восточную Европу в период кризиса коммунистических режимов, получив название «нового мышления» и «общечеловеческих ценностей», признанных «всеми цивилизованными странами».

Современный либерализм (Арендт, Кельзен, Шумпетер, Дарендорф) сформулировал многие положения в ходе критики социалистических и неомарксистских доктрин (113). Там, где они усматривают неразрешимый социальный конфликт, либерализм видит возможность реформ. В мире действуют не слепые и непознаваемые силы, а вполне предсказуемые. Их познание позволяет сознательно изменять социальную ситуацию. Так появилась новая дисциплина – конфликтология, стремящаяся управлять конфликтами в государстве всеобщего благоденствия. Прогнозирование конфликтов и их снятие становится возможным в результате увеличения роли государства. Современное государство, вопреки его неомарксистским критикам, – не только бюрократия, но прежде всего единая система рациональных правил и правовых норм. В принципе, соответствуя постулатам либеральной идеологии, эта система может быть более или менее гибкой в зависимости от конкретной ситуации. Она должна включать в себя элементы социального регулирования, направленные на поддержание стабильности в обществе. Отсюда поиск новых схем в рамках социального либерализма и «третьего пути» (А. Гидденс) (114). Примерами реализации данного подхода служат стратегии перехода от авторитаризма к демократии в странах Южной Европы, Восточной Европы, Азии и Латинской Америке. Хотя этот переход идет с разной степенью успеха, он имеет один вектор и сходные ориентиры – построение плюралистической демократии западного типа.

Вклад либеральной идеологической модели в конструирование современного общества – очень велик и определяется не только теоретической, но и практической ее реализацией. В теории либерализм означал обоснование отказа от всех исторически имевших место типов закрытого общества, жесткой иерархии и подавления индивидуальных свобод. В этом сходен классический либерализм эпохи Французской революции и либерализм эпохи крушения

тоталитарных государств в конце XX в. Позитивная модель либерализма – обоснование открытого общества с высокой степенью правовой защиты личности и собственности, социальной мобильностью, обменом информации и научными знаниями. В отличие от консерватизма, либеральная идеология опирается на вполне рациональную концепцию объяснения мира и выстраивает на ее основе прогностическую модель его развития. Идеал либерализма обращен не в прошлое, но в будущее. Либерализм в современном обществе – сторонник идей модернизации и европеизации (в традиционных обществах). Он, однако, останавливается там, где возникает угроза принесения права в жертву социальному прогрессу. Поэтому в условиях политических и конституционных кризисов либерализм (особенно умеренный либерализм позднего периода) объединяется с консерватизмом (феномен либерально-консервативного синтеза) для противостояния социализму и коммунизму (115). Либеральная концепция демократии – важнейший теоретический вклад в конструирование современного общества. Она противостоит тоталитарным и коллективистским трактовкам демократии как механической совокупности мнений большинства – метафизической воли народа, выдвигая идеал свободы личности. Именно эта идея лежит в основе современной плюралистической демократии, конституционализма и доктрины прав человека. В целом – это идеология, наиболее перспективная для всякой мыслящей и творческой личности.

4. Социализм, коммунизм и анархизм: разрушение права во имя равенства

Третьей крупнейшей идеологией, формировавшейся под влиянием революции, стал социализм (и коммунизм). Данная идеология является, несомненно, самой утопической из всех, поскольку выдвигаемый ею идеал общественного устройства никогда не получал адекватной реализации. Если другие основные идеологии (как либерализм, консерватизм, национализм) могут ссылаться на реальные политические системы, воплотившие их теоретические модели, то коммунистическая идеология вынуждена работать с чисто умозрительными конструкциями. Поэтому для ее интерпретации особенно важно определение ключевых понятий, разделение научных гипотез и идеологических постулатов движения, различных модификаций данной идеологии в истории, а также ее социальных функций, которые могут быть диаметрально противоположными. Она может служить для революционного ниспровержения государства или, напротив, для легитимации существующего политического режима. Прежде всего, всегда существовала значительная неопределенность в выяснении соотношения таких понятий, как коммунизм и социализм, которые не получили строгого научного определения, а потому рассматривались как тождественные, различные и даже противопоставлялись. Проблема заключается в том, что в момент их создания данные понятия выражали несуществующую социальную реальность, а потому последующие попытки их реализации на практике всегда приводили к теоретическим затруднениям. Основоположники «научного коммунизма» сознательно избегали четких определений коммунизма и не имели представления о стратегии его построения. Маркс ограничился чрезвычайно общими декларациями в «Критике Готской программы» и отвергал стремления адептов разработать конкретный проект коммунистического общества, считая это уделом утопистов (116). Ленин, начиная революцию, признавал в 1918 г.: «Дать характеристику социализма мы не можем; каков социализм будет, когда достигнет готовых форм, – мы этого не знаем, это сказать не можем» (117). Таким образом, идеологи коммунизма предусмотрительно избегали определений, предоставляя судить о коммунизме и социализме счастливым грядущим поколениям.

Коммунизм в принципе – это теория или система социальной организации, основанная на общем владении собственностью (от лат. communis – общий). Однако всегда оставалось неясным, кто и каким образом будет управлять этой собственностью в условиях проектируемого отмирания государства и бюрократии. Социализм – теория или метод социальной организации и управления, где граждане совместно владеют средствами производства и распределения, а власть административного контроля воплощена в государстве. К. Маркс и Ф. Энгельс предложили синтез этих двух понятий в виде учения о двух фазах построения коммунизма. В этой концепции коммунизм выступает как завершение социализма, а последний – как завершение переходного периода диктатуры. Оба понятия (коммунизм и

социализм) используются в современной литературе для обозначения экономической теории или социальной системы, отличительной особенностью которой является контроль государства (и бюрократии) над средствами производства, распределением и потреблением продукции. Данной системой являлся так называемый «реальный социализм» – результат практической реализации марксистской идеологии, впервые имевший место в Советском Союзе. Ход и результаты этого эксперимента также не способствовали конкретизации идеологических символов веры коммунизма (118).

В современной литературе показано, что социализм (и коммунизм) как идеология нового времени получил свой начальный импульс из традиционалистски мотивированного социального протеста против революционизирования аграрных отношений. Решающую роль сыграли огораживания – приватизация земель, ранее находившихся в общинной собственности, сопровождавшаяся сгоном населения с земли и созданием огромной резервной армии труда для промышленности. В этом социальном процессе коренился источник социального конфликта и питательная среда различных коммунистических утопий. Большинство их едино в требовании отмены приватизации земли, создания латифундий и выражает идею естественного права всех людей на землю. Этим объясняется тот факт, что коммунистическая доктрина имплицитно вобрала в себя идеи естественного изобилия, веры в золотой век, якобы предшествовавший цивилизации, коллективной собственности и уравнительного распределения, присущие традиционалистскому крестьянскому сознанию всех стран. Коммунизм многое взял из утопии Т. Мора и из философии Руссо – веру в гармонию естественного состояния, негативное отношение к частной собственности и гражданскому обществу нового времени, представление о том, что спонтанное революционное разрушение этого общества будет вполне достаточным для восстановления в новых исторических условиях утраченной социальной гармонии. Поэтому в триаде лозунгов французской революции коммунизм подчеркивает именно равенство, во имя которого можно пожертвовать индивидуальной свободой. Причем это равенство интерпретируется коммунизмом как фактическое, а не формальное равенство перед законом, как его понимали либералы. Отсюда критика коммунизмом «формально-правового» понимания равенства в противоположность фактическому, реальному и материальному.

Три главных мотива марксизма – романтизм, с его критикой капитализма; прометеевско-фаустовский настрой; просветительский, детерминистский, рационалистический мотив (представление о законах развития общества) – делали его эмоциональное воздействие чрезвычайно убедительным, что важно для превращения всякой теории в идеологию. Основные понятия марксизма – коммунизм, классовая борьба, пролетариат – носят метафизический характер и доступны совершенно различным интерпретациям.

Марксизм соединял в себе научную теорию и идеологию: собственно говоря, это была первая идеология, претендовавшая на радикальное преобразование мира на основе научной теории. Марксизм подчеркивал свой «научный» характер и противопоставлял научную идеологию всем предшествующим, которые объявлялись ненаучными.

Как научная теория марксизм действительно выявил ряд важных тенденций и факторов современного ему общества – взаимосвязь между технологическими сдвигами и культурой, концентрация и централизация средств производства в руках частных собственников, объективный характер индустриализации, подъем крупного бизнеса, обострение социальных конфликтов. В этом смысле научная концепция Маркса может быть сопоставлена с рядом других крупных эволюционистских систем XIX в. – позитивизмом О. Конта и социологией Г. Спенсера (119). Однако параллели марксизма с позитивизмом выявляют и их принципиальные различия: позитивистская идеология не имела четкого социального адресата или имела ограниченный адресат (технократов). Это особенно определенно выявилось в ходе российских споров о природе новой науки – социологии, которая отвергалась именно потому, что стремилась быть ценностно нейтральной (конфликт В.И. Ленина и П.А. Сорокина) (120).

Тот факт, что марксистская концепция общественного переустройства оказывается между наукой и идеологией, обусловил как ее сильные, так и слабые черты. С одной стороны, марксизм оперирует вполне рациональной научной терминологией, с другой – пользуется метафизическими конструкциями и выводами, трудно поддающимися эмпирической проверке. Марксизм – не политическая философия в традиционном аристотелевском смысле. Это не

размышления о принципах и институтах некоторого хорошего политического порядка, но критическая теория общества для осуществления революционных действий с целью упразднить саму политику. Суть марксизма – рассмотрение политики в рамках всеохватывающей теории общества, основанной на экономике. Политика рассматривается в перспективе социального конфликта, организации власти, борьбы за власть или в таких понятиях, как класс, государство и революция. Самостоятельная и сильная государственная власть – абсолютизм, бонапартизм и фашизм – рассматривается как результат межклассового лавирования (121). Либеральные критики марксизма, прежде всего Б. Кроче, М. Вебер, Й. Шумпетер, показали неадекватность его концепции социальных классов и классовых конфликтов современным социологическим представлениям. В то же время Шумпетер признавал Маркса «основателем политической науки нового времени» (122). Сходная критика марксизма дана Х. Лрендт, подчеркивавшей внутреннее противоречие в нем между наукой и утопией. Поэтому, полагала она, марксизм не может ответить на простые вопросы: что, например, будет с функцией индивидуального труда после достижения «царства свободы»; или с государственной функцией насилия после упразднения государства; наконец, если истинная философия марксизма будет в конце концов реализована, то как будет развиваться мысль? Эти вопросы становятся возможными именно потому, что для Маркса, как и других идеологов, было характерно стремление осмыслить новые феномены в понятиях старой мыслительной традиции (123). Наконец, современная социология, признавая Маркса (наряду с М. Вебером и Э. Дюркгеймом) одним из основоположников теории социальной стратификации, в то же время указывает на факторы, препятствующие реализации его прогнозов в современном обществе. Ее представители, обосновывая либеральный идеал государства всеобщего благоденствия (Р. Дарендорф) или особый третий путь (А. Гидденс) по существу развивают те направления ревизии марксизма, которые проявились в западной социал-демократии еще на рубеже XIX–XX вв. Марксизм, с точки зрения современной социологической теории, выступает как одна из теорий социальной стратификации и социального конфликта на макроуровне (С.М. Липсет) (124).

Как мобилизационная идеология революционного движения марксизм оказался, по признанию всех его исследователей, гораздо более эффективным. «Итак, Маркс, – писал И. Берлин, – фактически создал новую, экуменическую организацию, некую антицерковь, с полным концептуальным аппаратом, способным, по крайней мере – в теории, дать ответы на все возникающие вопросы – общие и частные, исторические и натуралистические, моральные и эстетические». Это была Библия нового движения. Данная идеология носит чисто рационалистический характер: она опирается на констатацию объективных законов истории, действие которых неизбежно ведет к революционному кризису современного общества и уничтожению привилегированных классов. В этом смысле она прекрасно соответствует идеальной модели идеологии: отвергается единство человечества, констатируется разделение общества на непримиримые классы, предрекается, что целые классы будут уничтожены во имя торжества справедливости, вводится неокальвинистское разделение людей на тех, которые могут спастись, и тех, которые неизбежно погибнут. «Идея научно обоснованного разделения людей на добрых, которые смогут спастись, и дурных, которые спастись заведомо не смогут, стала поворотным пунктом истории» (125). К числу важнейших характеристик марксизма как идеологии относятся тезис о тождестве мысли и действия; теория классовой борьбы, раскалывающей общество; специфическое соединение научного и романтического взглядов на мир; апокалиптическое видение будущего; идея страдания, борьбы и спасения избранных; четкая и простая теория социального действия.

Раскол в марксизме на правых и левых – социал– демократов и коммунистов – стал следствием социального кризиса рубежа XIX–XX вв. Как идеология социальных преобразований, ставшая доминирующим фактором в организованном рабочем движении уже в конце XIX в., марксизм (теория исторического материализма) получил собственную внутреннюю логику развития, связанную с выбором стратегии изменения общества. Процесс демократизации общества и рост влияния социалистического движения породили ожесточенную дискуссию сторонников постепенного и немедленного преобразования общества. В центре данной дискуссии была проблема соотношения реформы и революции. Окончательным завершением этих споров и их внешним выражением стал раскол

социалистического движения на социал-демократов и коммунистов в условиях Первой мировой войны и русской революции. В дальнейшем одно из течений – социализма (или социал-реформизма) претерпевает различные идеологические модификации: сближается с либерализмом, пересматривая проблему соотношения решения социальных и политических вопросов (отказ от лозунга диктатуры пролетариата в некоторых ревизионистских течениях); с консерватизмом (например, в лассальянстве с его идеей сотрудничества рабочего движения и государства или христианском социализме, заявившем о себе как значительной силе в условиях послевоенной Европы и на современном этапе); с национализмом (когда социализм ограничен по линии пролетарского интернационализма). Этот последний феномен оказался особенно важен в период Первой мировой войны, когда встал вопрос о соотношении национальных и классовых ценностей.

Все эти дискуссии внутри социалистической части идеологического спектра современного общества имеют свои истоки в дебатах эпохи Второго Интернационала (1889–1914), которая определяется иногда как «золотой век марксизма». Можно говорить об общей специфике интерпретации марксизма эпохи Второго Интернационала, которая соединяла философию, критику политической экономии и политические концепции в единое учение. Важнейшими представителями данного этапа популяризации и распространения марксизма были К. Каутский, Ф. Меринг, Г.В. Плеханов и А. Лабриола. Однако уже в этот период, и особенно к его завершению, в марксизме появились различные течения: ортодоксальный марксистский центр представлен К. Каутским, ревизионизм – Э. Бернштейном, а левые радикалы – Р. Люксембург. В противоположность ортодоксальной и леворадикальной интерпретации марксизма как двум крайностям социал-реформизм выдвинул стратегию постепенных реформ существующего общества в целях избежания социальной революции. Данное направление, представленное прежде всего Э. Бернштейном и другими представителями «ревизионизма», создало теоретическую основу современной социал-демократии. Теоретическое обоснование этой концепции включало критику гегелевских оснований марксизма, его учения о прибавочной стоимости и социологических выводов. Особое направление критики (Давид и Фольмар) поставило под сомнение принципы политической экономии марксизма применительно к сфере аграрных реформ. Теоретики реформизма показали, что общество после Маркса развивалось в направлении не упрощения, а усложнения социальной структуры, появления широкого среднего класса, ставшего основой демократических институтов, перехода от абсолютизма к парламентским формам правления. Наряду с этим следует упомянуть так называемый австромарксизм – течение, выступавшее за пересмотр основных категорий марксизма с позиций неокантианской философии познания. На основе неокантианской теории познания австромарксизм (М. Адлер, О. Бауэр, Р. Гильфердинг, К. Реннер, Ф. Адлер) выступил за переосмысление социологических законов марксизма. Это течение внесло определенный вклад в разработку теории общественного познания (М. Адлер), национального вопроса (К. Реннер, О. Бауэр) и теории стоимости (Э. Бем-Баверк). Существенным элементом критики ортодоксального марксизма стали моральные представления о социализме, исключающие диктатуру и подавление личности, свойственные, например, Ж. Жоресу (126). В них можно увидеть прообраз последующих идей «социализма с человеческим лицом». Напротив, особое деструктивное практическое значение имели выводы по национальному вопросу О. Бауэра – определение нации как культурного единства, возникающего на основе общности судеб (способствовавшие распаду многонациональных империй) (127) и концепция финансового капитала Р. Гильфердинга, радикальная интерпретация которой была положена Лениным в основу теории империализма и вывода о создании предпосылок социалистической революции (128). Марксизм как идеология достиг наибольшего международного распространения в эпоху Первой мировой войны, русской революции и раскола внутри социалистического движения, приведшего к образованию Третьего интернационала (1918) (129). Центральной проблемой при этом оказался вопрос об отношении к большевистской стратегии революции и так называемой «диктатуре пролетариата».

Концепция революционной диктатуры – один из наиболее спорных вопросов марксистской политической мысли. В сочинениях Маркса и Энгельса теория государственной

власти вообще и диктатуры в частности представлена крайне фрагментарно. Маркс, как полагают современные исследователи его взглядов (Л. Колаковский), разрабатывая этот вопрос после революции 1848 г., отнюдь не ставил под сомнение демократическое государственное устройство, но рассматривал его как необходимый компонент народного правления. Даже использовав дважды понятие «диктатуры пролетариата» (впрочем, без конкретных пояснений) в «Критике Готской программы», он понимал его в смысле утверждения классового характера власти, но отнюдь не в смысле реальной формы политического правления. Интерпретацию «диктатуры пролетариата» именно в последнем смысле (как формы правления, основанной на неограниченной, диктаторской, власти революционного государства и партийного авангарда) дал В.И. Ленин в ходе русской революции, причем вывел из нее целую теорию необходимости ликвидации демократических институтов в переходный период. Поэтому исторически реализовавшийся социализм или деспотический социализм должен рассматриваться не столько как воплощение пророчеств Маркса, сколько как результат их практической интерпретации ленинизмом и сталинизмом. Официальная советская идеология использовала неопределенность понятия диктатуры пролетариата, наполняя его различным политическим содержанием в периоды усиления репрессий или ограниченной либерализации режима. В первом случае акцент делался на функции подавления классового врага, во втором – на «отмирании» этой функции диктатуры и ее «перерастании» в «общенародное государство» по мере расширения так называемой «социалистической демократии» (130). До настоящего времени сторонники социалистических воззрений спорят о том, в какой степени ленинская интерпретация классовой борьбы и диктатуры вытекает из марксизма и в какой, напротив, выражает внутреннюю логику развития всякого радикального революционного кризиса. Сторонники либеральной интерпретации марксизма, стремящиеся спасти это учение в условиях кризиса реального социализма, подчеркивают, что учение не виновато в том практическом применении, которое ему было дано большевиками и что из него могут быть выведены другие модели социализма (обычно не уточняют какие именно).

Эти современные дискуссии заставляют вспомнить аргументацию противников ленинской интерпретации диктатуры в международном социалистическом движении – Г.В. Плеханова, К. Каутского и Р. Люксембург. Первый из них выступил с развернутой критикой реализации коммунистического эксперимента в России, подчеркнув объективную неготовность страны к этому и обвинив большевиков в стремлении к узурпации власти и установлению бонапартистского режима (131). Русские теоретики марксизма (Плеханов, Аксельрод и др.) ранее допускали решающую роль пролетариата в буржуазной революции, однако, подчеркивали, что она объективно может завершиться лишь созданием общества буржуазного типа. Попытки создания в неподготовленной стране социалистического общества с помощью террора и подавления могут привести лишь к установлению полицейского режима, т. е. не пролетарской, а вполне обычной диктатуры. Тем самым в центре их критики оказывались теории «перерастания» или «перманентной революции», но прежде всего ленинская концепция диктатуры.

В ходе русской революции марксистской концепции диктатуры была противопоставлена ленинская, понимавшая ее как буквальное осуществление диктатуры победившей партией. Это был путь к тоталитарному режиму (132). Данная тенденция вызвала раскол в социалистическом движении, критику ленинизма как правыми, так и левыми социалистами. Эта критика важна тем, что в ней пророчески указывались объективные результаты коммунистической революции, а также намечены некоторые направления последующей критики реального социализма. Социалистические критики Ленина упрекали его за стремление поставить партию над рабочим классом и бланкизм. Все они (Плеханов, Каутский, Люксембург и Мартов) исходили при этом из пригодности европейской модели революции для России. Поэтому все, что делали большевики, рассматривалось как отступление от этой модели. В результате в западной социал-демократии стал возможен спор о том, является ли ленинизм органичным продолжением марксизма или представляет особое явление (ревизионизм). Ретроспективная оценка ленинизма позволяет констатировать, что его сила заключалась не столько в новых теоретических обобщениях, сколько в создании особого механизма власти и лидерства – революционной элиты, имеющей инстинкт и волю к власти. Вопрос об отношении теории

марксизма и ее последующей трактовки ленинизмом показывает как преемственность, так и ее разрыв, связанный с модификацией ряда ортодоксальных формул в новых условиях. Ленин, по мнению Колаковского, не только был марксистом, но и развивал марксизм практически и во многих отношениях даже последовательнее, чем другие, убедительно показав преемственность ленинизма по отношению к марксизму. Однако проблема имеет и другую сторону: мог ли общественный идеал бесклассового общества, созданный в рамках марксистской утопии, вообще реализоваться в какой-либо иной форме кроме ленинизма? Действительно, революции, вдохновленные социалистическими принципами, имели успех только в отсталых странах, в соединении с национализмом. Ленин отошел от классического марксизма. События 1917 г. в России произошли не столько в рамках, сколько вопреки классическому марксизму (о чем писали Г. Плеханов, К. Каутский и Р. Люксембург). Это была модель революционной теории 1848– 1850 гг., которая реализовалась не в развитых странах, а в отсталых, содержа в себе полубланкистскую революционную тактику, от которой сам Маркс позднее отказался в пользу более умеренного варианта перехода. Это учение очень близко логике перманентной революции: в экономически отсталых обществах, стоящих на доиндустриальной стадии развития, революционеры должны начать с сотрудничества с буржуазией, чтобы устранить экономическую отсталость и полуфеодализм; способствовать рождению буржуазной демократической республики, которая приведет к легализации политических партий, а затем – осуществить свержение буржуазного правительства. Эта доктрина была реализована в России, Китае и на Балканах, в развивающихся странах.

Решение проблемы ленинизма как особой теории революционной модернизации традиционных обществ делает возможным сопоставление данной модификации марксизма с другими авторитарными идеологическими течениями, в частности, с фашизмом. Их объединяют не столько идеологические постулаты, сколько технология переворотов и обеспечения массовой социальной поддержки. Деятель международной социал-демократии Анжелика Балабанова была лично знакома как с Лениным, так и с Муссолини. Она оставила чрезвычайно ценные мемуары, доминирующей идеей которых стало сопоставление двух тоталитарных вождей, их воззрений на стратегию и тактику завоевания государства. Этот анализ стал возможен благодаря уникальной социологической подготовке, которую Балабанова получила в Свободном университете в Брюсселе, где она слушала лекции Г. Плеханова, М. Ковалевского, Э. Вандервельде, Элизе Реклю, а затем – политической практике, позволившей ей усвоить точку зрения других радикальных оппонентов большевизма, как, например, Роза Люксембург. Это дало возможность анализа сходных тенденций в развитии таких двух внешне противоположных течений, как ранний итальянский фашизм и русский большевизм. Установление тоталитарных режимов в Италии и России рассматривалось ею как проявление кризиса социал– демократического движения, а потому наибольшее внимание она обращает именно на вопросы стратегии и тактики борьбы за власть, видя в них основную причину торжества правого и левого экстремизма. Не отождествляя эти два типа политической идеологии, она тем не менее вскрыла ряд существенных общих для них тенденций.

Проводя параллели между итальянским фашизмом и русским большевизмом, Балабанова анализирует последний по сходным параметрам, указывая прежде всею на качественную новизну ленинской концепции революционного переворота. Балабанова, внимательно наблюдавшая деятельность Ленина во время Циммервальдской конференции и затем в советской России, подчеркивает его внимание к проблемам тактики, которое казалось ей «чрезвычайно прямолинейным». Она размышляла о том, проистекает ли оно из свойственного ему одномерного понимания мира или сознательного стремления к концентрации на отдельных проблемах. При этом она признает, что именно эта способность к концентрации и настойчивость, поставленные на службу одной цели, составляли секрет его успеха. Это свидетельство подтверждается и другими, например, Троцким в его воспоминаниях о Ленине.

Оно выражает, несомненно, особое понимание тактики, воспитанное на чтении Клаузевица и выражающееся в стремлении к достижению максимального перевеса в критических ситуациях.

Ленинизм как идеология, несомненно, обладал принципиально новыми чертами по отношению к ортодоксальному марксизму эпохи Второго Интернационала. В.И. Ленин не

выдвинул систематического переосмысления марксистской теоретической схемы, но вместо этого разрабатывал концепцию марксизма как теории пролетарской революции и занимался воплощением этой концепции в эффективной организации для осуществления политической стратегии. Ленинская концепция империализма исходит из идей Гобсона и Гильфердинга, но дает им более радикальную и революционную трактовку, а именно: капитализм вступил в стадию умирания; это создает лучшие условия для его свержения, но одновременно ведет к расколу рабочего движения между реформистской и революционными тенденциями, что требует институциональных усилий для укрепления революционных партий и борьбы с реформизмом. При обсуждении аграрного вопроса, сначала в России, а затем и в колониальных странах (Китае, Индии), Ленина интересовала не разработка теории крестьянства как социального класса в марксистском смысле, но анализ его революционного потенциала в отсталых странах и способы, которыми некоторые его части могут быть привлечены к политическому союзу с рабочим классом или, точнее, с революционной партией этого класса. Однако наиболее существенным вкладом Ленина в марксизм признается концепция партии (133). Она основана на различении рабочего класса, который, по его мнению, спонтанно никогда не достигнет большего, чем «трейд-юнионистское сознание» (т. е. занятие чисто экономическими требованиями), и революционного авангарда полностью классово-сознательных рабочих и интеллектуалов, которые привнесут социалистические идеи в движение рабочего класса извне и обеспечат лидерство всего движения угнетенных (как рабочих, так и крестьян) благодаря своей полной приверженности к революционному марксизму и его организации как централизованной и дисциплинированной политической партии. Следовательно, ленинизм внес существенный самостоятельный вклад и в интерпретацию феномена идеологии (особенно в работе «Что делать?») (134).

Таким образом, ленинизм может рассматриваться как осмысление практического применения теории Маркса для осуществления революции. Тот вклад, который внес Ленин в развитие марксизма, состоял прежде всего в концепции роли партии в осуществлении революции. Другая важная модификация ортодоксального марксизма – воззрение ленинизма на крестьянство как союзника пролетариата для осуществления революции, наконец, третья – выяснение особенностей политической борьбы в условиях новой стадии развития капитализма – империализма. Все это позволяет с вниманием отнестись к неоднократно высказывавшемуся в литературе тезису о ленинизме как синтезе марксизма и народничества.

Ленинизм как доктрина и политическое движение в свою очередь аккумулировал различные другие идеологические ингредиенты. Среди них наибольшее значение имели те идеологические конструкции, которые выражали опыт революционных переворотов и утверждения марксистских режимов у власти в XX в. Если либеральные и христианские доктрины сближались с социализмом, то существовало и крайне левое течение в нем. Оно представлено теориями В.И. Ленина и Л.Д. Троцкого – основателей большевизма и троцкизма, И.В. Сталина, а также такими специфическими версиями коммунизма, как маоизм и титоизм. Теорию перманентной революции, которая может быть признана оригинальным социологическим выводом в рамках марксистской теории, Троцкий разработал под влиянием Парвуса. Согласно этой концепции, буржуазная революция в России не могла стабилизироваться, но должна была развиваться по нарастающей и стать социалистической под неизбежным давлением пролетариата и крестьянства и дать импульс социалистической революции в Центральной и Западной Европе (135). Троцкизм, сталинизм, титоизм и маоизм – это те радикальные левые трактовки марксизма, которые опирались на ленинизм и развивали его. Вклад Троцкого определялся также критическим анализом сталинизма в работах о термидоре, бонапартизме и бюрократизме в советской системе (136). Попытка создания новой системы социологии на основе категорий исторического материализма, предпринятая Н.И. Бухариным, выражала стремление к формализации и повышению научного потенциала ленинизма (137). Наконец, сталинизм в рамках концепции «социализма в одной стране» фактически выдвинул идеологию ускоренной и насильственной модернизации. «Одним словом, – пишет Конаковский, – ленинско-сталинская версия социализма была возможной интерпретацией марксистской концепции, хотя очевидно, что не единственно возможной» (138). Этот исследователь полагает, что реальный социализм ленинско-сталинского образца

сильно исказил учение Маркса тем, что дал ему одностороннюю и жесткую классовую интерпретацию.

Сталинизм представлял собой важную новую модификацию как марксизма, так и ленинизма. Современные споры о социализме как идеологии не могут обойти темы сталинизма. Сталинизм в целом представляет собой достаточно закрытую систему, которая охватывает экономику, методы управления и идеологию; систему, которая в принципе была созвучна со своими целями и с точки зрения этих целей имела не много ошибок. Вопрос о том, до какой степени сталинизм есть продолжение ленинизма и марксизма в целом, длительное время являлся центральным для всех идеологических дискуссий. Многие авторы, которые писали по этой теме (включая Колаковского), придерживались мнения, что советская система, установленная при Сталине, была продолжением ленинизма и государства, политический и идеологический фундамент которого заложил Ленин. Они считают, далее, что то, что именуется «сталинизмом» (в узком смысле – существовавшая до 1953 г. система власти), не было устранено ни в одном важном пункте реформами послесталинского периода. В качестве идеологического противника Сталин фактически «сконструировал» троцкизм. Однако дискуссии о возможности построения социализма в одной стране или перспективах перманентной революции фактически являлись вопросом о выборе стратегии модернизации. В теоретическом отношении сталинизм много позаимствовал у своих идейных оппонентов – Троцкого, Преображенского и Бухарина, осуществляя форсированную индустриализацию за счет крестьянства, но в то же время выступая против идеи перманентной революции. Споры о стратегии модернизации российского общества в 20-е гг. XX в. выявили масштаб возможных позиций. В период нэпа эти дискуссии корректировались по линии соотношения идеологии и реальности.

Хотя крестьянство в это время еще не было огосударствлено, единственной активной силой была государственная бюрократия. Именно она была заинтересована в дальнейшем развитии «реального» социализма в смысле дальнейшего огосударствления общества. Ликвидация нэпа и принудительная коллективизация не были вызваны исторической необходимостью, но отвечали природе системы и соответствовали интересам ее наиболее инициативного элемента. Огосударствление экономики, проведенное с огромными издержками, привело к созданию бюрократической касты, которая стояла не только над обществом, но и в известном смысле над партийной идеологией. Марксистская фразеология, после очистки ее от элементов европеизации, была использована этим слоем для восстановления и укрепления имперской государственности. Советская система вела постоянную войну против собственного общества, но не потому, что из него исходили важные силы сопротивления, а потому, что военное состояние и агрессия были необходимы господствующему слою для удержания своих позиций. Это объясняет постоянный террор, поиск врагов, соединение идеологии с византийской государственной традицией (139).

Природа сталинизма стала объектом споров начиная с его формирования и особенно в период после XX съезда КПСС. Существенный вклад в ее интерпретацию внесли западные левые интеллектуалы, разделявшие первоначально философию марксизма, но отказавшиеся принять ту ее интерпретацию, которая была дана тоталитарным социализмом. Среди них следует назвать Дж. Оруэлла, создавшего знаменитую антиутопию в романе «1984» (140) и А. Кестлера, разоблачившего сталинские политические процессы в романе «Слепящая мгла» (141). Кестлер, выступавший в начале своей литературной и журналистской деятельности как убежденный сторонник Коммунистического Интернационала (особенно в период гражданской войны в Испании), позднее резко критиковал СССР, называя его в интервью различным изданиям («Combat», «Littéraire») «самой реакционной великой державой нашего времени». В этом отношении его политическая эволюция напоминала А. Жида, Дж. Оруэлла и многих других западных радикалов. В серии статей, опубликованных в журнале «Сопротивление» («Resistance») под названием «Изнанка советского могущества», он осуждал «чудовищный прагматизм, определяющий политику Советской России», ведущий к подмене государственного разума принципами элементарной целесообразности. Он называл эту ситуацию «соединением Маркса с Макиавелли». Существо политической и философской мысли Кестлера представлено в его интервью в «Littéraire» (от 2 ноября 1946 г.). Он говорил о

ненависти к сталинской системе, как ранее к гитлеровской и по тем же причинам: «я социалист и ненавижу тиранию». Если ранее, на протяжении двадцати лет, он верил в национализацию как необходимое и достаточное условие социализма, то впоследствии обнаружил, что «национализированная экономика может служить базой тиранической, автократической, тоталитарной, даже фашистской политической структуры». Он определял Советский строй как экономически прогрессивный, но во всех других отношениях крайне реакционный. В культурном и политическом отношении режим пребывает в состоянии регресса к «положению, предшествовавшему взятию Бастилии». Характеризуя тотальное подавление общественной инициативы и всевластие бюрократии в сталинском режиме, он заключал: «Мы находимся между капиталистической Сциллой, тоталитарной и псевдо-социалистической Харибдой» (142). Таким образом, различные мыслители, причем независимо от своей первоначальной политической ориентации – большевистской (Троцкий), социалистической (как Балабанова), коммунистической (Кестлер) – были едины в признании существенного сходства идеологии и, особенно, механизма власти в тоталитарных режимах XX в.

Сталинистский социализм предстает в современной литературе как имперская идеология, содержание и функции которой в обществе соответствуют поставленным задачам легитимации режима. Ее основные постулаты: новое государство соответствует первому этапу мировой революции, оно есть выражение интересов трудящихся и прежде всего рабочих. От этой идеологии система никак не могла отказаться и создала, наряду с силовыми и карательными структурами, специальный идеологический аппарат. Это не означает, что действительная политика советского государства определялась идеологическими основаниями. Идеология, однако, должна была обосновывать эту политику. Идеология была встроена в данную систему и играла в ней совершенно другую роль, нежели в системах, легитимирующие основания которых коренятся в выборах или монархической харизме. Советская система объективно тяготела к тоталитаризму, идеологические отклонения для нее были смертельно опасны, и она, как показал опыт, не поддавалась реформированию. Марксизм– ленинизм и сталинизм как его продолжение выступают как особый тип государственной идеологии. Характерной чертой этой идеологии, которая выражала интересы господствующих слоев тоталитарного государства, была совершенная неподвижность (окостенелость), соединенная с поразительной пластичностью. Эти две особенности, кажущиеся противоречащими друг другу, на практике прекрасно соотносились друг с другом. Идеология была неподвижна, катехизирована, сведена к собранию неизменных формул. Однако содержание этих формул было настолько туманным, что произвольная политика государства при всех своих изменениях оставалась в соответствии с ними. Парадоксальным результатом этого функционирования советского марксизма была его частичная самоликвидация во время Второй мировой войны, когда национально–патриотические мотивы возобладали над идеологией классового братства и интернационализма.

Коммунистический эксперимент (в странах так называемого реального социализма) предложил, как известно, своеобразную трактовку гражданского общества. Данная модель гражданского общества отказалась от его интерпретации как правового равенства и индивидуализма, связанного с частной собственностью и развитой системой политических прав (основанных на идеологии индивидуальных свобод, парламентской демократии и многопартийной системы). Эта модель признавала лишь некоторые аспекты гражданского общества – социальные права и политические обязанности, необходимые в процессе индустриального развития, всеобщей грамотности и принятия элементов мобилизационной идеологической культуры. Таким образом, коммунистическая модернизация предложила свою (чисто политическую) концепцию гражданства, интерпретировавшегося в категориях не столько частного права, сколько публичного права. Слияние частного и публичного права, власти и собственности было неотъемлемой чертой тоталитаризма, а позднее реального социализма. В странах с огосударствленной плановой экономикой, как показывает опыт реализации данной модели на всех континентах, бюрократия является единственной активной общественной силой. Это делало центральным вопрос о социальной природе правящей элиты советского общества и нового класса. Он был поставлен еще в ходе осуществления революции, когда объектом критики становилась преобладающая роль так называемой партийной

интеллигенции. В дальнейшем ключевые этапы дискуссии представлены понятиями бюрократии (Троцкого), индустриальных менеджеров (Дж. Бернхейм) (143), нового класса (М. Джиласа) (144). Критики реального социализма советского образца (особенно в период сталинизма) говорили о возникновении новой общественной формации, которая рядом принципиальных черт напоминает восточные деспотии древности (К. Виттфогель) (145), порождая соответствующий правящий класс, который определялся как аналог азиатской бюрократии, феодальных лордов, капиталистических колонизаторов в отсталых странах. Положение этого класса определялось доселе невиданной в Европе концентрацией экономической, политической и военной власти, а также необходимостью идеологической легитимации его господства. Марксизм оказывался тем харизматическим ореолом, который окутывал этот класс, чтобы обосновать его власть.

В ходе идеологической борьбы XX в., который поэтому получил название «века идеологий», важным направлением дискуссий о марксизме и фашизме стало осмысление их вклада в создание тоталитарных политических режимов. Уже в период становления этих режимов мыслящие современники констатировали, что при всех отличиях эти две идеологии, а тем более созданные на их основе режимы, имеют много сходства, более того их нельзя представить изолированными друг от друга в истории. Большевизм и фашизм были вызваны к жизни войной, следовали друг за другом, стимулировали друг друга, имитировали и боролись друг с другом. Европа до войны уже имела опыт борьбы с социальным террором (например, Парижская Коммуна), но фашизм был беспрецедентным явлением. Взаимное влияние двух идеологий отмечалось наблюдателями: ленинизм (и вообще опыт Октябрьского переворота 1917 г.) стремился имитировать Муссолини. Гитлеризм выступал как синтез фашизма и сталинского коммунизма. Сходство этих режимов со сталинизмом и использование ими тактики большевиков подчеркивал Л.Д. Троцкий. Фашизм и коммунизм представали как две стратегии выхода из одного кризиса. Фашизм родился не только для того, чтобы остановить большевизм, но и для того, чтобы навсегда разбить буржуазный мир. Две идеологии имели разную социальную опору – нацию или класс, но преследовали объективно сходные цели и действовали сходными методами. На это указал К. Малапарте в своем известном исследовании о технике государственных переворотов в межвоенной Европе (146). Фашизм выступал не только как стихийный порыв, но и как доктрина, стратегия, более того – осознанная воля к власти. В этом желании переустроить мир и создать нового человека он сходится с ленинизмом и якобинством. В этом смысле все эти идеологии оказалось целесообразным интерпретировать с помощью идеального типа тоталитаризма (понятие, использовавшееся уже в литературе 20-х гг., в том числе в русской эмигрантской литературе). Собственно говоря, концепция тоталитаризма была четко сформулирована в послевоенный период (особенно в книге Х. Арендт) на основе сопоставления двух типов тоталитаризма – коммунизма и фашизма. Дискуссия об их историческом соотношении, взаимном влиянии, сходных чертах и различиях породила большую литературу в период Холодной войны, которую здесь не место рассматривать (147). Новое содержание эти споры приобрели на исходе XX в., когда выяснилась нежизнеспособность системы реального социализма. Коммунизм (во всяком случае его реальное воплощение) и фашизм – две важнейших утопических идеологии XX в. – были признаны в глобальной исторической перспективе не шагом вперед, а срывом социального развития. Идея исторической необходимости достигла, как казалось, своего наивысшего выражения в столкновении фашизма и коммунизма: Вторая мировая война оказалась арбитром в споре этих идеологий, претендовавших на то, чтобы наследовать буржуазной демократии – сил реакции и прогресса, прошлого и будущего. Однако это представление окончилось с прекращением существования обоих претендентов на всемирное господство. Они оказались лишь краткими эпизодами мировой истории. Будучи порождены демократией, они уступили ей дорогу. В них, как стало ясно в исторической ретроспективе, не было ничего неизбежного, и история XX в., как и предыдущего, могла пойти по-другому. Противники исторического детерминизма (например, К. Поппер) специально подчеркнули этот теоретический вывод: в истории, согласно их воззрению, нет ничего необходимого и достичь свободы можно, преодолев мифы (148). К их числу относятся революционные мифы, которые особенно опасны тем, что не доступны критическому опровержению. Так, миф Французской революции оказал

влияние на происхождение русской революции, которая проходила в другое время и в совершенно иных социальных условиях. Напротив, русская революция на Западе стала восприниматься затем как продолжение Французской и стимулировать тот же миф в других странах мира. Из русской революции западная интеллигенция создала миф, который не соответствовал действительности, но являлся фактором идейной борьбы на Западе. С концом Холодной войны и распадом Советского Союза иллюзия рассеялась: была исключена возможность какого-то будущего совершенного общества и выяснилось, что есть только это, существующее, общество, со всеми его противоречиями. Идеалом является либеральная демократия, поскольку она позволяет понять и преодолеть эти противоречия, не прибегая к утопии (149). Популярный тезис о «конце идеологий» означал лишь то, что с крушением коммунизма как последней тоталитарной идеологии, не существует более препятствия для принятия обществом принципов либерализма как единых общечеловеческих ценностей. Несмотря на свой преувеличенный оптимизм, данный вывод, безусловно, выражал переломный этап в идеологическом развитии Европы и мира и в то же время констатировал ситуацию социальных ожиданий – создания своего рода всемирного гражданского общества, которое не будет в будущем расколото по линии непримиримых идеологий.

Историческая судьба марксизма при всей своей уникальности имеет, как было показано, сходство с другими крупными идеологиями. Став доминирующей идеологией социалистического направления, марксизм оказался не только объектом критики со стороны его противников, но и предметом совершенно различных (даже противоположных) трактовок. Тот факт, что вдохновленные марксизмом революции, вопреки его прогнозу, происходили не в развитых, а отсталых странах, привел к интенсивным поискам новых интерпретаций марксизма. Одно направление этих поисков было связано с так называемой гуманистической интерпретацией марксизма (путем развития концепции отчуждения и пр.), другое, напротив, видело в марксизме скорее технологию осуществления революции и давало ему более прагматическую интерпретацию. В связи с этим предметом острых дискуссий, как было отмечено выше, становились основные работы Маркса, прежде всего вновь найденные «Экономико– философские рукописи» молодого Маркса, такие произведения, как «Предисловие к критике политической экономии», «Немецкая идеология», «Капитал», схоластические споры о которых выражают не столько научный интерес, сколько идеологическую позицию их авторов. В современном мире до последнего времени насчитывались десятки видов марксизма, а самому Марксу приписывают афористичную фразу о том, что он не марксист. Здесь достаточно указать на некоторые основные модификации классического марксизма послевоенного периода (по трем параметрам – теория, массовое движение и система коммуникаций масс и лидеров).

Марксистская философия и концепция коммунистической революции означала качественный этап в создании социалистической и коммунистической идеологий нового и новейшего времени. Внимательное обращение к марксизму (как совокупности трудов и идей Маркса и Энгельса) делает необходимым различать в нем, собственно, две составляющих – теорию, призванную объяснить историю, с одной стороны, и политическую идеологию, с другой. Теория Маркса, которая не может быть признана верной с точки зрения современных научных представлений и современного исторического опыта, опиралась в то же время на вполне рациональный научный анализ и несомненно дала мощный импульс последующему развитию всех наук об обществе. Современная теоретическая социология признает вклад марксизма в создание теории глобального социального конфликта, факторов социального развития, социальной стратификации, рассматривает ее как одну из основополагающих для понимания социального развития. Данная научная теория не имеет прямого отношения к последующей социальной практике, связанной с марксизмом-ленинизмом, который представлял собой уже идеологию в чистом виде (в смысле «ложного сознания»). Эта тенденция была доведена до логического конца в период сталинизма, когда марксизм стал официальной государственной идеологией тоталитарного режима. В этом втором понимании марксизм выполнял уже, в сущности, религиозную функцию, и его воздействие имело религиозный характер. В то же время он представлял собой карикатуру на религию, стремясь представить свой символ веры (коммунизм) как научное достижение. Он выступал,

следовательно, как фальшивая вера, пародия на подлинное религиозное сознание (150). Тот факт, что марксизм представлял в истории мысли феномен, соединявший науку и идеологию, обусловил специфику последующих споров о его содержании, которые напоминают средневековые схоластические дискуссии о символе веры, но при этом используют, подчас, вполне рациональные научные аргументы. Вклад марксизма-ленинизма как идеологии коммунистического движения определяется именно этим квазирелигиозным характером данного учения, которое объясняет все, дает ответы на все вопросы, вводит свою систему святых и мучеников, злодеев и ересиархов, священные тексты, культ и проч. Коммунизм при таком его понимании – самая утопическая из всех современных идеологий. Это открывает возможность самых разнообразных его интерпретаций, а также пониманий его смысла и путей его достижения. Мы видели, что ключевой фазой развития социализма стал раскол на рубеже XIX–XX вв., приведший к формированию противоположных тенденций социал-реформизма (основы современной социал-демократии) и революционной трактовки (коммунизма в его большевистской интерпретации). Коммунистическая революция в России, осуществившаяся вопреки прогнозу Маркса, создала новую парадигму общественного развития и, одновременно, новую трактовку основных положений марксизма. Марксизм-ленинизм – тоталитарная идеология, включавшая стратегию и тактику революции в аграрных странах. Подобно другим тоталитарным идеологиям XX в. марксизм-ленинизм (и особенно такие его модификации, как сталинизм, маоизм, троцкизм) стремился переделать общество во имя абстрактного и утопического социального идеала. Этим определяется, с одной стороны, широкая социальная база данной идеологии (поскольку она апеллирует не к разуму, но к темным инстинктам примитивных толп, обещая рай на земле) и, с другой, крайне деструктивный характер воздействия данной идеологии на общество (столетие конфронтации и миллионы жертв). Марксизм – идеология разрушения, которая прекрасно умеет делать это, но не созидания. Марксизм не выработал конструктивной стратегии достижения коммунизма, который остается утопическим идеалом для тех, кто верит в возможность его практического осуществления.

Анархизм. Анархизм – крайне аморфное идеологическое течение, включающее очень разных представителей. В отличие от сторонников целенаправленной социальной инженерии, осуществляемой по единому рациональному плану, они объединены верой в способность общества к спонтанной самоорганизации или саморегуляции, осуществляемой без какого-либо контроля извне. Идеология анархизма исходит из того, что именно таким путем может сложиться общественная система самоуправления (в виде общественных ассоциаций), которая окажется способной решать социальные проблемы. Анархисты приветствуют поэтому все, что направлено против принуждения, регулирования и иерархии, видя в них источник потенциального неравенства, эксплуатации и конфликтов. Они отстаивают, напротив, принципы автономии, федерализма и братства, критикуют институты государственного принуждения – бюрократию, армию, полицию. Родственной социализму и коммунизму является идеология такой разновидности анархизма, которая может быть определена общим понятием «неиндивидуалистического» (У. Годвин, П. Прудон, Э. Реклю, М. Бакунин, П. Кропоткин): она разделяет с коммунизмом представление о цели социальных преобразований – построении бесклассового общества, где будет реализован утопический идеал преодоления социального неравенства и эксплуатации (151). Анархия в переводе с греческого – отсутствие власти или вождя. В различных утопиях – состояние общества без государства, безвластие. С точки зрения либералов, анархия – антитеза гражданскому обществу. Анархизм действительно служит постоянной корректировке окостенению бюрократических структур и в этом качестве может являться одним из элементов плюралистического общества, идеологией той его части, которая стремится преодолеть сложившиеся структуры, монопольные центры власти и информации. С этим связана и определенная цикличность обращения общественного мнения к принципам анархизма, которая говорит по меньшей мере об определенной актуализации компонентов этой идеологии в условиях революций, реформ и вообще радикальных социальных изменений.

Сходство анархизма с коммунизмом прослеживается и в концепции разрешения социального конфликта: он преодолевается в ходе социальной революции, которая должна уничтожить гражданское общество (подразумевающее социальное неравенство), государство и

право (как орудие классового господства). Рынок и государство должны быть заменены федерацией самоуправляющихся коммун – специальный термин анархической идеологической программы, означающий создание своеобразных ассоциаций индивидов, основанных на принципах самоуправления. Современная социально– историческая типология анархизма включает амбивалентность его по таким направлениям, как соотношение архаичного и индустриального общества, противоречия между городом и деревней, между революцией и реакцией (152).

В соответствии с тем, какой принцип положен в основу организации анархистов и на какие социальные слои они ориентированы, различают разновидности самого анархизма: два старых типа – аграрный и ремесленный и два более современных типа – синдикалистский и интеллигентский. Аграрный анархизм апеллирует к традициям сельской общины, нравственной и религиозной чистоте. Социальная неустроенность мелких крестьян и сельских рабочих, аграрный протест против полицейских и бюрократических мер местного и центрального правительства создает, по мнению исследователей данного феномена, основу принятия идей общинной собственности, артелей и децентрализован но-федеративных политических структур. Исторически аграрный анархизм получил распространение прежде всего в Испании, Италии, России и на Украине (движение Н. Махно). Ремесленный анархизм опирается на протест цеховых ремесленников против поддерживаемой государством крупной индустрии, которая лишает их работы. Наряду с этими традиционными типами выделяются более новые: синдикалистский анархизм – протест против усиления интенсивности работы и отчуждения в современном промышленном предприятии (его формы – бойкот, саботаж, демонстрации, всеобщая стачка). Анархосиндикализм как форма социальной мобилизации получил особенно значительное распространение в Испании, Франции, а также России в период революции 1917–1920 гг. Интеллигентский анархизм имеет своей базой деклассированных интеллектуалов в городах – богему и выражает себя в основном в произведениях литературы и искусства. Поэтому он носит скорее литературный характер. Если коллективистские трактовки анархизма делают акцент на массовое социальное действие (например, проведение генеральной стачки), то индивидуалистические формы анархизма отказываются от признания даже этих форм организации. Они подчеркивают исключительное значение индивидуального действия, основной формой которого часто являлся терроризм. Теоретическое обоснование анархизмом индивидуального террора стало настоящим бедствием для отсталых аграрных обществ, радикальная революционная интеллигенция которых видела в террористических актах основной способ дестабилизации режимов и стимулирования коммунистической революции (как форма пропаганды действием).

Различие социализма и анархизма усматривается скорее в средствах достижения этой цели: если социалисты считают необходимым переходный период диктатуры пролетариата, то анархисты допускают возможность непосредственной замены рыночных отношений и государства федерацией самоуправляющихся коммун или так называемых «свободных ассоциаций», выражающих в концентрированном виде руссоистский идеал народной воли и непосредственной демократии. Прудон первым определил свои взгляды как анархизм. Затем решающее значение приобрел спор Бакунина и Маркса, приведший к расколу Первого Интернационала. Кажется вполне очевидным, что Маркс понимал социализм не как деспотическое господство, при котором политический аппарат обеспечит свои привилегии путем установления монополии на управление средствами производства. Тем не менее, М. Бакунин поставил по этой проблеме вопросы, на которые Маркс не смог найти ответа. Можно сказать, что Бакунин стал первым, кто вывел дедуктивным путем ленинизм из марксизма. В знаменитой полемике Маркса и Бакунина эпохи Первого Интернационала Маркс оказался сильнее в экономических вопросах (в частности, тезис о том, что сохранение независимости всех производственных товариществ неизбежно приведет к восстановлению законов рыночной экономики с катастрофическими последствиями для революции), а Бакунин – в политических (особенно его критика этатизма). Бакунин критиковал марксистский централизм, планирование и бюрократию, вытекающую отсюда возможность создания новой системы привилегий. Эти теоретические разногласия провели четкую границу между коммунистической и анархистской идеологией, которая затем лишь углублялась в силу как идейной, так и психологической

несовместимости основателей двух идеологий (153).

В полемике Бакунина и Маркса по вопросу о государстве была поставлена проблема, решение которой так и не было найдено в рамках этих идеологий. Выступая за рациональный и планомерный характер социальных изменений, марксизм и особенно различные последующие более радикальные его модификации, как было показано, чрезвычайно сдержанно относились к спонтанности в любых формах, решающее значение придавалось государственному регулированию, следствием чего явилась тотальная бюрократизация марксистских режимов. В свою очередь анархизм, отстаивая спонтанную саморегуляцию как основной метод социальных (в том числе и революционных) преобразований, видел в государстве и бюрократии главное препятствие для реализации коммунистического идеала (154). Если в первом случае следствием становилась гиперцентрализация и бюрократизация, то во втором – потеря рычагов управления ситуацией, а в конечном счете – полное политическое фиаско в ходе всех крупных социальных конфликтов, в которых принимали участие анархисты.

Критики анархизма еще на рубеже XIX–XX вв. вскрыли основное противоречие доктрины. Она унаследовала от французского просвещения представление об исключительно рациональной природе человека. Это альтруистическое представление о человечестве исходит из того, что люди всегда поступают рационально в том случае, если они понимают логику происходящего. Именно эта концепция рациональности человеческой природы позволяет обосновывать преимущества спонтанности социальных изменений, взаимной помощи перед конфронтацией. Теория анархизма, однако, не разработала проблемы соотношения рационального и иррационального в природе человека, а также не нашла ответа на вопрос о причинах деструктивности и агрессивности человеческого поведения. Дело в том, что социальные движения вообще и революционные движения периода перехода к массовому обществу начинались не столько в связи с рациональными научными постулатами или приверженностью определенной идеологии, сколько в результате эмоциональных и иррациональных действий масс. Уже в ходе анализа Французской революции такие мыслители, как И. Тэн и А. Токвиль показали опасность неконтролируемого движения к демократии в условиях распада старого сословного строя. Г. Лебонн и Г. Тард специально сформулировали проблему психологии толп. Э. Дюркгейм, З.Фрейд и социологическая теория психоанализа продемонстрировали объективную природу человеческой агрессивности и видели в праве и государстве необходимые факторы цивилизации.

Наконец, Х. Ортега-и-Гассет, наблюдавший феномен «революции масс» в 30-е гг. XX в., указал на огромные цивилизационные издержки спонтанного и неконтролируемого вовлечения неподготовленных масс людей в политику. Это направление мысли, определяемое в настоящее время как теория «массового общества», говорит о непредсказуемости массовой психологии и поведения, особенно в условиях кризисов, выдвигает тезис об иррациональности политики. Иррациональность психологии и поведения масс, согласно данному подходу, – ключ к объяснению их роли в кризисных ситуациях социальных потрясений и по отношению к власти (как это продемонстрировал впервые бонапартизм, установивший свое господство на внеидеологической, чисто прагматической основе). Идея о женской природе толпы, выдвинутая Г. Лебоном, объясняет склонность масс к примитивным идеям и сильным лидерам (155). Толпа, масса – это «социальное животное, которое оборвало привязывавший его повод». В толпе растворяются социальные, культурные различия и перегородки: она становится единым социальным целым, аккумулирующим волю индивидов к действию, воплощающему их социальные мечты. Это слепая сила, способная снести любые препятствия для достижения собственных целей, жестоких или героических. В ходе революций (таких как французская, русская и китайская) толпа может в одно мгновение уничтожить достижения целых столетий. Ошибкой демократических режимов и причиной их кризисов в XX в. было то, что они сохраняли веру в возможность рационального политического планирования, но не обращали внимания на иррациональность масс как психическую реальность. Иррациональное поведение присуще как революциям, так и контрреволюциям (156). Все эти наблюдения, сделанные на основании эмпирических исследований поведения больших групп людей в ходе революций или в тоталитарных режимах, ставят под сомнения основной исходный тезис анархизма, демонстрируя его неадекватность социальной и психологической реальности общества.

Нельзя сказать, однако, что наивность этого представления и сила аргументов его критиков помешали его распространению в качестве постулатов различных революционных идеологий и партийных программ. Общим для них всех стала чрезвычайно опасная и разрушительная идея о возможности и даже желательности разрушения общества и государства без четкого представления о том, что будет после этого. Это «веселое разрушение культуры» опиралось прежде всего на анархистский идеал самоуправляющейся коммуны. Другой важный постулат данной идеологии, также получивший распространение в программах революционных партий, выражался в требовании отмены права и государства, что на практике привело к произволу и самосудам, фактически линчеванию толпой без суда «врагов народа». Отметим, что эти эксцессы были свойственны в равной мере парижским санкюлотам, революционным матросам Петрограда и китайским студентам в период Великой культурной революции. Разумеется, они опирались не столько на теоретические постулаты, сколько имели свой источник в социальной психологии революционных толп, о которой писали Г. Лебон и П.А. Сорокин (см. его «Социологию революции» и «Дальнюю дорогу») (157). Тем не менее, идеология анархизма не только не противоречит такой ее интерпретации, но как было показано, даже открывает для нее широкое пространство, в котором может быть реализована подобная «пропаганда действием» – от динамитной войны в Мексике до индивидуального террора народовольцев в России, который плавно перешел в массовый террор большевиков (158).

В XX в. анархизм проявил себя как чрезвычайно деструктивное идеологическое течение в ходе так называемых аграрных революций. Дело в том, что идеал коммунизма, выдвигавшийся анархистами, был очень близок крестьянству, выражая его стремление вернуться к традиционным общинным порядкам, утраченным с развитием коммерческих отношений, а концепция спонтанного бунта как способа достижения социальной гармонии отвечала практике крестьянских восстаний во многих странах. Наконец, идея черного передела – уравнительного распределения земли – находила отклик у масс люмпенизированных слоев, лишь недавно утративших связь с сельскохозяйственным производством. Идеи Бакунина и русских народников стали обоснованием аграрных движений, имевших, по крайней мере на начальной фазе, анархистский характер. В основе конфликта – разрушение традиционного крестьянского уклада (основанного на незыблемости принципа принадлежности земли крестьянам) капиталистическими отношениями и коммерциализацией земли. Коммерциализация сопровождалась быстрым ростом крестьянского населения, так что возникало противоречие между числом людей и ресурсами. Таким образом, распространение принципов рыночной экономики также принуждало людей искать защиты против них. Они могли противостоять этому, сохраняя приверженность своим традиционным институтам, сильно подорванным деструктивными силами, которые они хотели нейтрализовать; или могли обратиться к поиску новых социальных форм, которые оказались бы способны их защитить. Крупнейшие революции XX в. (Мексика, Россия, Китай, Вьетнам, Алжир, Куба) можно понять как проявление такой оборонительной реакции, сопровождающейся поиском нового и более гуманного социального порядка. Однако движение капитализма породило еще другую и равно серьезную отдачу – в вопросе о власти. Оно означало размывание традиционных установлений (легитимности) прежних носителей власти – племенных вождей, мандаринов, земельной знати, помещиков, изменение их функционирования и статуса в обществе. Следствием становился кризис всей вертикали власти: разрушение существующего механизма власти при сохранении ее традиционных форм. Для подобных ситуаций переходных периодов было характерно появление новых групп, претендующих на власть, неустойчивый баланс старых и новых страт. В этих условиях возникала возможность политического лавирования.

Определенный интерес представляет столкновение принципиально различных стратегий в ходе революций. Представление анархистов об идеальном социальном устройстве заставляет их как в теории, так и на практике противостоять всем попыткам централизации власти и управления, тем более – осуществляемых авторитарными методами. В ходе всех крупных революций поэтому возникает ситуация раскола революционного авангарда по линии отношения к авторитарным и бюрократическим методам правления. В России этот раскол нашел выражение в Кронштадтском восстании, а также критике бюрократизации режима со стороны «рабочей оппозиции» (159).

Обозрение распространения идей анархизма во Франции, Англии, Америке, России и Испании не позволяет, однако, говорить о выраженной специфике концепционных моделей в разных странах, на существование которой можно было рассчитывать. Носители идей анархизма в разное время и в разных странах – Годвин, Джефферсон, Прудон, Дюринг, Э. Реклю, Кропоткин, Бакунин и др., – придерживались очень разных взглядов, а то, что их объединяет, – это стремление к освобождению общества от оков государства – бюрократии, полиции и вообще всякой иерархии. Трудно увидеть в этом, однако, конструктивную социальную программу. Поэтому различные направления анархизма определяются скорее своим негативным, протестным содержанием. Например, один из основателей философии анархизма, Макс Штирнер, первоначально являвшийся социалистом и сторонником социальной революции, в конечном счете отказался от этих идей, поскольку не без основания увидел в социализме авторитарное начало и тенденцию к этатизму и бюрократизации. В результате его символом веры стала идивидуальная инициатива; его целью – создание свободных ассоциаций, которые могут достичь целей, не превращаясь при этом в организацию, в общество; наконец, его методом стало прежде всего – «неповиновение» – индивидуальный и коллективный протест против власти. Этот идеал свободной жизни противопоставлялся жизни, контролируемой и организуемой «узурпаторами собственности».

Существует, тем не менее, несомненная специфика анархизма в развитых странах и модернизирующихся государствах. В таких странах, как Франция, Англия, США, Германия анархизм представляет собой феномен, интегрированный в человеческую эволюцию как непосредственный результат либерализма конца XVIII в., и, одновременно, форму обновления либеральной мысли, хотя и в масштабах, ограниченных по сравнению с XIX в.

В странах, где общая эволюция была отличной, анархистская мысль развивалась иным образом, была быстро дополнена с помощью имитации и, в этом случае, имела другой порядок развития. Эта специфика в развитии анархизма особенно характерна для Испании: конфигурация Иберийского полуострова не способствовала централизации власти, результатом чего стала большая склонность к федерализму, здесь не было (до XX в.) социальной революции, и феодальные отношения сохраняли силу, борьба с монархией шла длительное время и с переменным успехом. Такие теоретики анархизма, как Пии-Маргалл, Мадзини, Карло Пизакане, Малатеста (160), не говоря о Бакунине и Кропоткине, выразили специфику анархизма в аграрных странах Юга Европы. Наибольшее значение для становления анархизма как самостоятельного идеологического течения имела полемика Бакунина с Марксом, приведшая, как известно, к расколу Первого Интернационала.

На современном этапе, когда в ходе революций XX в. стала очевидна бесперспективность идеологии анархизма для социального переустройства, она не может рассчитывать на широкую социальную поддержку. Однако ряд важных идей анархизма оказал влияние на аграрные революции XX в. и их идеологов во многих развивающихся странах. Известно, как это влияние сказалось в маоизме. Не менее сильным оно было в аграрных движениях, связанных с борьбой за национальное освобождение. Так, Ф. Фанон в своей известной книге «Les damnés de la terre» подчеркивал специфику Третьего мира (в частности Мартиники и Алжира, где он жил) по сравнению с Западом и настаивал на необходимости особой революционной стратегии, иной, чем та, которая представлена классическим марксизмом. При ближайшем рассмотрении его аргументы очень напоминают те, которые использовали русские теоретики народничества – Бакунин, Герцен и Чернышевский, обосновывая теорию крестьянской социалистической революции. Фанон вновь выдвинул сходные идеи – об отсутствии традиционных для Западной Европы классов в Африке, социальная структура которой определяется преобладанием крестьянского населения над городским, его (крестьянства) особом революционном потенциале (единственный революционный класс современного мира); большем обуржуазивании городского рабочего класса, утратившего в силу этого свои революционные возможности; важной и в то же время двойственной роли вождей и феодальных лидеров, которые, с одной стороны, связаны с колониализмом и поддерживаются им, а с другой – выступают за традиционное общество и пользуются моральным авторитетом у крестьянства; значении люмпенпролетариата как наиболее динамичного элемента революционного процесса и основного союзника крестьянства в городах; двойственном положении интеллектуалов, часть

которых идет с массами, а другая с буржуазией; национальной буржуазии как посреднике интернационального капитализма и классе, объективно неспособном к исторической, а тем более революционной инициативе. Таким образом, выстраивалась концепция общества, где нет среднего класса и социальный конфликт носит наиболее острый характер, так как общество расколото фактически на крестьянство и привилегированное меньшинство, связанное с колониальными властями. Стабильность в нем поддерживается исключительно за счет насилия – вертикальных силовых структур государственной администрации, армии и полиции. Отсюда – основной тезис о характере будущей революции: она является антиколониальной, социалистической (коммунистической) и осуществляется крестьянством и люмпенпролетарскими слоями городов насильственным путем (апология насилия в любых формах). По существу концепция Фанона – новое издание доктрины Бакунина и практики Народной Воли. Ее смысл – в инициировании анархического крестьянского бунта, способного ниспровергнуть современную цивилизацию. Здесь присутствует тот же культ революционности и насилия как «созидательной страсти», но одновременно – недоверие ко всем проявлениям организации и иерархии внутри движения.

Современный анархизм существует скорее в латентном состоянии, проявляясь время от времени в различных других формах или в союзе с другими идейными течениями. В подобных комбинациях анархизм присущ различным протестным движениям – молодежным, феминистическим, экологическим, представляя собой, по мнению некоторых исследователей, реакцию социальных групп на технокультуру и бюрократизацию общества (161). В этом качестве анархистская идеология и инспирированные ею программы на короткое время проявились в посткоммунистической России, быстро исчезнув с политической арены без всяких видимых последствий. В странах Западной Европы сохраняет определенные позиции интеллигентский, индивидуалистический анархизм, мода на который приводит иногда к весьма оригинальным социологическим построениям.

5. Национализм, фундаментализм и модернизация: отождествление народного и национального суверенитета

Национализм – это идеология, рассматривающая в качестве высшей ценности достижение единства и самоопределения нации. При этом все иные ценности, выдвигаемые другими идеологиями – политического, социального, экономического или духовного преобразования общества, оказываются подчиненными этой главной цели, принимаются или отвергаются постольку, поскольку могут служить этой главной цели или затрудняют ее достижение. Поэтому элементы теории и идеологии национализма возникают в период становления национальных государств (162).

В Западной Европе – это эпоха абсолютизма (XVI– XVIII вв.), которая характеризуется рядом важных изменений. В основе абсолютистской доктрины исторически лежат две концепции – суверенитета и монархии, образующие понятие монархического суверенитета (в отличие от народного суверенитета демократических государств). В современной литературе абсолютизм рассматривается как эпоха формирования национальных централизованных государств западного общества и в этом смысле противопоставляется предшествующему этапу феодализма. При таком подходе абсолютизм предстает как целостная социальная система, которая, несмотря на специфику в отдельных странах, обладает рядом устойчивых признаков: наличием определенного уровня национального самосознания, экономической и социальной интеграции (система налогообложения), единой (хотя и не вполне унифицированной) системой правовых и политических институтов, характеризуется централизованным порядком управления, значительной ролью регулярной армии и рационализированной бюрократии в консолидации политической власти, наконец, господством определенной идеологии «общего блага», существенными компонентами которой становятся идеи социального и национального консенсуса и монархического суверенитета. В этой идеологической конструкции уже присутствуют элементы идеологии национального единства и самоопределения, которые особенно заметны в тех случаях, когда утверждение абсолютизма и создание империи связано с модернизацией традиционных обществ и их рационализацией, а также достижением

преобладания в военной сфере. Этот феномен особенно четко проявляется в реформах Петра Великого и создании Российской империи в первой четверти XVIII в., в ходе создания Германской и Австро– Венгерской империй, объединения Италии в XIX в. Проявившись впервые в странах Европы, данные процессы оказались характерны для формирования новых национальных государств, в частности, в результате крушения колониальной системы после Второй мировой войны (163).

Национализм, как и другие крупнейшие идеологии современности, дает свою трактовку гражданского общества. Национализм происходит от сложившегося в средневековье понятия natio (nasci – родиться), которое означало в узком смысле происхождение человека. Национализм становится идеологией в XIX–XX вв., когда он оказался способен политически мобилизовать большие группы населения. Эта идеология ведет свое начало от Французской революции. Ее предпосылками служат идея народного суверенитета, появление централизованных государств и подъем третьего сословия вследствие становления гражданского общества (164).

К тому времени, когда собрались Генеральные Штаты, зародилась определенная степень политического консенсуса. Все партии согласились в необходимости конституции, призванной совместить представительные формы правления с гарантиями индивидуальной свободы и правления закона. Все согласились также, что фискальные привилегии не должны иметь места в новом порядке и пришло время для полного пересмотра финансов, администрации и юстиции. Эти проблемы были разрешимы, однако вскоре возникли другие. Главная из них состояла в интеграции буржуазии (или «третьего сословия») в политическую нацию. Этот процесс, наметившийся уже в ходе выборов в Генеральные Штаты и составления Cahiers, в дальнейшем проходил в условиях роста конфронтации третьего сословия и знати. В ходе политического конфликта и борьбы за власть шло формирование новой национальной элиты. Только когда была разрушена система привилегий и уничтожено право знати на особое положение в обществе и руководящая роль в решении государственных вопросов, был открыт путь новой политической элите, состоящей из собственников – нотаблей, которые выражали амальгаму бывшей знати и буржуа (165). Эта новая элита устами Сийеса начинает говорить от имени французской нации. Таким образом, формирование идеологии национализма оказывается тесно связанным с переходом от традиционного общества к современному массовому. При этом идеология национализма (как показывает опыт других подобных кризисов) имеет то преимущество, что позволяет аккумулировать социальные ожидания самых широких социальных слоев безотносительно к их статусу в прежней общественной иерархии, помогает им преодолеть чувство утраты социальной идентичности и осуществлять широкую социальную мобилизацию во имя национального возрождения.

Французская революция, наполеоновские войны, созданные ими идеологии и право, способствовали формированию национализма как идеологии и практике создания национальных государств в XIX–XX вв. и объединению Европы в единое сообщество наций. Классический пример – рецепция в разных странах Европы, а затем и мира французского частного и публичного права. Индивидуалистическое по своей сути оно, парадоксальным образом, получило во Франции национальный характер и в то же время произвело за пределами страны сходный результат. Его принципы стали одновременно основой нового права в рамках отдельных государств и генерализации национализма. В XIX в. оно способствовало происхождению нового великого национального единства и последовательному нарастанию антагонизмов в Европе (166). Национальная лояльность гражданина заменяет традиционный способ легитимации по отношению к государственной власти. Национализм редко проявляется в чистом виде и обычно выступает в соединении с другими идеологиями вплоть до социализма и анархизма. Своеобразна интерпретация им принципа народного суверенитета. Речь идет о восприятии народа (нации) как носителя национального суверенитета. На этой основе ведутся поиски этнического, социально-экономического и культурного единства. В результате происходит фактическое (если не теоретическое) отождествление понятий народа (демоса) и нации (этноса). Это имеет следствием подавление и искаженную ассимиляцию других этнических, культурных, религиозных или социально– экономических частей населения в рамках политического объединения. Она стремится совместить принцип народного

суверенитета и его этническую трактовку, интерпретируя гражданское общество и демократию как защиту прав большинства народа в ущерб политическим правам национальных меньшинств. В крайней форме данный подход находит выражение в расовой теории, допускающей гражданские права лишь для одной господствующей расы.

Нация становится для национализма высшей секулярной ценностью, которая представляет собой сконструированное понятие, синтезирующее ряд различных параметров. Принцип нации получает всеобъемлющий характер в противовес всем другим параметрам социальных объединений как социальный класс, каста, семья, конфессиональные объединения, династия. Чувство национальной принадлежности социальной группы (народа) складывается из многих источников – языка, культуры, религии, традиции, нравов, исторического сознания или принятия объединяющих политических целей и задач. В этом процессе социальной интеграции по признаку национальной принадлежности существенную роль могут играть иррациональные или эмоциональные факторы в виде, например, осознания судьбы, воли и проч. Национализм как форма коллективной идентичности общества нового времени является ответом на такие процессы, как распад традиционных социальных связей аграрного общества (крестьянской общины, патриархальной семьи, религиозных объединений и ценностей); социальная дезинтеграция как последствие экономической модернизации; утрата общественной группой смысла и целей существования в быстро меняющемся мире. Распад традиционной легитимности, региональных и сословных связей открывает пространство для новой лояльности. Если абсолютизм вел к нивелированию старых социальных структур, а классы капиталистического общества также продолжали разрушение аграрных отношений, то нация – объединение еще более широкого уровня интеграции. В условиях глобализации, модернизации и информационного общества, поиск национальной идентичности и развитие национализма становятся важными политическими факторами во многих регионах мира. В этой связи следует подчеркнуть такие процессы, как развитие национализма и политической регионализации в Западной Европе, идущие параллельно с ее объединением. Данные тенденции проявились в ходе демократического переходного процесса в постфранкистской Испании и отражены в широких правах, предоставленных автономиям Конституцией 1978 г., процессе так называемой деволюции в Соединенном Королевстве, который уже сейчас привел к предоставлению значительных прерогатив Шотландии, Северной Ирландии и Уэльсу, развитии процессов административной децентрализации в Италии, Германии и других странах.

В Восточной Европе национализм оказался наиболее мощной идеологией, способной противостоять как коммунизму, так и его либеральным оппонентам. Поиск национальной идентичности приобрел здесь еще более драматический характер. Результатом стали политические изменения, легитимировавшиеся практически исключительно идеологией национализма (интеграция ГДР в ФРГ, распад Югославии и война на Балканах, мирное разделение Чехословакии на два государства, национальные беспорядки в Румынии и Венгрии, развитие национализма в Польше и государствах Прибалтики). Крупнейшим проявлением национализма стал распад СССР и образование конфедерации – СНГ, которое, однако, не остановило развитие дезинтеграционных процессов в новых независимых государствах.

Важнейшим следствием этих процессов в Европе стало то, что национализм вытеснил ряд традиционных идеологий предшествующего периода, прежде всего социализм и либерализм в Азии и Африке. В свою очередь рост национализма дал толчок другим деструктивным процессам – от исламского фундаментализма и черного расизма до антиглобализма.

Национализм как самостоятельная идеология прошел в своем историческом развитии три стадии, выражающих расширение его социальной базы. Начальная фаза современного национализма – концепция интеллектуалов, создававших и теоретически обосновывавших идеологические мифы. К числу таких интеллектуалов относят обычно Гердера, Фихте и немецких романтиков, отстаивавших существование особого исторического феномена – народной воли, которой в принципе должно соответствовать общественное и политическое устройство. Это представление о народной или национальной воле объединяло такие различные направления мысли, как классическая немецкая философия, историческая школа права, классическая немецкая литература. Национализм в его романтической интерпретации стал идеологией объединения Германии, которая в той или иной форме разделялась большинством

ведущих мыслителей эпохи. Это была идеология, способная объединить различные социальные слои во имя создания новой идентичности, осуществления реформ традиционного общества государством. В контексте данной идеологии средоточием национальной воли выступало именно государство, интерпретировавшееся в гегелевской философии как «действительность нравственной идеи» (167). В германской политической философии и практике реформ был создан тот идеальный тип национального сознания, который оказалось возможным использовать в других странах.

Следующая фаза наступает, когда данная идея (или миф) получает более широкое распространение за счет новых коммуникаций (газет, журналов, издательств, университетов, академий), но также и за счет социально мобильных слоев (чиновников, ученых, студентов), а также развития систем воспитания и передвижения. На данном этапе распространение идеи национального единства происходит среди широких интеллектуальных кругов, которые оказываются более восприимчивы к идее национализма. Историческими формами идеологии национализма служат либеральный национализм эпохи итальянского Рисорджименто; интегральный национализм как попытка объединения идеологии с концепцией сильного национального государства (Германия) и, наконец, так называемый народный национализм конца XIX в. с социал-дарвинизмом, антисемитизмом и идеей сильного государства.

Наконец, третья фаза наступает, когда национализм оказывается идеологией массового народного движения и выполняет при этом мобилизационные функции. В этом качестве национализм предстает в германском шовинизме, французском интегризме, итальянском национализме, а также подъеме различных расовых теорий, которые позднее питали фашизм. Фашизм (итальянский) и национал-социализм (германский) выступают прежде всего как антимарксизм. В этом смысле фашизм представлял собой порождение марксизма или русского большевизма, а по мнению некоторых исследователей, вообще не был возможен без него (168). В то же время очевидно, что фашизм опирался на длительную предшествующую традицию правого радикализма, давая его новую интерпретацию.

Теоретические основы фашизма раскрываются в контексте различных и чрезвычайно противоречивых теорий, социальных настроений и практики рубежа веков: к ним относятся расовая теория, дарвинизм, разрыв техники и культуры, кризис религиозного сознания, релятивизм в физике и социальных науках. Идея возвращения к утраченной гармонии, отказа от достижений либеральной культуры образованных классов, свойственная таким мыслителям, как Толстой, Ганди и Ницше, также оказывала влияние на почвеннические теории, выражалась в критике капитализма и марксизма, идеале национального возрождения. В конечном счете правый радикализм во всех его проявлениях объединяло отрицание либеральной и декадентской культуры. Национал-социализм и его «мировоззрение» было примитивным идейным конгломератом: это была эклектическая похлебка – mixtum compositum из элементов национального и социального, геополитического и расового, иррационалистского и техницистского учений, мнений, лозунгов. Не содержание, но идеологическая ценность были, с одной стороны, масштабом, а с другой, сильной стороной подобного нового мировоззрения, которое стремилось противостоять модернизации и восстановить утраченное единство мышления и действия. Это была одновременно интегристская идеология и идеология поиска врага (169). В этом смысле праворадикальные и леворадикальные тоталитарные идеологии имели значительное сходство. Оно заключалось в том, что все эти идеологии выполняли функции политических «эрзац-религий»: фашизм и национал-социализм, как и ленинизм-сталинизм, а позднее маоизм, обещали Тысячелетний Рейх или всеобщий коммунизм, но при этом были прежде всего мобилизационными идеологиями для борьбы с тотальным врагом и характеризовались борьбой с политическими неверующими. Оба типа тоталитарных идеологий полностью воплотили руссоистский идеал общей воли, ликвидировав все возможные различия в обществе и достигнув тотальной идентичности правящих и управляемых. Как классический либерализм, так и умеренный социализм, стоявшие на позициях сохранения демократических свобод, столкнулись с левоабсолютистскими вариациями этих идеологий, которые в борьбе за власть и интеграцию общества обосновывали диктатуру, но в то же время обращались к тем идеям, которые выдвигались в предшествующее время для улучшения общества – политическое единство и социальная справедливость, народовластие и

историческая миссия нации или класса. Это сопровождалось квазирелигиозным культом коммунистических вождей, особенно Ленина. Рациональный компонент коммунизма усматривался в научной социологии и фашизма – в культе техники и эффективности.

Правый радикализм – понятие более широкое, чем фашизм. Сюда входят такие направления, как итальянский фашизм (Б. Муссолини, Дж. Джентиле), немецкий национал-социализм (А. Гитлер), испанская Фаланга (Х.А. Примо де Ривера, Ф. Франко), некоторые современные праворадикальные течения (например, П. Пужад и Ж.М. Ле Пен и его Национальный Фронт) (170).

Сионизм – пример националистической идеологии, используемой для политической мобилизации в целях создания еврейского государства. Теоретики сионизма XIX в. Мозес Гесс, Леон Пинскер и особенно – основатель современного сионизма Теодор Херцль в борьбе с антисемитизмом видели выход в национальном возрождении и самоопределении евреев в особом государстве, заложили основы этой идеологии, которая, однако, позднее скрещивается с другими, в особенности с социализмом в период провозглашения государства Израиль в 1948 г. Различают в связи с этим политический, культурный, социалистический сионизм, ревизионистский сионизм (антисоциалистический и выступающий за сильное государство). Конфликт различных интерпретаций идеологии сионизма наиболее четко предстал в ходе дискуссий о конституции государства Израиль, которая так и не была принята. На Ближнем востоке еврейский национализм сталкивается с арабским национализмом, составляя основу нестабильности региона (171).

Таким образом, социальные и интеллектуальные предпосылки национализма, сложившиеся еще в эпоху абсолютизма и Французской революции, получили развитие не в сформировавшихся национальных государствах, а в тех, где проблемы национального объединения в новое и новейшее время не получили своего разрешения. Начавшись с протеста немецкой интеллигенции против наполеоновского вторжения, национализм распространился на более широкие слои студенчества и мещанства, а затем охватил нацию в целом, достигнув пика в фашизме. Вслед за Германией и отчасти под влиянием ее риторики, на тот же путь вступили Италия, Польша, Россия, затем – Балканы, страны Балтики и Ирландия, затем, после поражения, Третья республика во Франции и так вплоть до настоящего времени, особенно в развивающихся странах. В настоящее время этот процесс проявился очень четко в распаде Советского Союза, Югославии, объединении Германии, а также сепаратистских националистических движениях в Канаде, Испании, даже Великобритании. Романтический национализм исходил из допущения, что реализация национального самоопределения с распадом многонациональных империй приведет к социальной гармонии как внутри этих национальных государств, так и в отношениях между ними. Вышло, однако, как раз наоборот: реализация националистических установок не остановилась на провозглашении новых национальных государств, но привела к конфликтам внутри них – с различными национальными меньшинствами. С другой стороны, в международных отношениях национализм противопоставил отдельные государства, приведя к более острым столкновениям между ними. Эта тенденция в новой форме проявилась в последнее десятилетие, когда провозглашение борьбы с терроризмом со стороны ряда ведущих государств стало легитимацией их вмешательства в дела других государств, иногда ставящее под сомнение нормы международного права (172). В результате появился агрессивный национализм, проявления которого встречаются и в современной России. Национализм при всей неопределенности его содержания как идеологии (а может быть именно поэтому) оказывается едва ли не единственной идеологией, которая в чистом виде перешла в современность. Распад ряда государств (в том числе и СССР) показал, что в условиях кризиса коммунизма в Восточной Европе именно национализм часто берет на себя функции интегрирующей идеологии.

Сделанные наблюдения показали устойчивость идеологии национализма, ее гибкость, позволяющую национализму выступать в сочетании практически со всеми другими идеологиями от консерватизма до анархизма, наконец, многообразие модификаций национализма в современном мире. Общий вывод состоит в необходимости пересмотреть традиционные принципы европоцентризма: сейчас ни одно политическое движение, во всяком

случае, вне западного мира не будет успешным, если не использует националистических аргументов. В XIX и XX вв. социалистические течения имели успех только в соединении с национализмом. Националистические течения в конечном счете оказались сильнее, чем социалистические и вытеснили их в Восточной Европе. Большинство государств современного мира оказывается в условиях трудной дилеммы: сочетания национальных приоритетов с необходимостью модернизации и определения своего места в условиях глобализации.

Особенно четко данный конфликт идеологий проявился в ходе радикальных социальных движений в отсталых аграрных и колониальных странах. Влияние Запада привело к фундаментальным изменениям в странах Азии, на Среднем Востоке, Африке и Латинской Америке по следующим направлениям: индустриализация; демократизация; колонизация и христианизация. Особенно деструктивным это влияние было для древних неподвижных культур, как Китайская империя. Разрыв между запросами общества и возможностями правительства вызвал кризис легитимности власти, достигший апогея в 1911–1912 гг. Под вопрос были поставлены стабильность, централизация и унификация системы, скреплявшиеся традиционными конфуцианскими религиозными и этическими принципами, культурным единством правящего класса и преданностью династии (173). Особенности идеологии китайской революции выявляются из сравнения с российской: быстрый переворот в России и «долгий путь» в Китае; пацифизм в одном случае и национализм в другом; движение революции из столиц (из Петербурга и Москвы) в провинцию и, наоборот, из отсталых зон (Шанхай) – в столичные города; преобладание рабочих в России и крестьян – в Китае (174). Главные составляющие китайской формулы – национализм, крестьянство, армия. Они присутствовали и в русской революции, но их соотношение было иным. В обоих случаях важную роль играл аграрный вопрос, ставший центральным. Существовало сходство революционных партий, имевших аналогичную структуру. И в том, и в другом случае импульсом революционного движения стала империалистическая война (вторжение Германии в Россию и Японии в Китай), существовал национальный кризис и, как следствие, слабость противника революции – правящего класса и государства в целом. Однако выражение этого кризиса было разным: революция во имя интернационализма в России и революция во имя национального освобождения – в Китае. Роль лидеров была не однозначна: Мао в Китае был единственным национальным лидером, воплощавшим в одном лице Ленина-Троцкого-Сталина. Китайская революция в связи с этим сформировала модель для революций в странах Третьего мира именно в силу своего национального, антиколониального и крестьянского характера.

Своеобразное соотношение национализма и модернизации представлено моделью социальных преобразований в Японии нового и новейшего времени. Дело в том, что этой стране в сравнительно короткий исторический промежуток времени удалось перейти от традиционного общества к индустриальному, причем осуществить этот переход без социальных потрясений. Фактически эта модель иллюстрирует возможность избежания революции путем радикальной реформы. Не случайно японская историография колеблется в определении такого принципиального исторического периода, как «эра Мейдзи», определяя его и как «революцию», и как «реставрацию». Нарастающая быстрота изменений была причиной смены фаз революции фазами реакции (175). В отличие от опыта европейских революций и их азиатских аналогов (как Китайская или Иранская революции) японская модель показывает, каким образом радикальные социальные изменения (новая система ценностей, социальная структура, политические и правовые институты) могут быть введены без революционного взрыва на верху, без массивных изменений обстоятельств жизни внизу. Прошлое (национальная традиция) продолжает влиять на новый порядок, но это не предотвращает демонтаж этого порядка, экспроприацию привилегий и доходов старой элиты, организационную революцию и глубокую реформу институтов и правил, которые ограничивали возможности обычных людей (176). Контакты с Западом, неравноправный договор 1858 г., дали импульс процессу модернизации, борьбе за власть внутри правящих групп, выявили различные позиции в отношении национального единства и укрепления государства, стимулировали институциональные реформы. Результатом стала смена режима Токугава в ходе серии кризисов 1867–1868 гг. абсолютизмом. Гражданская война 1867–1869 гг. укрепила позиции радикалов. Был осуществлен ряд социальных реформ – реформа земельного налогообложения 1871 г.,

введение новой образовательной системы и реформа армии. Завершением этого процесса модернизации и европеизации стало принятие конституции Мейдзи. Был произведен синтез модернизации и национальной традиции, позволивший избежать социальной революции в западном смысле. Этому способствовали, как показали исследования, особые культурные и социальные факторы – конфуцианская этика, патриархальные семейные связи в обществе, особенности культуры правящего класса. Таким образом, это была не революция, а реформа (или реставрация): власть не перешла к новому классу буржуазии, элита, определявшая политические решения, по-прежнему формировалась из бывших самураев. Изменения социальной природы власти носили не революционный, а эволюционный характер. Результатом был не феодальный и не буржуазный строй, но гибрид между ними, который японские марксисты называли бюрократическим абсолютизмом в духе Восемнадцатого брюмера. Это была промежуточная стадия модернизации, которая завершилась лишь в XX в. (177).

В Латинской Америке национализм как фактор революционных изменений проявился уже в ходе мексиканской революции начала XX в. В Мексике революция (в отличие от России) началась в провинциях, установилась в сельской местности и, наконец, овладела столицей; эта революция (в отличие от Китайского образца) не смогла создать авангардную партию или соответствующую идеологию. Крестьянское и провинциальное происхождение мексиканской революции делало ее схожей скорее с крестьянским восстанием, точнее многочисленными разрозненными восстаниями, ряд которых был проникнут национальными чаяниями, другие носили чисто провинциальный характер, но все вместе – отражали местные условия и требования. Силы, выдвинутые этими восстаниями, заключали местные соглашения, составляли эфемерные коалиции, но за этой широкой кроной стояли локальные корни, дававшие революции ее соки. И даже когда восстание сменилось периодом реконструкции после 1915 г., главной проблемой революционных победителей стало установить власть в непокорных провинциях. Это была та же задача, которую стремился решить режим патриархальной военно-полицейской диктатуры Порфирио Диаса, которая за длительное время существования обеспечила стабильность и создала условия для экономического роста (178). До революции Мексика представляла собой по преимуществу аграрную страну, несмотря на индустриальный прогресс последних лет порфириата. Крестьянство – главная движущая сила революции – было чрезвычайно отсталым: традиционалистским и религиозным, слабо связанным с городами. Случай Мексики не похож на случай России в ту же эпоху. В Мексике, в отличие от России, не было мощных революционных центров в городах (как Петроград). В России, кроме того, конфликтная фаза классовой борьбы охватила отсталые территории только под влиянием движения рабочих из городов. В Мексике ситуация отлична – пролетариат, слабый, гетерогенный, еще слабо индустриализированный, не мог быть движущей силой революции. В результате идеология революции была глубоко националистической, т. е. радикально удаленной от пролетарской модели, являющейся интернационалистской (179).

Развивающиеся страны дают интересное преломление всех идеологий через призму национализма: интеллигенция этих стран, традиционно европейски образованная, заимствовала многие европейские теории, но вынуждена была искать их оптимального соотношения с реальной местной обстановкой. Таким образом, получилось, что идеи национального возрождения и модернизации находили интерпретацию с различных идеологических позиций. Возникают комбинации, подчас весьма причудливые, национализма с другими идеологиями. Особенно характерно это для Латинской Америки (интеллигенция которой наиболее близка западноевропейской), где все европейские идеологии нашли своих адептов. Это либерализм в его классическом понимании (в стиле Хайека) в трудах перуанца Варгаса Льосы, но одновременно понимание того, что общество не готово к принятию правовой системы и экономики западного мира (работы Э. де Сото) (180). В исторической перспективе принятие европейских идеологий и попытки их реализации вели к сочетанию национализма, популизма и авторитаризма – специфический латиноамериканский вариант либеральных реформ в экономике и военных диктатур. Эти идеи вдохновляли аргентинского диктатора Хуана Перона (1895– 1974) (181) и бразильского диктатора Гетулио Варгаса (1883–1954) (182). Как перонизм, так и варгизм стремились сочетать популизм и авторитаризм с целью проведения модернизации

и необходимых социальных реформ. Перон возвел свою социально-политическую программу (Justicialismo), которую он пытался реализовать в ходе троекратного пребывания у власти, в ранг государственной идеологии, законодательно закрепленной в 1952 г. Государство должно было преследовать две цели – обеспечить благосостояние и политическую независимость Аргентины. В обоих случаях (в Аргентине и Бразилии) эти реформы сопровождались изменениями конституции и попытками активного вовлечения низших слоев населения в социальную поддержку режима, который неизбежно приобретал демагогический характер. Исследователи усматривали здесь сходство программ двух лидеров с фашизмом, но отмечали и локальную специфику, связанную с социальной структурой общества и ролью армии в политике. Оба диктатора неоднократно приходили к власти и устранялись от нее, что говорит об известной цикличности идеологии и политики в Латинской Америке. При интерпретации политических режимов во многих странах Латинской Америки XX в. и их идеологии, исследователи обращались к аналогиям с французской традицией бонапартизма и голлизма (183).

В контексте становления независимых государств в период кризиса колониальной системы рассматриваются индуистский национализм и учения Мохандоса Карамчанда Ганди: его теории ненасильственного сопротивления, стремление совместить национальное движение с духовным и религиозным возрождением; идеи Джавахарлала Неру, дополнявшего идеал аграрного общества идеями индустриализации и планирования (что включало стремление найти синтез идей национализма, либерализма и социализма) в рамках антиколониальной борьбы. Национализм был характерен для учения Сунь ЯтСена в Китае, сделавшего упор на возрождение национального государства. Для Африки теоретическое обоснование культурных ценностей черной Африки в постколониальный период выразил наиболее полно Леопольд Седар Сенгор, выступавший за сближение цивилизаций Европы и Африканских народов (длительное время был президентом республики Сенегал) (184).

В данном контексте необходимо упомянуть о концепциях «социализма национального типа» 70–80-х гг. XX в. Эти идеологии становились основой антиколониальных революций и характеризовались обращением к традиции и религии ислама. Их специфической разновидностью стала идея «третьей мировой теории»: главной задачей провозглашалось построение «подлинного социалистического общества на основе принципов ислама», а эксперимент ливийской революции – джамахерия («государство масс») – «альтернативой капиталистическому материализму и коммунистическому атеизму». Эти идеи развиты в книге Каддафи, изданной в 1976–1979 гг. в Триполи. При ближайшем рассмотрении оказывается, что данная идеология многим обязана Руссо. Идеал современного общества, находящегося в состоянии глубокого кризиса, следует искать не в будущем, а в прошлом. Подвергается критике современная либеральная демократия, поскольку она носит искусственный и представительный характер, а также такие ее атрибуты, как конституция, выборы, референдум. В основе общества должен лежать не искусственно составленный и волюнтаристски навязанный текст конституции, но естественный закон, основанный на религии и обычае, присущих данной нации. Решение «проблемы демократии» чрезвычайно просто. Вслед за Руссо Каддафи подвергает резкой критике парламентские формы правления, видя в них фальсификацию демократии и прикрытие диктаторских режимов. В эпоху масс парламентская демократия, представленная горсткой депутатов, стала «абсурдом». Поскольку парламентские режимы стали средством узурпации и присвоения суверенитета народа (который они не представляют), последний вправе уничтожить их в ходе «народной революции». Не менее жесткой критике подвергаются все попытки провести разделения в обществе по признакам класса, племени, клана и особенно делению на партии, которые, представляя меньшинство общества, стремятся подчинить его своему авторитарному правлению. Они интерпретируются как «современное диктаторское орудие правления, поскольку партия – это власть части над целым». Плюрализм партий лишь подрывает единство общества и усиливает борьбу за власть. В стиле Руссо он говорит о маневрировании, трюкачестве и политиканстве партийных лидеров, объявляя всякую партийную систему «откровенной, неприкрытой формой диктатуры». Вместо представительной демократии (парламентаризма) и партийной системы (раскалывающей единый народный суверенитет) выдвигается концепция непосредственного народного управления – джамахирии,

«когда каждый и управляет и правит» путем создания «народных комитетов», «народных конгрессов» во главе с «национальным конгрессом», структура и организация деятельности которых напоминают советы. Это сходство еще более усиливается тем, что в обоих случаях речь идет не о разделении, а о слиянии властей, действует принцип самоконтроля. Согласно этой теории «орудием правления является народ и, следовательно, народ контролирует сам себя». Следствием этой теории служит поглощение личности корпоративистскими структурами с соответствующим ограничением политических прав индивида. Ряд положений данной теории показывает апелляцию к таким традиционалистским ценностям, как семья, племя, нация и даже раса. Выдвигается нечто в роде стадий господства в мире различных рас: если для первой из них было характерно господство белой расы, а для последующего – желтой, то третья – принадлежит черной, которую отличает «психологическое стремление к самоутверждению и реабилитации». «Ныне, – заявляет Каддафи, – наступает период господства черной расы». «Править миром будут черные» (185).

Сделанные наблюдения показывают, что национализм, в отличие от других идеологий, обладает гораздо большей жизнеспособностью. Если другие классические идеологии во многом исчерпали свой потенциал к настоящему времени, то национализм, напротив, – единственная идеология, перешедшая в чистом виде в XXI в. Кризис коммунизма и распад государств в современном мире связаны с возрождением национализма. Чем объяснить такую устойчивость данной идеологии? Во-первых, тем, что в условиях глобализации она дает возможность сохранить национальную идентичность, которая является более устойчивой формой идентичности по сравнению со всеми остальными, представляя собой их синтез (историческое прошлое, язык, культура и проч.). Во-вторых, эта идеология всегда легко находит образ врага, необходимый для консолидации сообщества (в виде национальных меньшинств); в-третьих, идеология национализма оказывается чрезвычайно гибкой и легко вступает в сочетание со всеми другими идеологиями, которые не могут найти точек соприкосновения между собой. В европейской истории, как было показано, национализм сочетался с консерватизмом, либерализмом и даже коммунизмом (в виде сталинизма и маоизма). В настоящее время, в условиях кризиса национальной идентичности в объединенной Европе, национализм получает широкую социальную базу, а представляющие его партии заявили о себе как о серьезной силе, способной прийти к власти демократическим путем. Так возникают чрезвычайно мощные формы идеологического синтеза, опирающиеся на традиционные архетипы сознания аграрного общества – национальный социализм или социальный национализм, соединяющие в разных комбинациях архетип национальной (племенной, расовой) идентичности, с одной стороны, и социальной (классовой) – с другой. Именно поэтому данный синтез лежит в основе разных модификаций тоталитарных идеологий – фашизма, сталинизма, исламского фундаментализма, которые, при всех принципиальных содержательных различиях, имеют то общее, что подчеркивают единство национальной и социальной идентичности. С этим связано и постоянное воспроизводство данного синтеза в истории различных стран вплоть до новейших модификаций «социализма национального типа» и «черного расизма», представляющих собой своего рода «апартеид наоборот».

Исламский фундаментализм. Исламское возрождение, несмотря на свою активность и агрессивный характер, представляется по преимуществу защитным движением, направленным против модернизации. Оно является главным образом культурным и социальным феноменом, хотя включает и политическую составляющую. Сила воздействия ислама как идеологии определяется именно союзом политического и культурного протеста. Некоторые исследователи полагают, что ислам означает отрицание модерна. Очевидна связь ислама и национализма (поиска национальной идентификации) с критикой империализма и колониализма. Эта ситуация создает предпосылки для революционной трактовки ислама и создания на этой основе нового авторитарного режима. Возникает идея «чистого государства», освобожденного от коллаборационизма и воплощающего исламскую доктрину в полном объеме (т. е. доктрину исламского возрождения). Модернизация – столкновение традиционных обществ с западной цивилизацией (прежде всего с техникой) – порождает стремление элиты копировать западный образ жизни. Но это ведет к большему, чем ранее расслоению общества, противопоставлению культурной элиты и плебса, росту богатства на одном полюсе и бедности на другом. Отсюда

реакция – стремление к возврату традиционных ценностей. В этом ключ к пониманию возрождения ислама в ходе революций и роста роли проповедников. В то время как либерализм становится идеологией новых привилегированных слоев, традиционализм – уделом нищих масс.

Возврат к традиционным ценностям в этих условиях выступает как следствие противоречий переходного периода. В своей нищете плебс остается верным этой исконной культуре, ее нормам, которые ориентируют на сохранение образа жизни в неизменном виде. Это население поворачивается к своим собственным идеологам – религиозным проповедникам, традиционно составляющим интеллектуальную сеть, близкую к народу. В странах, где на вершине иерархии существует мощная, независимая и богатая церковь (как в шиитском Иране), она располагает широкими кадровыми ресурсами (более близкими к народу, чем государственные чиновники), идеологической доктриной и ритуалом, который всегда оставался неизменным и не обновлялся. Это позволяет осуществлять сакрализацию культуры верующих масс в рамках традиционных норм. Традиционалистские слои общества остались враждебны к нравам европеизированных высших слоев и всему, что их символизирует. Сам ислам также трансформируется в ходе социальных изменений и борьбы: отсюда историческая возможность осуществления модернизации в традиционных формах. Если модернизация объективно выдвигает западнически ориентированных людей, то возрождение ислама – консервативные элементы, дает им возможность сохранить свои традиционные привилегии и статус в обществе. Эти силы объединяются в противодействии Западу. У Хомейни не было необходимых или даже иллюзорных рецептов, чтобы стать Робеспьером или Лениным, – говорит Родинсон. Они не были духовными иерархами. Скорее, здесь уместно сравнение с Савонароллой или, в случае некоторых практических идей, касающихся власти, – с Кальвиным или Кромвелем, но возможно также и с Торквемадой.

Для понимания вклада ислама как политической идеологии целесообразно отметить некоторые его особенности в качестве религии. В отличие от христианства ислам предстает не только как ассоциация верующих, признающих одну истину, но и как «тотальное общество» (186). Христианство возникло и существовало в государстве, осуществляло идеологическую власть параллельно с государством, стремилось доминировать над ним, но не подменять ею. В сравнительной перспективе, предложенной современными исследователями, политические идеологии двух религий (христианства и ислама) оказываются весьма различны. Идеальная цель христианства – конституция Церкви, т. е. структурированная организация общины верующих, обеспечивающая каждому верующему возможность осуществить свое спасение, воспользоваться божественной благодатью. Церковь требует от государства как минимум обеспечить защиту и помощь, которые помогут ей выполнить ее собственную миссию. Напротив, мусульманская община, родившаяся в племенном обществе, где не существовало государства, была (как видно из биографии Пророка) вынуждена обстоятельствами самоорганизоваться в государство практически со времени своего возникновения. Община верующих была в то же время политической структурой – государством. Стать мусульманином означало в одно время принадлежность к религии, движению и организации политического типа, т. е. стать одновременно верующим и подданным. Глава общины Пророк и его преемники – халифы были вождями, соединявшими в одних руках решение вопросов веры, внутреннего управления общиной-нацией и внешними отношениями любого рода. Отсюда – тенденция к реализации идеального государства в виде всемирной империи, где религиозная и светская власть неразделимы. В этом смысле ислам, по мнению некоторых исследователей, имеет сходство с коммунистической идеологией, подавляя личность и заставляя ее верить в то, что это лучшее общество из всех возможных, не замечая его недостатки. С тоталитарными идеологиями ислам сближает закрытость общества, теократический характер государства, недопущение сект и инакомыслия, соединение морали и религии (морально то, что угодно Богу). Достаточно, следовательно, жестко следовать Корану и традиции (однажды очищенной критической работой от неаутентичных элементов), чтобы установить, или лучше сказать, восстановить в мусульманском обществе гармонию и справедливость, существовавшие ранее. Высший глава общины – имам или халиф, на которого возложена обязанность следить за четким применением принципов, в то же время делегирует часть своих функций назначенным

администраторам, но призван сохранять личный контроль и наблюдение за ними. В качестве легитимного наследника Пророка имам имеет огромную легитимность, а его власть приобретает харизматический характер. Все концентрируется, следовательно, в личных качествах имама, от которого зависит хорошее руководство общиной, назначение компетентных агентов, справедливых и почтенных, отстранение их в случае невыполнения ими своего долга. Таким образом, оказывается, что имам на практике является подлинным главой общины, располагает властью, что отнюдь не всегда было так. Согласно традиции имаму следует повиноваться, причем какой-либо механизм контроля над ним отсутствует. Теоретически возможно отрешение имама от власти, если он неправеден (прежде всего, с точки зрения религиозных догматов), но фактически это всегда происходит уже после переворота, чтобы легитимировать власть нового имама. На практике, отрешение от власти никогда не было ни чем иным, нежели теоретической легитимацией, сделанной a posteriori, уже после переворота, восстания претендента, свержения имама с помощью силы. Всегда находились религиозные теоретики, способные с помощью религиозных догматов освятить любую подобную политическую акцию. Если свергнутый имам оказывает сопротивление, то, очевидно, что восставшая сторона найдет способы обоснования и поддержки конкурирующего имама. Однако речь не идет об оправдании восстания в принципе, которое всегда осуждается. Речь идет о необходимости повиновения единственному легитимному имаму. Таким образом, как система религиозных догматов, ислам, в отличие от христианства, не включает в себя таких принципов, как конфликтность естественного и позитивною права, учение о легитимной власти и тирании, из которого в западной средневековой христианской философии выводились идеи договорной природы общества, прав личности в отношении государства, концепции легитимного сопротивления тирании. Ислам обосновывает такое теократическое государство, которое не знает правовых ограничений власти.

В литературе отмечается, однако, известная неопределенность понятия исламского государства, связанная, во-первых, с различными его историческими прецедентами и, во-вторых, с разным содержанием, которое вкладывалось в это понятие самими исламскими теоретиками. Можно теоретически сконструировать три идеальных типа: арабское государство; исламское государство; азиатское государство. Всякий раз, когда говорим об исламском государстве с III до XX в. мы, – отмечает французский исследователь, – имеем в виду, в сущности, комплексную реальность арабо-исламо-азиатского государства. Идеальную модель исламского государства создал Ибн Халдун. «Homo islamicus» – в определенных случаях идеальный тип мотивации. Исламская мысль не способна дать диагноз и терапию всего круга проблем, которые стоят перед их обществами. Можно говорить о кризисе традиционной исламской идеологии, представители которой вынуждены принять одну из существующих идеологий (исламский либерализм, исламский социализм, национализм и т. д.). Современный ислам, таким образом, есть нео-ислам, который является в большей степени политико-социальной идеологией, нежели теологией или социальной практикой (187).

В то время как в Европе революции следовали за довольно жестоким и продолжительным конфликтом между религиозной и светской властью, в мусульманских обществах этот конфликт не имел места. Светская власть в этих обществах столетиями поддерживалась, по крайней мере в теории, властью священных законов. В отличие от европейских революций, которые имели интеллигентский характер (всегда новая доктрина революции и стратегия использования масс для захвата власти), исламские революции делаются религиозными теоретиками и фанатиками. Это возможно в исламском обществе, благодаря специальным отношениям, которые традиция обеспечивает между лидером и массами (апокалиптичность исламского универсализма). Вот почему, в отличие от развития революций в Европе, революция в исламе не дает императива секуляризации человеческой истории. Установление исламского царства справедливости и власти есть уже политическая ценность, коренящаяся в вере адептов. Подобно католицизму и кальвинизму в европейской истории, исламский фундаментализм способствует возвращению мусульманского общества в рамки коллективистской религиозной традиции, делая это во имя очищения духовной жизни общества (188).

Конфликт идеи правового государства с принципами исламского государства,

закрепленными рядом конституций под влиянием иранской революции (Египет, Сирия), является свидетельством неустойчивости ситуации. Ключ к пониманию конфликта – столкновение традиционного мусульманского права с задачами модернизации и рационализации (которая оборачивается европеизацией права, заимствованием западных конституционных норм). Однако эти нормы не действуют в традиционном обществе: возникает порочный круг, возвращающий ситуацию к исходной точке конфликта. Наступление улема против правового государства, возрождение исламского права под влиянием национализма стали характерными тенденциями последнего десятилетия (189). Во многих странах принятие ислама в качестве официальной (конституционной) религии и политической идеологии является вынужденной мерой, предпринимаемой военными режимами в условиях борьбы с силами фундаментализма. Именно армия, бизнес и бюрократия оказываются теми силами, которые сдерживают рывок исламского фундаментализма к власти. Данное отношение к исламу было характерно для многих крупных реформаторов исламских обществ, как Кемаль Ататюрк и Насер, выступавших за модернизацию и европеизацию своих стран вопреки исламским традициям.

Модернизация и европеизация в исламских странах, прежде всего Османской империи, вела, начиная уже с XVIII–XIX вв. к следующему выбору: оставаться на позициях реформ и углублять их при техническом содействии Запада вопреки сопротивлению духовенства (улама) или, напротив, вернуться к фундаментальным культурным ценностям (ислама), позволяющим сохранить идентичность, защитные механизмы культуры, реформировать также сам ислам в целях укрепления мусульманского общества. Обе тенденции подразумевают изменение, однако, первая – более радикальное (путем простого заимствования техники и достижений); другая – более консервативное, связанное с сохранением стереотипов восприятия или даже их укреплением. Первый путь представлен Мустафой Кемалем (1881– 1938) и получил название кемализма, второй – выражается в доктринах исламского фундаментализма.

В условиях глобализации мира исламский фундаментализм оказался идеологией, претендующей на интеграцию ряда деструктивных доктрин и практики в единую идеологию, имеющую признаки тоталитарной. В своей политической риторике он объединяет как собственно традиционные мотивы (борьба Запада и Востока, конфликт цивилизаций, культур и религий), так и различные формы деструктивного социального протеста (национализм, антиколониализм и т. д.). В своем отрицании принципов открытого либерального общества и западной индивидуалистической культуры, он оказался способен принимать крайне агрессивные формы. В этих условиях представляется важным разграничить ислам как религию и исламский фундаментализм (радикальный исламизм) как политическую идеологию. Последняя, подобно другим политическим идеологиям (например, коммунизм, национализм, фашизм), приобретает собственную логику развития, не зависимую от первоначальных содержательных ингредиентов.

6. Глобализация, модернизация и новые идеологические течения: насколько универсальна европейская модель гражданского общества и правового государства

Радикальные изменения связаны с процессом глобализации: среди них качественное изменение коммуникаций; новые конфликты (приобретающие глобальный характер); как следствие – новые идеологии (воспроизводящие на новом уровне обобщения старые идеи). Борьба за контроль над ресурсами, коммуникациями, информацией, образованием и проч. становится социальным основанием глобализма и антиглобализма. Появление антиглобализма как некоторого (пока весьма неопределенного) подобия идеологии, окрашенного левой направленностью, – интересный феномен в контексте данного исследования. В это течение мощным потоком влились все дискриминируемые социальные слои – по экономическому, экологическому, социальному, половому, возрастному параметрам. Функция этой протоидеологии – заменить или радикально модернизировать весь спектр старых элементов критической теории. Здесь много от утопического социализма, марксизма, анархизма и

национализма. Антиглобализм (который некоторые рассматривают, впрочем, как разновидность глобализма) поставил ряд острых проблем (точнее воспроизвел стереотипы новых левых 60-х гг.): демографический взрыв (перенаселение) и нехватка ресурсов (в частности, энергетических); концентрация могущества и власти на одном полюсе, рост нищеты и агрессивности – на другом; новый передел мира транснациональными корпорациями (монополиями и олигополиями) и стремление к сохранению контроля со стороны национальных элит и правительств; растущая унификация культуры и образа жизни и увеличение ценности оригинальной национальной культуры; интенсивное движение к демократии и сохраняющаяся угроза тоталитаризма; конфликтность демократии (как правления большинства) и верховенства права (как приоритета прав меньшинств и индивида); новые информационные технологии и все большие трудности доступа к объективной информации; стандартизация и технологизация общества и увеличение значения отдельной личности; наконец, исчерпание ресурсов и грядущая экологическая катастрофа. При решении этих вопросов возрастает значение научной теории, которая противостоит идеологии именно в том, что касается способов объяснения общества и определения перспективных тенденций его развития.

Возможность глобального гражданского общества и правового государства. Центральной темой дискуссий стал вопрос о переходе к глобальному гражданскому обществу. Основными общими факторами развития гражданского общества в Европе стали: переход от традиционного (феодального) общества (основанного на иерархии сословий и системе привилегий) к обществу нового времени, которое можно определить как гражданское или демократическое (в смысле равенства прав индивидов и закрепления их политических свобод). Данный процесс опирался на расширяющуюся коммерциализацию, перестройку традиционной земельной собственности, создание новых социальных отношений собственности. В ходе этого процесса владение перестало связываться с позицией в социальной иерархии, получив (независимо от ее характера) расширительную индивидуалистическую трактовку. Другой фактор был связан с созданием мощных централизованных государств и бюрократии, выступающей инструментом унификации социальных отношений и разрешения конфликтов между социальными слоями. Объективно данный процесс (независимо от коммерциализации и политических кризисов) вел к формальной нивелировке общества. Становление индустриального общества предполагало расширение области формальных социальных прав на такие сферы, как борьба с бедностью и социальное страхование, введение всеобщего начального обучения, медицинского обслуживания населения, расширение коммуникаций и повышение уровня культуры населения в целом. Третий фактор – образование национальных государств и закрепление национальной идентичности (связь гражданских прав с национальной принадлежностью).

Интерпретации гражданского общества и правового государства в современной науке опираются на определение гражданства, вытекающее из классической либеральной модели, с ее эволюционизмом, верой в прогресс и телеологизмом. Гражданское общество есть реализация прав и соответствующих им обязанностей граждан перед государством, выступающим в качестве гаранта этих прав. Гражданское общество включает три измерения – правовое (равенство перед законом), политическое (избирательное право) и социально– экономическое (например, право на охрану здоровья) (190). Данный подход получил развитие и корректировку в новейших исследованиях проблемы. Во– первых, положив в основу европейскую модель движения к гражданскому обществу, классическая теория оставляет вне рассмотрения особенности движения к нему в других регионах, где развитие гражданских прав может иметь (и имеет) специфику, связанную с традиционализмом этих обществ; во-вторых, доминирующая модель западной демократии (с установившимся в ней соотношением прав и обязанностей) не охватывает чрезвычайно разнообразной и противоречивой динамики современною мира, где реализация одних (например, экономических) параметров гражданского общества часто сопровождается ослаблением или подавлением других параметров (правовых и политических); в-третьих, необходимо учитывать неоднозначное положение различных социальных категорий (например, женщин, иностранцев, национальных меньшинств) (191). Современный социологический подход к гражданскому обществу включает такие параметры, как этнический

и национальный состав общества, его классовое, половое и возрастное деление, проблемы самоидентификации различных социальных меньшинств и реализации их прав, наконец, политизацию этих прав в рамках национальных государств и в глобальной перспективе.

Переход от национальных государств к созданию наднациональных властных центров ведет к отрыву отдельных компонентов гражданства от той его трактовки, которая была связана с существованием национальных государств. В частности, возникает феномен международного вмешательства в политику национальных государств в связи с защитой прав человека (так называемая гуманитарная интервенция), ставящая под вопрос ранее незыблемую теорию государственного суверенитета. Права человека впервые поставлены на наднациональный уровень, а их защита выражается в давлении международного сообщества на национальные государства с целью изменения их конституционных норм (примеры стран Восточной Европы, Южной Африки, Ирака, борьбы с терроризмом, появление стран-изгоев) (192). Следует подчеркнуть влияние Европейского суда по правам человека и его прецедентов для национальных систем конституционного правосудия. В странах Европейского союза наметилась тенденция по выведению определенных гражданских прав (особенно социальных прав, но отчасти и политических, в связи с европейским избирательным правом) за пределы исключительной компетенции национальных государств и их внутреннего права (193). Следовательно, конструкция гражданства в ее традиционном виде испытывает процесс эрозии и размывания, распадаясь на различные группы прав и обязанностей и не концентрируясь более в узких рамках национальных государств. Таким образом, эпоха национальных государств Нового времени уходит в прошлое, а вместе с ней и различные идеологические стереотипы, обусловленные формированием гражданского общества в отдельных странах. С этим связано перенесение идеологических дебатов с национального на транснациональный уровень (например, споры еврооптимистов и европессимистов, сторонников и противников европейского выбора России). В свою очередь, это делает актуальным переосмысление ключевых положений теории гражданского общества и правового государства.

Переход к демократии во всемирном масштабе оказался тем вызовом, ответом на который стала политическая философия либерализма, обосновавшего концепцию гражданского общества и правового государства. Мы реконструировали различные тенденции интерпретации демократии и показали, в чем состояла принципиальная новизна решения данной проблемы либеральной политической теорией и практикой конституционализма. Определяя либерализм как политическое движение, имеющее своей целью защиту прав личности, необходимо рассматривать тот или иной вариант либерализма в связи с тем, каков механизм достижения цели в данных конкретных условиях. Мы видели, что либерализм определяет направление своего движения в рамках стратегии правового государства, конституционализма. При таком подходе становится возможным интерпретировать политическую программу и политическую деятельность, которая, варьируясь в ходе изменения политической ситуации в истории и современности, остается в то же время сама себе равной по отношению к главным ценностям либерализма и конституционализма. В результате мы получаем определенную познавательную модель, которая может быть использована для объяснения политических режимов и политических конфликтов в широкой сравнительной перспективе как в прошлом и настоящем, так и в будущем.

Философское осмысление глобального социального конфликта, с которым столкнулось человечество в XX в., а также стратегии выхода из него, предложенные различными идеологиями современности, представляют область размышлений, связанную с созданием картины будущего общества, определением приоритетных параметров формирования личности. В XX в. не только происходит формирование кризисного сознания, но идет и его осмысление. В центре внимания в этой связи должны оказаться, во-первых, известные концепции философов и социологов культуры – Гуссерля, Шпенглера, Ортеги-и-Гассета, Ясперса, Манхейма, заложивших теоретические основания обсуждения проблем цивилизационного кризиса, во-вторых, русских социальных мыслителей, как Сорокин, наиболее остро почувствовавших глобальный характер перемен на рубеже веков и предложивших первые модели его объяснения в связи с русской революцией; в-третьих, воззрения представителей технократических теорий от Бернхейма до Гелбрейта и Белла, Маркузе и Тоффлера, сформулировавших принципиальные

социологические выводы о влиянии техники и технологий на социальные структуры и культуру (194). Речь идет о переходе от метафизических и религиозно-этических концепций кризиса европейской культуры начала XX в. к рассмотрению его как глобального социокультурного феномена во второй половине XX в., связанного прежде всего с научно-технической революцией, и, наконец, к осмыслению данного явления как глобального кризиса общества в новейшее время. В этой перспективе важно становление доминирующего технократического подхода к развитию общества, вклад Римского клуба – международной неформальной общественной организации, созданной на рубеже 60–70-х гг., активно действовавшей в 90-е гг. специально с целью независимого изучения глобальных проблем, кризисных ситуаций и поиска выхода из них. Контуры теории «мировой солидарности» (фактически утопии, представленной этим направлением) таковы: значение философского анализа глобальных проблем, анализ соотношения науки и техники, новые требования к образованию, развитие всеобщей солидарности для решения глобальных проблем, сочетание общества со множественностью культур и унифицирующих тенденций информационного общества, рост значения теоретических знаний и фактора личности. Осмысление этих проблем на уровне макротеории представлено в трудах А. Турена (195), Ю. Хабермаса (196). В этот ряд должны быть включены различные концепции индустриального и постиндустриального общества, коммуникативной демократии, информационного общества, постмодернизма (197).

Центральным направлением современных дискуссий об обществах переходного типа становится выяснение роли технологии как самостоятельного фактора конфигурации социальных отношений. Если для традиционного подхода было характерно в принципе рассмотрение технологического прогресса вне его социального контекста, то в настоящее время за ним признается роль в конструировании социальных структур, моделировании трансформационных процессов. Диаметрально противоположными оказываются, однако, выводы о возможности социальной адаптации новейших телекоммуникационных технологий, механизмах их применения и воздействии на политическую власть в разных типах обществ. Это хорошо видно на примере дебатов об информационном обществе (М. Кастельс) (198).

Результатом исследований стало конструирование ряда моделей взаимодействия общества и информационных технологий: во-первых, модель гармонического синтеза социальных и информационных сетей, обеспечившего значительный экономический прогресс региона (например, ряда стран Азии); во-вторых, модель деструктивных последствий успешной информационной революции для социальной структуры (страны Запада); и, в-третьих, модель срыва технологического прогресса в неподготовленной для этого социальной среде (посткоммунистическая модернизация в Восточной Европе и России). Выяснение причин столь различных путей интеграции регионов мира в структуры современного глобального общества определяет предмет споров.

Глобализация и информационализм порождают качественно новые технические условия, но они не меняют природы человека и мотивов его поведения. Становление современного гражданского общества в последние двести лет при таком подходе включало в себя и переход от сословного строя к всеобщему равенству и социальной демократии, и становление в XX в. массового общества и социального государства. В данной перспективе информационные технологии и их возможности могут рассматриваться как новый шаг в этом направлении. Поскольку телекоммуникации позволяют свободно обмениваться информацией и знаниями, осуществлять интерактивное обучение, они являются важнейшим инструментом коммуникативной демократии и в этом смысле способствуют развитию гражданского общества.

Переход к информационному обществу, на наш взгляд, выражает процесс, аналогичный предшествующему переходу от аграрного к индустриальному и от сословного к массовому обществу. Он связан с интеграцией личности в мировые коммуникации в ходе длительной эволюции от социального традиционализма к рационализму и от национальных государств к системе международных отношений и глобализму. Вся история человечества в известном смысле есть серия таких информационно-технологических переворотов – от изобретения первых иероглифов до книгопечатания, развития современных средств массовой информации и компьютерной эры. Циклическая смена эпох сбора информации и научных переворотов также

должна приниматься в расчет, вызывая в памяти концепцию научных революций.

Негативными следствиями информационной глобализации признаются унификация и стандартизация сознания, с одной стороны, отторжение целых регионов мира и локализация политики, – с другой. Ряд стран традиционной культуры, как, например, Япония, Китай, Испания или Бразилия, становясь информационными обществами, не теряет культурной самобытности. В то время как другие, не став частью глобального информационного общества, напротив, уже испытывают его деструктивное влияние. В целом процесс дезинтеграции единого Третьего мира (особенно стран Африки и Латинской Америки) соотносится с отторжением от глобальной информационной экономики в силу их структурной иррелевантности, которая является более угрожающим состоянием, чем зависимость. Сетевые структуры связаны с государством, однако, в отличие от формальных бюрократических структур имеют неформальный характер, базируясь на персональных отношениях. Эффективность действий подобных сетевых структур часто прямо пропорциональна правовой неопределенности и является своеобразной гарантией стабильности в условиях политического и правового вакуума. В частности, на это указывали исследователи неформальной экономики многих стран – от Латинской Америки до Тихоокеанского бассейна и Восточной Европы. Возможна и обратная ситуация, когда новые технологии закрепляют традиционные региональные, социальные и национальные стереотипы сознания.

В этой перспективе правомерен вопрос, станет ли информационная технология (Интернет) инструментом создания гражданского общества, просвещения и экономического благосостояния или, напротив, дегуманизирующее влияние виртуальной реальности ввергнет человечество в некий новый информационный феодализм. Последняя точка зрения получила широкое распространение. Интерактивное взаимодействие с системой телекоммуникаций ведет к принятию ее логики, языка, символов и паролей. Включенность в систему и возможность беспрепятственного доступа к потокам информации есть ключ к достижению власти, богатства и свободы в информационном обществе. Дезорганизация массового общества и четкая организация элит получают новый технологический импульс, закрепляя и даже усиливая существующее социальное неравенство. Это ведет к отказу от традиционной социологической концепции властвующей элиты, господство которой опирается исключительно на силу. Реальное социальное господство в информационном обществе, согласно данному мнению, возникает из владения встроенными в социальную структуру культурными кодами, которое само по себе открывает доступ в структуру власти, и поэтому элите нет необходимости тайно блокировать доступ в свои сети. Ее господство достигается путем создания единых центров производства унифицирующих символов, стиля жизни, дизайна пространственных форм и архитектуры, специально предназначенных для информационного господства.

Дискуссия о негативных и позитивных сторонах воздействия информационных технологий на общество напоминает предшествующие дискуссии о феномене демократии. Излишне быстрый переход от традиционного общества к демократии в начале XX в., связанный с торжеством всеобщего избирательного права, был неотъемлем от социальной демагогии, демократической легитимации авторитарных и тоталитарных режимов, появления мнимого конституционализма. В более длительной перспективе, однако, оказалось, что разрушительные последствия перехода к демократии снимаются в ходе ее поступательного развития быстрее, нежели в тех случаях, когда это развитие искусственно сдерживается. Ряд кризисов демократии закончился созданием новых ее форм. Современная социология предложила синтез теории демократии и теории элиты в концепции представительной демократии и плюрализма элитных групп. Мы не видим оснований подвергать эту классическую модель ревизии на основании появления новых информационных инструментов господства (199).

Вопреки негативным выводам о социальных следствиях глобальной информатизации мы, имея опыт закрытого общества, лучше представляем позитивную сторону этого процесса. Интернет впервые в истории создает ситуацию, исключающую прямой государственный контроль над информацией или цензуру. Он позволяет получить информацию в кратчайшие сроки в любой точке мира. Таким образом, все предшествующие способы закрыть общество, как бы того не хотели сторонники изоляционизма, оказываются в настоящее время неэффективными. Тем, кто подчеркивает угрозу информационной безопасности, Интернет,

самим фактом своего существования, напоминает о сохранении ее свободного обмена. Позитивные стороны Интернета могут возрастать в дальнейшем, когда с развитием технического прогресса уже не будет реальной возможности осуществлять контроль над ним.

Конечно, на каждое открытие в истории находилось контроткрытие, и их борьба определяет динамику доминирующих технологий. Не следует думать, что информационное общество есть разрушение цивилизации, как не были ими и коперникианский переворот в понимании мироздания, великие географические открытия или изобретения новых видов энергии. Интернет сравнивают с новым видом энергии, с изобретением электричества. Если принять это сравнение, то мы получаем вполне конкретный ориентир для сравнительной интерпретации вклада информационно– технологической революции. Усложнение мира и усиление степени неопределенности и риска, как и в случае с другими изобретениями, уравновешиваются параллельным развитием инструментов управления ими.

Типологический подход к изучению идеологий. Мы определили идеологию как особое состояние общественного сознания, реализующееся в результате установления взаимосвязи трех основных факторов: системы идей, объясняющих общество, социальные конфликты и способы их разрешения; достаточно представительного социального слоя, принимающего эти идеи как руководство к действию; и, наконец, определенной организации, обеспечивающей постоянные информационные связи руководителей с движением их сторонников. Данный подход, во-первых, позволяет разграничить идеологии (в узком смысле) и все другие формы общественного сознания (религия, философия, наука, образование и т. д.); во-вторых, более четко определить социальные условия, в которых реализуется возможность появления или воспроизводства идеологий (это ситуации социальных конфликтов на макроуровне, предполагающие вовлечение широких масс в политику); в-третьих, показать характер динамики идеологий и попытаться понять возможности влияния на нее. Так, например, возможно появление крупной философской или научной доктрины, которая не получает социальной поддержки и, следовательно, не становится политической идеологией; и, с другой стороны, возникновение некоторой общественной инициативы или социальных установок, имеющих широкое социальное распространение (как, например, реклама или мода), не становящихся от этого политической идеологией, т. е. системой мировоззрения. Напротив, некоторые знаки и символы, вызывающие активное социальное отношение (как, например, гимн, флаг и герб) могут способствовать идеологической мобилизации. Наконец, интеллектуалы, политики и так называемые «узнаваемые» лица масс-медиа, шоу-бизнеса или массовой культуры отнюдь не становятся по этой причине идеологами. Идеология, таким образом, является совершенно конкретным продуктом взаимодействия указанных социальных обстоятельств, можно даже сказать, в известном смысле – уникальным продуктом; появление основных идеологий нового времени отнюдь не является случайным, но детерминировано социальным конфликтом при переходе от традиционного (сословного) общества к демократии (массовому обществу); наконец, исходя из этого можно предположить, что соотношение идеологий и динамика их развития также подчинены определенной логике.

В литературе справедливо отмечалось, что феномен идеологий, кажущийся современному политизированному сознанию вполне обыденным явлением, вовсе не является таковым для всех эпох. Само обращение к идеологиям общественного сознания и их востребованность обществом – это отнюдь не линейный процесс. Некоторые эпохи отличаются особой интенсивностью идеологических дебатов, другие, напротив, характеризуются полной пассивностью в этом отношении. Говорят об эпохах идеологий и конца идеологий. В качестве примеров интенсивных идеологических дебатов выступают революции, например, Французская 1789 г., русская 1917 г. В мировом масштабе интенсивный период идеологий и утопий, связанный с русской революцией и последовавшим за ней расколом мира (экономическая депрессия и острые классовые столкновения, подъем фашизма и расового империализма в высокоразвитой стране, трагическое саморазрушение революционного поколения, рационализированное и бюрократизированное уничтожение миллионов в концентрационных лагерях), сменился разочарованием в ее результатах. Для радикальных интеллектуалов, которые находились под впечатлением революционных идеологий XIX и половины XX в., наступил конец почти религиозных хилиастических надежд, милленаризма, апокалиптических

идей и, в конечном счете, – самой идеологии. На рубеже XX и XXI вв. в эпоху кризиса коммунистической идеологии и ее практического воплощения в реальном социализме и этот взгляд стал рассматриваться как чрезвычайно идеалистический. Возникло представление о том, что идеологический способ видения мира вообще лишен перспективы и необходим поиск некоторой новой антропологической концепции общества. Параллельно с этим был сделан вывод о прекращении существования интеллектуалов как особого социального слоя, функция которого состоит в воспроизводстве и развитии идеологий. Этот отказ от абсолютизации идеологического сознания и представления о борьбе идеологий как игре с нулевой суммой позволил релятивизировать ценность каждой из них, анализируя достоинства и недостатки отдельных компонентов, заниматься поиском синтеза элементов различных идеологий и даже выдавать этот бриколяж за новые идеологии.

Проведенный нами анализ, однако, не позволяет полностью согласиться с этой точкой зрения. Отказ быстро меняющегося общества от идеологий классического типа, действительно имевший место в последнее время, вовсе не означает отказа от идеологий вообще как формы общественного сознания. Мы живем в век идеологий, а оптимистические речи об их скором конце столь же обманчивы, как и более ранние – о конце интеллектуалов. Прогнозы об отмирании идеологии и интеллектуалов делались неоднократно, но каждый раз восстанавливались в новом виде. Вопреки прогнозам начала XX в., они сохраняли и даже усилили свое значение в межвоенный период; прогнозы последующего времени не помешали идеологиям и интеллектуалам играть принципиальную роль в послевоенной модернизации европейского общества (особенно, в 60-е гг.). Наконец, кризис конца XX в. вновь привел к резкому увеличению роли идеологий. Таким образом, очевидно, что идеологии выполняют в современном массовом обществе исключительно важную роль, а их создатели – идеологи – представляют собой социальный слой, выполняющий в известном смысле перманентную роль – социальной ориентации общества, конструирования моделей будущего социального устройства, без которых невозможно развитие. Тезис об отмирании идеологий и идеологов весьма напоминает другой тезис – о прекращении существования бюрократии в будущем. Он является порождением тех же идеалистических представлений и не дает конструктивного прогноза. Важный фактор успеха любой идеологии – это ее шокирующая новизна, простота, доступность для массового сознания. Поэтому идеологии не просто могут, но, как показывает опыт их развития, должны (подобно вирусам) постоянно менять форму, сохраняя прежнее содержание. В настоящее время в условиях информационного (мультимедийного) общества особенно заметен отрыв содержательной стороны идеологии от форм ее распространения. Данный феномен изменчивости идеологий лишь усилился благодаря современным коммуникациям, но он всегда имел место в истории. В длительной перспективе удается обнаружить историческую преемственность основных идеологий, хотя формы и характер их выражения могут быть радикально изменены.

Классификация идеологий возможна по различным признакам, некоторые из которых могут казаться формальными, в то время как другие существенными. Исходя из данного нами определения идеологии (как взаимосвязи трех параметров – учения, социального движения и организации) предложим следующую классификацию: 1) по степени завершенности идеологии можно разделить на сформировавшиеся (где присутствуют все три указанных элемента, как это имеет место в случае классических идеологий) и идеологии, находящиеся на стадии формирования, когда в выраженной форме присутствует один из элементов, а другие находятся in statu nescendi (это позволяет раскрыть различные фазы формирования всякой идеологии, а также разрабатывать проблему исторических протоидеологий и вести изучение аморфных идейных движений современности, которые могут претендовать на статус идеологии в будущем); 2) по отношению к информационному пространству – открытые (доступные для принятия новой социальной информации и ее критического использования) и закрытые (неподвижные, догматические). Переход идеологии от одного состояния к другому выражает также определенную логику ее развития, которая может привести к кризису идеологии, неспособной развиваться (как это произошло с марксизмом). Здесь важно обратить внимание на характер коммуникаций: каковы инструменты воспроизводства взаимодействия масс и представителей (печать, ораторская речь, проповедь, современные коммуникации и проблема

медийности); 3) по отношению к личности – тоталитарные (ориентированные на поглощение личности) и демократические (отстаивающие принцип интеллектуальной свободы и творческого развития индивида); 4) по отношению к новизне и связанным с ней социальным изменениям (тому, что определяется понятием «модерн») – идеологии традиционного типа и новые, ориентированные в прошлое или в будущее; 5) по отношению к государству – государственные (закрепленные в конституциях и других официальных программных документах государства) и негосударственные идеологии (возможен переход из одного состояния в другое: коммунизм утратил статус государственной идеологии, а ислам в некоторых странах – приобрел); 6) по восприятию обществом – легитимные и нелегитимные (идеология может быть официально признанной, но утратить легитимность (социальную поддержку) в обществе и, наоборот, иметь социальную поддержку, но не пользоваться официальным признанием, как, например, раннее христианство в Римской империи); 7) по отношению к праву – правовые (принимающие право как способ социального регулирования) и неправовые (отстаивающие правовой нигилизм); 8) по характеру воздействия на общество – разрушительные и консолидирующие; 9) по методам осуществления изменений – революционные (экстремистские) и реформационные (умеренные). В связи с этим важно знать, кто идеологи: религиозные пророки, философы, революционные демагоги или партийные вожди; 10) по своим результатам в отношении свободы личности – авторитарные и демократические и проч.

Эти общие соображения дают возможность перейти от эмпирического изучения отдельных идеологий и их сравнительно-исторического анализа к конструированию модели явления – идеальному типу идеологии вообще. Это позволяет говорить о фазах развития, структуре и механизмах регуляции всякой идеологии.

Мы выделили три основных фазы в развитии всякой идеологии, каждая из которых отражает стадии взаимодействия идеи и общества: первая связана с появлением идеологической концепции социальных изменений (созданной теоретиком или группой интеллектуалов); вторая – отражает распространение идеологии в более широких социальных рамках (например, значительного социального слоя); третья, высшая, фаза – определяется возможностью влияния на политику государства через парламент. В России марксизм прошел все стадии развития – от идей кучки интеллектуалов к идеологии революционной партии и от нее – к государственной идеологии, которая в свою очередь была представлена несколькими фазами от начала формирования до упадка.

При изучении структуры идеологий очень важно определение этого явления Марксом как ложного сознания. Этот вывод позволяет сопоставлять феномен идеологий нового и новейшего времени с предшествующими формами религиозного сознания. Если такое сопоставление возможно, то выводы разработанной М. Вебером социологии религии вполне приемлемы для анализа идеологий (200). Разумеется, это сопоставление не означает тождества современных идеологии и религии, однако, указывает на черты сходства и даже известную преемственность идеологического сознания по отношению к религиозному (например, тот факт, что всякая идеология, в том числе «научная», исходит, как и религия, не из знания, а из веры; существует возможная параллельная типология форм религиозного и идеологического сознания, типы легитимности, природа харизматического лидерства, роль пророчества в религии и «научного предвидения» в идеологии). В том случае, если речь идет не об идеологиях вообще, но о такой их специфической разновидности как тоталитарные идеологии – сходство с религиозным сознанием становится еще более заметным. Так идеология марксизма-ленинизма, став государственной, превратилась в своеобразную светскую религию, а политическая система получила сходство с теократией, где власть принадлежала особой касте – партийному жречеству, разъяснявшему обществу и государственному аппарату подлинный смысл сакральных текстов (сочинений классиков, партийных программ и решений съездов). Данный идеологический феномен, в реальность которого трудно было поверить за столетие до его возникновения, оказался, тем не менее, сходным тем трактовкам идеологий, которые возникали в ходе других социальных революций – английской (пуритане), французской (якобинцы), иранской (муллы).

Важно установить, таким образом, каков характер системы коммуникаций (пресса,

масс-медиа, проповедь, листовка) и их организационное обеспечение (аппараты, ритуалы, лозунги и проч.), кто идеологи: религиозные авторитеты, философы, партийные вожди, революционные демагоги; какова ориентация во времени (направленность в прошлое или будущее) и пространстве (глобальные или локальные интересы); каковы методы воздействия на общество (просвещение или принуждение).

Структура подобных идеологий как социального явления также вполне сопоставима со структурой религий. Речь идет в обоих случаях о четкой организации взаимоотношения между массами и лидерами, паствой и священнослужителем. Организация, основанная на идеологии (партия как церковь или религиозный орден), представляет «идеологические институты государства». Христианство, ислам, марксизм – распространяются из единого центра (Назарет, Медина, Москва), формируют группы, а затем и целую сеть распространения, охватывая массы верующих или приверженцев. Затем формируется относительно стабильная система, подчиняющаяся формальной организации, имеющей постоянную структуру. Динамичный характер организации (церкви или партии) со временем утрачивается или тяготеет к статике, возникает бюрократическое перерождение, к которому ведет вся логика функционирования закрытой системы. Подобно тому, как в определенные исторические эпохи происходило слияние церкви и государства или даже подчинение светской власти духовной, в тоталитарных системах новейшего времени культивируется постулат приоритета партии и ее идеологии над государством (что выражается в идеологических постулатах руководящей роли партии или принципа фюрерства). Сращивание идеологических структур с государственными происходит за счет создания особого социального слоя (номенклатуры или партийного жречества), который воплощает всю полноту как духовной, так и светской власти в обществе (наиболее близким историческим аналогом выступают подобные группы в закрытых и традиционалистских обществах – египетские жрецы, средневековая европейская инквизиция, религиозные ордена и проч.). В результате партия и государство оказываются машиной в руках данного слоя, способной принимать любые управленческие решения и, одновременно, давать ему идеологическое обоснование (идеологическую легитимацию). В основе этого феномена в обоих случаях лежит мифологизация общественного сознания. В этом проявляется основное сходство теологической и идеологической картины мира. Тезис о том, что партия представляет рабочий класс – такой же миф, как и многие предшествующие, например, о божественном происхождении королевской власти. Коммунистическое общество оказывается высшим проявлением исторического идеализма, а критика религии как опиума вполне отражает противоречия идеократического общества.

Структура идеологии включает положения нескольких уровней: это ряд базовых и неизменных принципов (набор догм, составляющих твердое ядро идеологической системы); ряд более мягких положений, теоретически доступных изменениям и, наконец, совокупность операционных, инструментальных положений, призванных адаптировать принципы и нормы более высоких уровней к меняющейся социальной действительности. Эта адаптация может быть более или менее гибкой, но имеет определенный объективный предел, связанный с незыблемостью основных идеологических догм. Покушение на них, осуществляемое с целью социальной мимикрии правящей группой идеологов, приводит, как показывает опыт советской перестройки, к системному кризису идеологии, а вместе с ней и легитимности политического режима. Данная дилемма стоит в настоящее время перед политическими режимами, вынужденными выбирать между сохранением стабильности (идеологической легитимности) и решением задач модернизации (коммунистический Китай, теократический Иран).

Социальная функция идеологии в обществе не остается неизменной и может быть противоположной. Очевидно, что идеологии могут выполнять в обществе консервативную и революционную роль. В первом случае они обосновывают легитимность существующего режима, во втором – его ниспровержение. Опыт идеологического и революционного развития Европы показал широкому кругу людей, что кажущиеся столь привлекательными идеи разрушения – отнюдь не самый результативный путь социальных преобразований. Развитие Франции и других стран второй половины XIX в. не дает примеров идеологического доминирования (даже революция 1848 г. и Парижская Коммуна). Английская политика всего XIX и XX вв. может быть охарактеризована как социальный эксперимент постепенного

включения массового сознания различных групп в конструктивный путь развития (развитие избирательных систем, отмена гнилых местечек, расширение прав профсоюзов и проч.). Рабочие движения, в которые была включена квалифицированная часть рабочих, создавали основу для просветительской программы в среде рабочего класса. Здесь возникают различные формы социальной поддержки, работающие против идеи идеологии как разрушения существующего строя. Фактически эта задача оказалась там решенной. Деструктивная роль идеологии проявилась в странах, где гражданское общество не сформировалось в полном объеме. В начале нового времени в освоение социалистических и националистических идей включается огромный человеческий потенциал, причем политическая культура масс стала решающим фактором для рецепции этих идей, которые в более развитых странах не получили никакой поддержки. На этой основе происходит переход от монархического суверенитета к народному, от подданства к гражданству, возникает резкий конфликт демократии и принципа верховенства права (201). Для распространения идеологических учений такого рода массовую базу дает крестьянство, поскольку оно теряет привычный способ существования. В Европе это – Германия, Италия и Россия. Здесь эта идеология находит свою массовую базу, и стабильный идеальный тип внутри идеологии меняется: учение сильнее приспосабливается к пониманию масс. Огромен разрушительный потенциал этих новых приверженцев (поскольку по численности эти массы не идут в сравнение с европейскими массами). Это порождает особый тип вождей – учителей-практиков, которые одержимы идеей буквально «перевернуть мир» с помощью этой разрушительной силы. Особое внимание поэтому придается способам непосредственной передачи учения массам (технические средства, ораторский артистизм, демагогия, группы поддержки и т. д.) и особой организационной работе в массах. В этих условиях мы можем говорить о превращении идеологии классического европейского типа в политические программы. Целью их является захват власти с помощью потенциала масс. Приведение в действие лозунгов (весь мир насилья мы разрушим – слом государства) показывает, что непосредственная реализация программных установок приходит в определенное противоречие с реальностью. В свою очередь в смене лозунгов, оппозиций, вождей формирующийся строй обнаруживает тенденции к авторитаризму, а затем и тоталитаризму. Разрыв между тем, что предлагается массам, и тем, что содержится в учении, становится особенно резким. Но здесь мы уже переходим из сферы идеологии к политике.

В условиях острой конкуренции за голоса избирателей идеологии не могут оставаться неизменными. С этим связано явление заимствования одними идеологиями наиболее привлекательных (для массового сознания) положений других идеологий. В данном контексте можно объяснить три важных тенденции, которые иногда ставят в тупик исследователей идеологий. Во– первых, отказ от жестких форм классических идеологий прошлого и переход к их новым формам, связанный с существенными изменениями основных приоритетов (неоконсерватизм, неолиберализм, новые левые и проч.); во-вторых, явление гибридизации идеологий. Идеологии, как было показано, могут скрещиваться и приобретать гибридные формы именно потому, что их восприятие массовым сознанием не основано на самостоятельном критическом анализе и предназначено для пассивного массового восприятия. Сформировавшись в чистом виде, классические идеологии (консерватизм, либерализм, социализм, анархизм, национализм) в дальнейшем претерпели существенные изменения, связанные, в частности, с их взаимным сочетанием и поиском компромиссов между ними (в условиях перехода ко всеобщему избирательному праву и соперничества за голоса избирателей). Наиболее опасным для общества в XX в. стал, как известно, синтез национализма и социализма, нашедший выражение в тоталитарной идеологии национал-социализма. В рамках этого синтеза представлена также своя концепция демократии, понимаемой как полное поглощение личности коллективом во имя достижения национального величия. Другая модификация той же тенденции – модель «построения социализма в одной стране», объективно ведшая к отказу от интернационализма в пользу национализма и патриотизма. Различные варианты концепций «тоталитарной демократии» опасны именно тем, что стремятся контролировать общество и индивида безраздельно, апеллируя при этом к наиболее устойчивым архетипам традиционного сознания – аграрному коллективизму, всеобщему равенству, единству расы и крови, идеологии боевого братства. Данным идеологическим

комбинациям противостоят идеологии, отстаивающие в той или иной форме приоритет прав личности. Так возникает феномен либерально– консервативного синтеза, призванного противостоять социалистической идеологии, явление социального либерализма, ставящего своей задачей интегрировать в классическую либеральную идеологию некоторые принципы реформистского социализма с целью противостояния коммунистическому экстремизму. В этой перспективе можно интерпретировать также такие направления, как христианский или национальный либерализм. В-третьих, в сравнительной перспективе, очевидно, необходимо учитывать различный социальный контекст функционирования идеологий: в странах, где гражданское общество сформировалось, и где его нет; существует стабильная или нестабильная демократия; государство выступает как идеологически нейтральная сила или, напротив, жестко навязывает обществу одну идеологию. Будучи своеобразной лабораторией социальных реформ и их социологического объяснения, европейское общество индустриальной эпохи создало модели классических идеологий. Однако их заимствование и перенесение на другую социальную почву неизбежно модифицировало исходное содержание. Это в полной мере относится к рецепции идеологий в Центральной и Восточной Европе, особенно в России, которая уже в силу своего положения в мире становилась страной, где рациональные формулы различных европейских идеологий впервые проходили проверку традиционным социальным содержанием.

Глава 2
Социальные функции права: право и экономика

1. Правовой дуализм и направления его преодоления. 2. Институт собственности и практика его функционирования в экономике переходного периода. 3.Власть и собственность в правовом регулировании земельных отношений. 4. Механизмы создания нового права: проекты и их реализация. 5. Эффективность правовых реформ: модернизация и ретрадиционализация.

В данной главе предметом исследования становится соотношение правовой нормы и социальной реальности в условиях экономических преобразований. Центральными проблемами во многих странах, вставших на путь формирования рыночной экономики, являются: создание единой системы правовых норм и правил игры, соответствующих задачам экономической реформы; взаимодействие уровней правового регулирования, отраслей права; выявление пробелов и противоречий в правовом регулировании и возможностей их устранения, использование для этого судебной практики. В целом, предстоит преодолеть разрыв правовой нормы и реальности.

Социальные функции права проявляются в этой ситуации особенно отчетливо: речь идет о преодолении разрыва ценностей традиционного правового дуализма, который сформировался исторически в виде противостоящих друг другу двух правовых систем, которые в настоящее время определяют конфликт старого правосознания и нового позитивного права; формировании института собственности в его аутентичном (частноправовом) понимании; разрешении связанных с этим конфликтов по линии отношений власти и собственности (что очень хорошо иллюстрируется принятием нового земельного законодательства), наконец, механизмах разработки, принятия и реализации нового законодательства (что предполагает анализ как позитивного, так и негативного исторического опыта проектов и их реализации).

При рассмотрении этих вопросов в данной главе в сферу нашего внимания попадают прежде всего те параметры законодательного проектирования, которые имели общественный резонанс – отношений собственности, земли и недр, экологии и важнейших естественных ресурсов, экономической конкуренции и банкротства, защиты прав российского и иностранного бизнеса, а также новых проблем, связанных, например, с развитием информационных технологий. Они позволяют, с одной стороны, судить о том, каким образом принятие новых законов влияет на изменение социального поведения участников рыночной экономики, а, с другой стороны, выявить дисфункциональные аспекты этого поведения.

1. Правовой дуализм и направления его преодоления

Проблема правового дуализма в России. Специфика правовой системы России часто определяется понятием правового дуализма. Им обозначается традиционное сосуществование двух правовых систем – позитивного права (все больше находившего выражение в рецепции норм западного происхождения) и обычного (в основном проявившегося в рецепции норм неписаного крестьянского права), которое лишь частично было отражено в действующем законодательстве, но составляло реальную основу правового самосознания подавляющей части населения страны. Поэтому проблема кодификации гражданского права стала одной из центральных в пореформенной России второй половины XIX – начала XX в. В дискуссиях по этой проблеме участвовали крупнейшие теоретики права и цивилисты – К.Н. Анненков, А.Х. Гольмстен, С.И. Зарудный, К.Д. Кавелин, Н.М. Коркунов, Д.И. Мейер, К.И. Малышев, С.А. Муромцев, С.В. Пахман, Л.И. Петражицкий, И.А. Покровский, В.И. Сергеевич, Г.Ф. Шершеневич, выдвинувшие различные теоретические концепции системы кодификации (1). На основе сопоставления двух типов права раскрывается конфликт старого и нового права и выясняются причины и параметры кризиса легитимности той концепции земельной собственности, которая была зафиксирована в позитивном праве (Своде законов гражданских). В центре внимания – попытка преодоления правового дуализма, связанная с модернизацией правовой системы страны, рационализацией и модернизацией традиционных норм российского поземельного права, которая нашла выражение в проекте Гражданского Уложения Российской империи. Особое внимание уделено проблеме правового регулирования традиционных форм земельной собственности в новых условиях, а также переходных форм собственности, владения и пользования землей. Такая постановка вопроса позволяет по-новому интерпретировать научные дискуссии рассматриваемого периода, в частности, смысл использования ряда категорий римского и западного права для выражения сложной реальности поземельных отношений пореформенной России.

Трудности кодификации гражданского права. Русские гражданские законы не были однородны по составу, включая несколько систем гражданского законодательства: Свод законов гражданских (т. X, ч. 1); Гражданский кодекс царства Польского; Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских; Законы, действующие в Бессарабской губернии; Гражданские законы Великого княжества Финляндского. Постепенное развитие частного права отражалось в количественном росте статей и последовательных изданиях Свода законов гражданских (2). Такой экстенсивный путь развития законодательства приводил к искусственному соединению законодательных положений, возникших в разное время и отражавших «следы разных эпох и разных укладов общественной жизни». С этим связано появление идеи кодификации гражданского права в рамках единого уложения, различные стратегии кодификации (3).

Центральной проблемой в этом контексте стал анализ Свода законов Российской империи, сделавшегося в пореформенный период предметом всесторонней критики за его несоответствие рациональным принципам кодификации. Одна группа юристов (Таганцев и Цитович, Лозина-Лозинский) полагала, что Свод может рассматриваться как своеобразный аналог кодекса западного типа и должен быть признан законом (4). Другие исследователи (Г. Тельберг) считали Свод законов промежуточным этапом в истории русской кодификации, который был задуман Сперанским как среднее звено между простым собранием законов (Полное собрание законов Российской империи) и созданием окончательного кодекса гражданского права (в стиле кодекса Наполеона) (5). Эти исследователи показали, что Сперанский, ставя своей формальной задачей простую систематизацию русского права, в Своде существенно модернизировал его (6). Наконец, третья группа исследователей полагала, что Свод представлял собой не кодификацию в собственном смысле как переработку самого содержания законодательства с целью придать ему внутреннее единство и цельность, а скорее инкорпорацию, поскольку не отменял действия старых законов. Этот тезис в наиболее четкой форме получил обоснование в трудах Н.М. Коркунова, доказывавшего, что Свод законов есть простое сведение исторически накопившегося законодательного материала, систематизированного только внешним образом. В специальных работах по проблемам

кодификации русского права Н.М. Коркунов шел еще дальше, говоря, что Свод не может быть признан даже инкорпорацией, так как классические инкорпорации (подобно Дигестам и кодексу Юстиниана) имели целью создать целостные, законченные и неизменные сборники, содержание которых не могло меняться после их составления и издания путем включения новых законодательных актов (составивших особый сборник – Новеллы). Поэтому при создании этих сборников их составители, отбирая законы и те или иные тексты юристов, руководствовались содержательными параметрами, отнюдь не всегда отдавая предпочтение позднейшим законам перед более ранними. Напротив, российский Свод, подчеркивал Н.М. Коркунов, был задуман и составлен «не как законченный сборник, а как текущее собрание законов в их постепенном развитии», как «постоянная, неизменная форма всего текущего законодательства»; его составители «строго держались чисто механического порядка предпочтения всегда позднейших законов», которые должны были кристаллизоваться в «этой, раз навсегда установленной, форме» (7). В результате Коркуновым был выдвинут парадоксальный тезис – он отрицал, что Свод законов имеет характер закона. Отсюда следовал вывод о необходимости кодификации русского гражданского права. Чтобы «применить выводы западных теорий к выяснению нашего законодательства, – заключал он, – необходимо, чтобы наш законодательный материал получил хотя бы приблизительно такую же внешнюю систематическую обработку, какой представляется нам право западных держав» (8).

Проект кодификации гражданского кодекса и его западные источники. Концепция кодификации гражданского права в России опиралась как на западные модели, так и на национальную традицию, восходящую к Уложенным комиссиям XVIII – начала XIX вв., а также на опыт разработки Свода законов Российской империи (9).

Наиболее значительная попытка практического осуществления этой задачи была предпринята с созданием в 1882 г. Комиссии по составлению Гражданского Уложения. За период ее деятельности до 1905 г. были подготовлены и изданы Положения общие (124 статьи); Семейственное право (626 статей); Вотчинное право (590 статей); Наследственное право (227 статей) и Обязательства (1 106 статей), а также 12 томов объяснительных записок. Всего в редакции проекта насчитывается 2 640 статей (10). Работа Комиссии шла неровно: в 1899 г. появилась пятая книга проекта и лишь затем, в 1902–1903 гг. – остальные четыре (11). Длительная работа Комиссии, практически завершившаяся к началу первой русской революции, не имела никаких практических последствий для российского законодательства, а ее проекты были признаны либеральной общественностью весьма консервативными для новой эпохи. Тем не менее Комиссия, в работе которой принимали участие лучшие специалисты, сконцентрировала чрезвычайно значительный информационный и аналитический материал, который представляет собой уникальную совокупность источников для сравнительно-правовых исследований.

В ходе подготовки проекта Гражданского Уложения была проделана значительная работа по выявлению, переводу и комментированию всех основных западных кодексов гражданского права. В результате мы имеем целый комплекс гражданских кодексов, фиксирующих ситуацию на рубеже XIX–XX вв. Эти кодексы представляют интерес для нашего исследования по следующим параметрам: во-первых, они регламентируют институты частного права в различных национальных системах, во-вторых, их переводы дают представление о трактовке этих норм русскими юристами, в-третьих, они позволяют (как в случае совпадения, так и различий) понять, на какие иностранные нормы и в каком объеме опирались русские кодификаторы при составлении проекта Гражданского Уложения.

Весь массив законодательства, с которым работала Комиссия, можно подразделить на несколько основных групп: законодательство, соответствующее французской кодификационной модели (кодекс Наполеона 1804 г. и возникшее на его основе направление кодификации); законодательство, построенное по германской модели (Австрийское гражданское уложение 1811 г., Германское гражданское уложение 1896 г. и основанная на нем традиция); кодификация, представляющая собой в известной мере синтез двух предыдущих моделей (швейцарский опыт кодификации); поиск синтеза континентальной (французской) и англосаксонской моделей – законодательство англосаксонской модели (кодекс Калифорнии 1873 г.); законодательство западных российских губерний – Финляндии, Польши, Прибалтики,

Бессарабии и, наконец, собственно российское законодательство.

Кодекс Наполеона и французская модель кодификации в Европе и России. К первой категории относятся классические кодексы гражданского права, возникшие в результате Французской революции или под непосредственным воздействием ее идей. Их общая особенность – стремление закрепить принципы частного права, возникшие на основе рационалистической интерпретации естественного права, и максимально использовать нормы римского права. Общей моделью стал кодекс Наполеона 1804 г. (12). Развитие гражданского права Франции революционного периода может быть схематически представлено в виде параллельного существования и конфликта двух подходов – философского и юридического. Первый подход, связанный с идеями Руссо и Мабли, выводил законы из абстрактных принципов философии естественного права и понимал их как выражение свободной воли. Единство гражданского права, отмечал Ф. Саньяк, требовало социальной и политической революции: установления равенства всех перед законом, слияния всех провинций и областей Франции в единое национальное целое. Учредительное Собрание осуществило эту огромную задачу в принципе уже в 1789 г. (13). Рассматриваемый подход, реализовавшийся с 1789 до 1795 г., означал приоритет философского начала над юридическим, способствовал революционным преобразованиям традиционного гражданского права по таким направлениям, как отношения собственности (уничтожение старого феодального и создание нового земельного порядка), права человека и гражданина, нормы о браке и семье, строившиеся на основе принципов свободы и равенства. Другой, юридический подход, теоретически связанный с идеями Монтескье, стал преобладающим позднее, в период с 1795 по 1800 г. Этот подход противостоял руссоистской идее разрушения права во имя нравственности, выдвигая в качестве основного инструмента социальных преобразований не революцию, а реформирование позитивного права. Соответственно, приоритетное внимание уделялось не спонтанным проявлениям народной воли, а трудоемкой процедуре изучения «духа права» и его преобразования путем направленной рациональной кодификации. Синтез этих двух направлений был осуществлен в кодексе Наполеона 1804 г., давшем юридическое выражение новым философским принципам и новой реальности, пришедшей в результате революции. Торжество римского права как антитезы праву феодальному достигает в нем апогея (14).

Столетие кодекса Наполеона, фактически совпавшее с завершением работы Комиссии по составлению Гражданского Уложения и началом русской революции, позволило как французским, так и русским юристам показать историческое значение его принципов для формирования гражданского общества. В работе известного французского юриста Р. Салейля, изданной в России в 1905 г., эта общая идея была выражена наиболее четко. Р. Салейль писал, что благодаря философским принципам кодекса 1804 г. возникла «такая концепция понятия индивидуальной свободы, что, какие бы политические и социальные системы ни готовило нам будущее, в них всегда будет заключаться тот *minimum* свободы, который мы считаем неприкосновенным и бесспорным для положения индивида в этом мире, – в них всегда будет сохранена та доля индивидуальной справедливости, которую человеческий разум и коллективное сознание должны будут охранять, что бы ни случилось, и которая не должна никогда уступать никаким государственным соображениям, никакому высшему коллективному интересу». В то же время для реализации этих принципов оказывалась необходимой развитая инфраструктура судебной власти: нотариусы и ходатаи по делам, формулирующие в юридических актах волю сторон; стряпчие, которые, начиная процесс, устанавливают правовые пункты, подлежащие рассмотрению суда; надежный и знающий дело адвокат, сильный своими традициями, гордый своим красноречием и способный заставить судью исследовать новую концепцию; магистратура, преданная своей профессии, проникнутая сознанием своих обязанностей и своего высокого назначения, недоверчивая к чистым абстракциям, всегда заботящаяся о потребностях практики и способная умело примирить уважение к тексту закона со своей ролью посредника между частными и общественными интересами – вот, по словам Салейля и его русских единомышленников, «главные составные части системы» (15).

Кодекс закрепил принцип равенства всех перед законом и дал подробную характеристику гражданских прав, включая право собственности, способов их приобретения и утраты. Чрезвычайно логична структура кодекса, состоящего из трех книг – «О лицах», «Об

имуществах и различных видоизменениях собственности» и «О различных способах, которыми приобретается собственность». Эта структура, выражавшая единство замысла и концепции гражданского права, оказала влияние на кодификацию всех стран романского права и существенно повлияла на кодификационный процесс в России. Тезис о влиянии кодекса Наполеона на проекты Сперанского получил широкое распространение и был сформулирован еще Н.М. Карамзиным: «В самом деле, – писал он, – издаются две книжки под именем проекта Уложения. Что ж находим? Перевод Наполеонова кодекса» (16). Сперанский, правда, отвергал это обвинение, объявляя его «ложью или незнанием» того, что «в источнике своем, т. е. в Римском праве, все уложения всегда будут сходны» (17), однако едва ли ему удалось убедить в этом царя и последующую историографию (18). Влияние французского кодекса было очень значительно в мире на протяжении всего XIX в. Оно стало моделью для гражданских кодексов Нидерландов (1 октября 1838 г.); Италии (25 июня 1865 г.); Румынии (4 декабря 1864 г.); Португалии (1 июля 1867 г.) и Испании (1888 г., новая редакция от 24 июля 1889 г. подверглась влиянию еще и итальянского кодекса), а за пределами Европы – Египта (1883 г.). Особенно сильным было влияние кодекса Наполеона в государствах Центральной и Южной Америки и Вест– Индии, куда его принципы проникали через испанский гражданский кодекс. Для русских юристов кодекс Наполеона был привлекателен тем, что, по словам Н.Л. Дювернуа, выражал «исторические стремления нации к единству и цельности, к сосредоточению всех политических функций в новообразованных учреждениях, к возможно полному обоснованию права частного и публичного, к торжеству норм общих над партикуляризмами, к уравнению всех французов в их гражданской правоспособности» (19).

К группе кодексов, испытавших влияние принципов и норм французского права и оказавших, в свою очередь, влияние на российское право, могут быть отнесены Испанское и Португальское гражданские уложения (20) и Гражданское Уложение Итальянского королевства, обнародованное за подписью Виктора Эммануила 25 июня 1865 г. (21). Система итальянского Уложения воспроизводила, в принципе, французскую систему кодекса Наполеона, логика которой основана на том, что предмет гражданского права составляют лица, имущества и способы приобретения и передачи имуществ от одного лица другому. Как отмечал сенатор С.И. Зарудный во введении к русскому переводу итальянского Уложения, «в сущности такая же система, с некоторыми только видоизменениями, принята и в изложении наших гражданских законов». Этим объясняется особый интерес в России именно к итальянскому Уложению, перевод которого был осуществлен практически сразу после его принятия в Италии (25 июня 1865 г.) и как раз в момент оживления дискуссии о реформировании российского гражданского законодательства (1869 г.), а также попытка Зарудного сопоставить нормы нового Итальянского кодекса с соответствующими нормами Гражданских законов России. Источниками итальянского Уложения являлись кодекс Наполеона, предшествующее Сардинское Уложение 1837 г. и Австрийское Уложение 1811 г. Но основным, первоначальным источником итальянского кодекса было римское право. Кодекс 1865 г. представлял собой новое слово в кодификации гражданского права по сравнению с кодексом Наполеона (22). Рассматривая различные виды договоров найма, итальянское Уложение выделяло специфические формы найма рабочей силы, которые в русском переводе определены как «половничество» (итальянские эквиваленты «половника» – *mezzainolo, mezzadro, massaro* или *colono)* – «обработка земли с условием раздела прибыли с хозяином». Договор, заключенный на таких основаниях (*mezzadria , masseria* или *colonia*), переводится как «аренда исполу, половничество, исполовье» (ст. 1647). С. Зарудный отмечает, что в России такая форма найма (половничество) «сохраняется в Вологодской губернии» (закреплено в ст. 703–740 и 840–860 Законов о состоянии – т. IX Свода законов). В наши дни, когда отмечается 200-летие кодекса Наполеона, очевидно значение созданной им традиции для реформирования гражданского права в постсоветский период, проявившееся, в частности, в типологическом сходстве дискуссий по российскому Гражданскому или Земельному кодексу с теми, которые имели место в предреволюционный период (23).

Германская модель кодификации. Вторая группа кодификаций представлена кодексами, принятыми позднее кодексов первой группы и основанными на другой – германско-австрийской – правовой традиции. Это, прежде всего, Общее гражданское уложение

Австрийской империи 1811 г. (24), которое можно назвать памятником Просвещенного абсолютизма. Оно составлено в духе эпохи Просвещения и испытало влияние идей естественного и римского права (25). Проблема дуализма норм римского и нового происхождения, как и в других кодексах, решалась путем обращения к естественному праву, что, однако, сопровождалось многочисленными разъяснениями и оговорками, ограничивающими применение соответствующих норм. Это было связано с сохранением традиционных аграрных отношений и форм сословной зависимости, близких к крепостному праву, и, наконец, с трудностью интеграции регионального права в общеимперское.

Австрийское Уложение не затрагивало и сословные привилегии в отношении охоты, лесов, торговли, слуг, а также «отношения между помещиками и крестьянами», которые регулировались не законом, а «политическими предписаниями» (26). Возможность интерпретации этих норм в гуманистическом и просветительском духе теоретически могла быть реализована через предоставление судьям права при определенных условиях восполнять пробелы в законе на основе принципов естественного права (§ 7), однако фактически она была трудно реализуема из-за ограниченной независимости судов и практики дворцовых декретов. Это позволило современным исследователям определить австрийское Уложение как компромисс, который с формально-юридической точки зрения в известной степени опережал свое время, но социальные основания которого были пересмотрены после революции 1848 г., приведшей к отмене крепостной зависимости (27).

Гражданское Уложение Германской империи 1898 г. было разработано и вступило в действие как раз в период работы в России Комиссии по составлению Гражданского Уложения (28). В условиях объединения Германии и создания единой империи кодификаторы стремились сочетать идею национального государства с идеей правового государства, не принимая в расчет известной противоположности этих целей (29). Дискуссии о Германском Уложении стали важным стимулом для осуществления кодификационных работ в России, как и в ряде других стран Центральной и Восточной Европы. Особенностями этой категории кодификаций является то, что они испытали доминирующее влияние исторической школы права (длительное время отвергавшей необходимость единого кодекса для Германии), а также ее более позднее возникновение и чрезвычайно абстрактная форма выражения (что объяснялось стремлением согласовать противоречивые нормы римского и национального права) (30). Влияние германской модели гражданского кодекса на рубеже XIX–XX вв. было довольно значительно (например, Японское гражданское Уложение 1898 г. полностью основано на этой модели). В России отношение к германскому кодексу было более сдержанным. Его недостаток усматривался в том, что он, в отличие от французского, не произвел радикальной реформы гражданского права, но стремился объединить разные области правоотношений путем введения абстрактных норм (31) и в результате сохранил остатки средневековых отношений, в частности в сфере земской компетенции. Один из активных участников составления германского кодекса профессор Л. Эннекцерус подчеркивал, что этот подход опирался на представление о кодификации как системном взгляде на право в виде предельно абстрактных, поднимающихся над рутиной единичного, формализованных (имеющих «всеопределяющую форму») и логически взаимосвязанных правовых норм, институтов и правоотношений, таких, например, как собственность, купля-продажа, заем (32). Эти качества Гражданского Уложения Германской империи констатировались как немецкими, так и русскими авторами, которые, однако, понимали и причины их возникновения, возможно, имея в виду сходные проблемы российской кодификации (33).

Следует отметить, что составители русского проекта Гражданского Уложения внимательно изучали и использовали также такие более традиционные правовые своды германских земель, как Прусское земское право, Баварское и Саксонское гражданские уложения (34).

Поиск синтеза французской и германской моделей (кодификационная модель Швейцарии). В качестве своеобразной попытки синтеза двух правовых традиций в работе Комиссии может рассматриваться третья категория источников, представленная обращением русских кодификаторов к Гражданскому Уложению Цюрихского кантона, вступившему в силу в 1856 г. (35). Оно представляет собой оригинальный синтез норм французского и германского права,

причем учитывает правовую специфику немецкой части Швейцарии. Этот кодекс был фактически авторским произведением и отразил теоретические воззрения его составителя – известного ученого правоведа И.К. Блунчли. Выступив против юриспруденции «старческой римско-германской империи», поток которой «тихо катил свои мутные волны в необозримых грудах актов и контроверз», Блунчли считал, что она не способна отыскать «возвышенные идеи», «какие-либо общие основные начала, ясные руководящие идеи». Последние были найдены исторической школой права, появление которой определяется как «событие, составляющее эпоху в истории германской науки» (36). Гражданское Уложение Цюрихского кантона было разработано под влиянием германской исторической школы права и пандектистики, однако его автор хорошо знал опыт цюрихского частного права. Этот кодекс, по словам современных исследователей, впоследствии оказал наиболее существенное влияние на общенациональный швейцарский кодекс. Будучи тесно связан с местной правовой традицией, он эффективно инкорпорирует ее в систему общего права (*Gemeines Rechf).* Кроме того, Уложение написано ясным и общепонятным языком. Другие кантоны Швейцарии использовали цюрихский образец при создании собственных кодексов. Именно синтез различных правовых традиций в Гражданском Уложении Цюрихского кантона, а также популярность его автора в европейском ученом мире сделали этот образец кодификации важным ориентиром для русских кодификаторов.

Законодательство Центральной и Восточной Европы дополнялось анализом гражданских уложений Балканских стран – Румынии, Сербии и даже Черногории, которые также стремились совместить классические правовые традиции кодификации с сохранением норм обычного права.

Поиск синтеза континентальной (французской) и англосаксонской моделей (кодификация Калифорнии). Четвертая категория кодексов, проанализированных Комиссией, представляет собой законодательные акты, регулирующие частное право с учетом специфики англосаксонской правовой семьи. Наиболее ценным в этом отношении представлялись Гражданские законы Калифорнии 1873 г., которые могут интерпретироваться как попытка синтеза норм англосаксонского и континентального права (37). Как отмечал К. Малышев, исследователь и публикатор Гражданского Уложения Калифорнии, проект которого был разработан в 1872 г. и вступил в силу 1 января 1873 г., оно в свою очередь являлось почти дословным воспроизведением Нью– Йоркского проекта, составленного по поручению законодательной власти Нью-Йорка особой комиссией и изданного с комментариями в 1865 г. В этих комментариях раскрывались его источники – действовавшие в штате Нью-Йорк законы и судебные решения английских и американских судов, сочинения известных американских юристов (Кента, Стори, Парсонса и др.), цитаты из сочинений английских авторов и новые английские законы времени царствования королевы Виктории, а также статьи французского гражданского и коммерческого кодексов, трактаты Потье о договорах и обязательствах, соответствующие положениям, принятым в общем праве Англии и Северной Америки. По своему содержанию проект охватывал в общей системе совокупность институтов гражданского права, а также (по образцу общего права Англии) нормы коммерческого и морского права. Этот проект не был принят в Нью-Йорке, но оказался принят в Калифорнии (38). В русской публикации Гражданского Уложения Калифорнии были отражены внесенные в него до 1901 г. изменения и дополнения законами этого штата, а также сопоставления со статьями Нью-Йоркского проекта и новыми законами этого штата, изданными в 1903 г. Она была интересна самой попыткой совместить различные правовые установления и реализовать их на практике. Издание гражданских законов Калифорнии в России периода Столыпинских реформ (1906 г.) выглядит вполне закономерным шагом, поскольку в них концепция собственности вообще и на землю в частности представлена предельно четко, а отношения собственности регламентируются до мельчайших подробностей.

Поиск синтеза рациональных моделей и традиционного права: кодификация права в западных губерниях Российской империи. Пятая, особая категория памятников гражданского права, оказавших влияние на русский проект, включала законы Российской империи, регулирующие право ее отдельных, нерусских территорий. К этой категории следует отнести, прежде всего, сборник «Гражданские законы губерний царства Польского» (39); Свод

гражданских узаконений губерний Прибалтийских (40); Общее Уложение и дополнительные к нему узаконения Финляндии (41). Существенную роль в процессе кодификации польских законов еще в период Первой республики играло и непосредственное обращение к римскому праву (42). В основу разрабатывавшегося в 1776– 1778 гг. проекта кодекса А. Замойского была положена классическая римская формула *personae-res-acîiones,* а также принципы естественного и римского права (наряду с австрийским и прусским правом) (43). Это подготовило последующую рецепцию кодекса Наполеона. По сути, гражданские законы губерний царства Польского представляли для Комиссии своеобразную адаптацию Французского гражданского кодекса к условиям Российской империи. В этом качестве они оказали влияние на статьи проекта о вотчинных и иных имущественных правах, а также на семейное право. Гражданские законы губерний царства Польского существенно отличались от российского гражданского законодательства более четкой фиксацией общих гражданских и имущественных прав. Составлявшее их основу Гражданское Уложение 1825 г. испытало значительное влияние кодекса Наполеона, что видно уже из простого сопоставления структуры изложения основных разделов.

Попытки более обширной кодификации польско– литовского права в виде проводившейся в 1830–1835 гг. под руководством М.М. Сперанского работы по созданию единого Западного свода были основаны на тех же общих принципах, что и создание Свода законов Российской империи. Теоретически это означало систематизацию существующих законов без их изменения – приведение «в единообразие и порядок» законов, действовавших «в краях присоединенных». Однако «Западный свод», рассмотренный и одобренный к 1838 г., так и не вступил в силу из-за общей тенденции к унификации права в империи (44).

Лучше обстояло дело с кодификацией местного права Прибалтийских губерний. Эта работа, начатая после 1839 г., продолжалась с перерывами довольно долго и завершилась созданием Свода гражданских узаконений губерний Прибалтийских (45).

Общее Уложение Финляндии представляло собой фактически Общее Уложение Шведского королевства, принятое шведским Риксдагом в 1734 г., и было утверждено манифестом шведского короля Фридриха 23 января 1736 г. (46). Поскольку Финляндия была присоединена к России по Фридрихсгамскому трактату 5(17) сентября 1809 г., Уложение продолжало действовать в качестве особого законодательного акта. Учитывая время создания Уложения, оно представляло собой достаточно традиционный акт. В традиционном шведском праве, нормы которого воспроизведены в финляндском Уложении, обращает на себя внимание подробная фиксация в позитивном праве фактически заимствованных из обычного права норм, отражающих отработанную историческую практику защиты права собственности на землю и уважения к суду. Чрезвычайный консерватизм этого кодекса выражался в сохранявшихся длительное время очень суровых нормах уголовного права шведского происхождения, которые были частично реформированы еще в 1860-е гг., но отменены лишь в 1889 г. (47).

Таким образом, перед составителями русского Уложения стояла непростая задача согласования положений различных правовых систем – нового и традиционного, кодифицированного и прецедентного права, норм писаного и обычного права – как между собой, так и с российским законодательством и прежде всего с Гражданскими законами (Свод законов. Т. X, ч. 1) и судебной практикой (решениями и разъяснениями Кассационных департаментов Правительствующего Сената) (48). В результате исследования переводов гражданских законов можно констатировать, что в поле зрения Комиссии находился весь массив современного ей гражданского законодательства. Наибольшее влияние на общие разделы проекта, в частности, на определение самого понятия собственности, оказало гражданское законодательство Франции и близких к ней стран, особенно Италии, а также калифорнийские законы, содержавшие очень четкие нормы о частной собственности на землю. Общее право Швейцарии, несомненно, представляло интерес для регламентации отношений поземельной собственности (аренды, сервитутов) в обычном праве крестьянской общины. Германское уложение давало разработанные нормы, позволявшие совместить признание частной собственности и ее защиту с возможными социальными ограничениями и ограничениями в интересах третьих лиц (социальная функция собственности). При содержательной разработке норм земельного права активно использовалось право западных

российских губерний – Польши и Прибалтики. Обращение к обычному крестьянскому праву делало актуальным анализ норм финляндского Уложения. Тот факт, что проект Гражданского Уложения Российской империи (как и проект кодификации уголовного права) так и не стал завершенным кодексом до 1917 г. (49), не делает эту работу менее важной. В целом проделанная Комиссией исследовательская, аналитическая и публикаторская работа – крупнейший (и совершенно недооцененный) вклад в сравнительную разработку российского гражданского права.

Проблема переходных форм собственности, владения и пользования землей в западных кодексах и российском частном праве. В научной литературе рассматриваемого периода одной из центральных проблем стал анализ переходных форм собственности, существовавших длительное время в западноевропейском праве до становления гражданского общества и такого важнейшего его института, как частная собственность. Исследования переходных форм собственности включали в себя установление их сходства с категориями частного права нового времени и отличий от них, а также их соотношения с соответствующими категориями римского права.

Дебаты кануна Крестьянской реформы 1861 г. показали неопределенность исторической легитимности существующих форм землевладения и принадлежности земли (50). Вопрос о том, кому она принадлежит – помещикам или крестьянам, интерпретировался диаметрально противоположным образом. Если помещики могли апеллировать к позитивному закону (основанному на представлении, что земля была дана помещику за службу государству), то крестьяне – к обычаю, согласно которому они жили на земле до установления государством системы условного землевладения. Согласно первой трактовке помещик выступал как реальный собственник земли, а крестьянин – лишь как ее пользователь или «узуфруктуарий»; согласно второй – он имел все исторические права на землю, которые были утрачены или ограничены в период крепостного права, но должны быть возвращены в ходе реформ (51). Для решения конфликта эпохи освобождения крестьян, состоящего, как известно, в дилемме – освобождать их с землей или без земли, было необходимо выбрать ту или иную правовую форму землепользования: права собственности, наследственной аренды (эмфитевзиса) или же пользования плодами обрабатываемой земли (узуфрукта). Деятели редакционных комиссий периода Великих реформ 60-х гг. XIX в. (например, Семенов– Тян-Шанский) использовали для определения правового положения крестьян после освобождения именно понятие «эмфитевтического права» (52). Не удалось однозначно разрешить эти проблемы и авторам проекта российского Гражданского Уложения.

Именно в этом контексте следует интерпретировать решение ими проблемы собственности, подразделявшейся на полную, неполную и ограниченную (53); чрезвычайно широкую трактовку соотношения права собственности и имущественных прав, существенно отличную от современной (54); интерпретацию так называемого вотчинного права и владельческих прав (55), а также анализ различных изъятий из классического частного права, связанных с сохранением традиционных сословных привилегий и обязанностей, возникших еще в период служилого государства и соответствовавшей ему системы землевладения (в виде удельных, родовых, заповедных и майоратных имений, особого статуса земель крестьянских общин) (56), специфики норм наследственного права и суда для помещиков и крестьян, наконец, особых категорий зависимости, аналоги которых было трудно найти в современном западном частном праве, но возможно – в формулах римского права.

В центре дебатов находился вопрос о приватизации земель крестьянских общин в ходе столыпинской аграрной реформы, стратегии этой приватизации (57). Такие нормы соответствовали представлениям тех российских юристов, которые, как, например, Б.Н. Чичерин, связывали трансформацию российской общины с постепенным предоставлением крестьянам права собственности на их земли (58). Другой крупнейший деятель эпохи крестьянской реформы К.Д. Кавелин видел выход из ситуации в признании сельских обществ собственниками их земель, однако с введением ограничений коммерческого использования земли. «Признанием сельских обществ вечными собственниками земель, отведенных в надел крестьянам, без права их отчуждать и закладывать, – писал он, – создается крестьянская земля, изъятая из обращения, не подлежащая купле и продаже, чем устранятся все опасности

обезземеливания крестьян через скупку их наделов» (59). Обсуждались ключевые проблемы правового дуализма – соотношение правосознания и права, писаного и неписаного права, позитивного закона и обычая, нормы и реальности, их сближения в ходе реформ, система социальных и правовых амортизаторов для минимизации социальных издержек переходного периода, например, использование сервитутов. Особенно четко это показано в литературе о правовом положении крестьян Западных губерний Российской империи, в частности Польши. Сервитутные права польских крестьян закреплялись указом 1846 г., а также «по контрактам словесным и письменным или же по обычаю», и включали в себя права пользования помещичьими лугами, лесами и водами для определенных хозяйственных целей (60). Режим сервитутов позволял, таким образом, снимать социальные противоречия, которые могли быть следствием слишком жесткой трактовки права собственности на землю (подобные тем, что возникали между пеонами и владельцами латифундий в странах Латинской Америки).

Особое значение в этой перспективе имели труды специалистов по римскому и гражданскому праву С.А. Муромцева, Л.И. Петражицкого, Г.Ф. Шершеневича, историков права М.М. Ковалевского, Н.П. Павлова-Сильванского, В.М. Хвостова, И.А. Покровского, а также историков античности (как М.И. Ростовцев) (61). Теоретики российского аграрного вопроса (А.А. Кауфман, А.А. Корнилов и др.) вынуждены были также обращаться к этим проблемам и интерпретировать российские аграрные порядки и социальные отношения в категориях западного гражданского права (62). Смысл этих исследований становится понятен в контексте поиска западных аналогов специфических российских форм землевладения и землепользования, неустойчивых переходных форм поземельной собственности в пореформенную эпоху, наконец, возможности заимствования западных правовых формул для российского законодательства. Обращение к сравнительному изучению категорий западного и российского гражданского права представляется вполне естественным и понятным в условиях неоднократных попыток создания российского гражданского кодекса, окончившихся неудачей именно из-за невозможности дать правовое выражение специфики российских форм, адекватное западным. Поэтому предметом анализа русских юристов становились правовые явления, в принципе чуждые российскому праву или не получившие в нем столь четкого выражения (как в римском и западном средневековом праве, а позднее, в виде исторических пережитков, в гражданских кодексах некоторых стран Европы того времени) (63).

К числу таких явлений относится рецепция римского права на Западе, которая становилась актуальной в России после введения Судебных Уставов (С.А. Муромцев); соотношение полной и неполной собственности на землю (в условиях временно-обязанных отношений); соотношение общей и частной собственности – кондоминиума (в связи с предоставлением крестьянам права выкупать свои наделы в собственность); различных форм аренды (эмфитевзиса); наконец, широкой трактовки сервитутов, как социального амортизатора. Примером может служить глубокое сравнительно– правовое и социологическое исследование такой формы землепользования, как колонат, формирование новых форм зависимости (патронаж и клиентела), значение аграрного вопроса для кризиса республиканского строя и становления империи (64).

В правовой и исторической литературе России начала XX в. проблема категорий частного права приобрела приоритетное значение. Особенно внимательно рассматривались такие проблемы, как десакрализация земли и ее включение в полноценный гражданско– правовой порядок; соотношение традиции и договора в регулировании поземельных отношений, частного права и общинных квази-правовых норм; становление институтов ипотеки, залога, свободы обмена и завещания мелкой земельной собственности, практические возможности реализации частной собственности на землю – земельный кадастр, техника межевания, соотношение денежной и натуральной ренты, взаимосвязь религиозных представлений крестьянства и его хозяйственной деятельности.

Для решения этих проблем необходимо было вначале получить ответы на следующие вопросы: существовала ли вообще частная собственность на землю в древности; была ли земля включена в рыночный оборот; совместим ли этот статус земли с различными формами социальной зависимости, и если да, то в какой степени эти формы сложились традиционно, а в какой стали результатом договора сторон; каковы вообще различные формы социальной

зависимости, вытекающие из правового статуса земли, и могут ли они быть приведены к некоторым универсальным схемам (например, таким широким, как понятия рабовладения, феодализма, капитализма) (65). Для этого подхода характерно чрезвычайно внимательное отношение к земельной собственности и ее эволюции в истории: выяснение форм собственности и категорий собственников, типов организации хозяйства, финансовой политики и государственного управления, бюрократического управления.

В контексте этих идей становятся более понятными интенсивные споры по поводу соотношения различных форм социальной зависимости в России – известная дискуссия В.О. Ключевского и В.И. Сергеевича об указном и безуказном закрепощении, анализ форм феодальной зависимости кануна Французской революции (Н.И. Кареев), роли крестьянской общины на Западе и в России (М.М. Ковалевский), а также попытки соотнести феодальные отношения на Западе и в России, в частности, определить сущность закладничествапатроната (Н.П. Павлов-Сильванский), наконец, создать представление об общей эволюции правовых отношений при переходе от личной зависимости в служилом государстве к гражданскому обществу (теория служилой кабалы, конструирование формуляра частноправовых актов А.С. Лаппо-Данилевского и др.) (66).

Такие мыслители, как М. Вебер и Ростовцев, раскрыли процесс распада крестьянской общины в древности и стремились создать модель переходных форм зависимости – колоната (сочетания личной свободы с фактическим прикреплением к земле), что было чрезвычайно актуально для социологической интерпретации социального конфликта эпохи русских революций начала XX в. Общий вывод, который можно сделать в результате сравнения римских, западных и российских форм социальных отношений, сводится к следующей формуле: крестьяне в России проделали вначале путь от свободных к крепостным, затем от крепостных к своего рода свободным арендаторам – колонам, наконец (уже в постреволюционный период) к модернизированной форме новой социальной зависимости – возрожденному колонату, представлявшему собой своеобразное сочетание ограниченной личной свободы с жестким прикреплением к земле (67).

Все эти темы, очевидно, присутствовали в дебатах Комиссии, которая предельно четко сформулировала проблему правового дуализма и необходимости его преодоления. Чрезвычайно важен общий теоретический вывод Комиссии об обычае как источнике права в сравнительном освещении. «В России, – отмечалось в объяснениях к проекту Гражданского Уложения, – не было необходимых исторических условий для возникновения таких же твердых местных обычаев, какие существовали долгое время в Западной Европе, в особенности во Франции до издания *Code civil*. Необходимым условием возникновения таких обычаев является не только некоторая степень юридического развития, но и самостоятельный, огражденный от внешнего вмешательства экономический и правовой быт. Быт русских крестьян не удовлетворял этим условиям до освобождения 1861 г. и не удовлетворяет им и до настоящего времени». Комиссия выражала надежду, что с разрушением границы между городом и деревней писаное право станет преобладать и в сельской местности (68).

Таким образом, рассмотренный проект русского гражданского кодекса представлял собой серьезную инициативу в направлении модернизации российского частного права вообще и земельного права в частности. Проект Уложения явился закономерным результатом движения Российской империи от служилого государства к гражданскому обществу и правовому государству, начавшегося с Великих реформ 1860-х гг. Фактически он может рассматриваться как важнейшая правительственная инициатива по преодолению правового дуализма в стране. В результате исследования самого проекта, его западных источников, а также дискуссий в правовой и исторической литературе того времени становится возможным преодолеть одностороннее представление о причинах, по которым эта инициатива не была реализована. Разумеется, важную роль сыграл консерватизм дворянства и правящих кругов. Имел значение и фактор времени (проект был подготовлен к началу революции).

Однако основной причиной невозможности реализовать в России положения западного гражданского права было фактическое сохранение традиционалистских представлений о земельном праве, исходивших из возможности конвертировать по существу феодальные институты в институты гражданского общества. Этим вызвана апелляция к принципу частной

собственности, который реально означал в российских условиях неприкосновенность тех форм землевладения, которые возникли в период служилого государства и были связаны с сохранением (если не юридическим, то фактическим) сословных привилегий. В то же время проект Уложения предполагал, что инструментом разрешения конфликта правовым путем станет осуществление направляемой государством судебной и административной реформы. Будучи реальным проектом переустройства земельных отношений (путем распространения норм и принципов частного права на все категории собственности, владения и пользования землей), Уложение выдвигало идею преодоления правового дуализма.

2. Институт собственности и практика его функционирования в экономике переходного периода

Особенности правового регулирования в российском переходном обществе. Констатация переходного периода развития страны уже вводит определенные рамки для решения проблемы. Российское общество находится в уникальной в мировой истории, ситуации перехода от экономики, основанной на государственной собственности и централизованном планировании, к рыночной, основанной на плюрализме форм собственности, с одной стороны, и от авторитарного однопартийного режима к политической системе, основанной на демократических принципах, с другой. Основной характеристикой предшествующей системы выступало фактическое слияние гражданской и публичной собственности, общества и государства, а решающая роль в экономике отводилась бюрократии. Напротив, доминирующими параметрами новой экономической системы были призваны стать укрепление и защита частной собственности, конкурентной среды, правовых гарантий от вмешательства в нее государства, включение в действие механизмов саморегуляции рыночной экономики.

Данная концепция экономических реформ осуществлялась в стране, где практически отсутствовали традиции частной собственности, политической демократии и индивидуальной хозяйственной инициативы, уничтоженные в период советской диктатуры. Поэтому, как и ранее в истории страны, модернизация осуществлялась путем реформ сверху, а основными инструментами преобразований становились разработка нового законодательства и административное регулирование. Сама необходимость совмещения в одно время экономических и политических реформ создает опасность популизма и неадекватных экономических решений. Этот вывод подтверждается анализом переходного периода в Центральной и Восточной Европе. Экономические реформы предполагают стабильность и предсказуемость. Следовательно, политическая составляющая реализации любой экономической политики очень важна. В ситуации переходного периода политическая стабилизация является важнейшей экономической ценностью.

За прошедшее (со времени принятия Конституции РФ 1993 г.) десятилетие произошла радикальная трансформация всей правовой системы страны. Ее общим результатом стало принятие новых или изменение важнейших кодексов – Арбитражного процессуального, Бюджетного, Водного, Воздушного, Градостроительного, Гражданского, Гражданского процессуального, Жилищного, Земельного, Лесного, Налогового, Об административных правонарушениях, Семейного, Таможенного, Торгового мореплавания, Трудового, Уголовно-исполнительного, Уголовного, Уголовно– процессуального. Конституционализация отраслей права (т. е. приведение его в соответствие с либеральными нормами Конституции) оказалась чрезвычайно конфликтным процессом, а сам этот процесс – еще далек от завершения. Разработка и принятие нового законодательства вообще позволяют выявить основные направления конфликтов переходного периода – между ветвями власти, федеральным центром и регионами, различными идеологическими представлениями о перспективных стратегиях политики права (69).

Становится возможным определенно говорить об усилении законодательного регулирования рыночных отношений на современном этапе. Тенденции этого регулирования, однако, не однозначны. В целом преобладает позитивная динамика, связанная с созданием правовых основ инфраструктуры рыночной экономики (в этом контексте интерпретируются новые кодексы и законы об ограничении монополистической деятельности, развитии

конкурентной среды, рынка ценных бумаг, банковской деятельности, финансово–промышленных группах).

Новое законодательство, однако, может иметь негативную тенденцию – тормозить реформы (как, например, некоторые региональные законодательные акты о реализации земельного кодекса, отодвигающие применение его норм на десятилетия). Тревожным фактом следует признать появление законопроектов (и поправок к новым кодексам) диаметрально противоположной направленности по таким фундаментальным вопросам, как реализация права частной собственности на землю, национализация и приватизация, регулирование правового статуса естественных монополий. Появление таких законопроектов связано, по-видимому, не только с ситуацией предвыборного популизма политических партий, но должно интерпретироваться как признак отсутствия стабильного социального консенсуса по вопросам легитимности отношений собственности (самый яркий пример – отсутствие согласия по вопросу частной собственности на землю).

Наконец, новое законодательство может иметь разный (и далеко не всегда позитивный) социальный эффект, в частности, если оно юридически фиксирует неравенство стартовых условий (как считают, например, противники земельного законодательства), обеспечивает преимущества одному сектору бизнеса или группе субъектов рыночной экономики перед другой (как это имело место в практике антимонопольных органов) или, наконец, не учитывает возможных экономических и социальных последствий применения (как, например, с законодательством о банкротстве, открывшим путь практике фиктивных банкротств и искусственного разорения предприятий). Последним ярким примером негативного социального воздействия юридических норм выступает законодательство о монетизации льгот.

Различны и критерии, используемые при анализе нового законодательства, – его адекватность интернациональным и российским правовым стандартам, экономическая эффективность или вклад в построение демократического общества. В условиях экономики переходного типа эти три критерия, теоретически призванные находиться в соответствии друг с другом, на практике могут вступать в радикальное противоречие. Например, заключение картельных соглашений в отраслях с высокой степенью концентрации капиталов, служащее образованию естественных монополий (энергетика, транспорт, связь), – вполне оправданно с экономической точки зрения, но противоречит антимонопольному законодательству. Но даже в тех случаях, когда образование монополий происходит на основе закона и в соответствии с рациональными представлениями о рыночной экономике (как это имело место в сфере связи и телекоммуникаций), сохраняется вполне оправданное опасение в отношении третьего критерия: не станет ли образование нового гипертрофированного федерального ведомства угрозой праву на свободу информации.

Теоретически возможно выдвинуть различные параметры классификации институтов переходного периода – по структурному месту в системе права или экономики; отраслям права; способам экономического регулирования; проблемному признаку. Наиболее информативным, однако, является критерий социальных функций права: каковы декларируемые цели принятия новых законов и их реальный вклад в трансформацию экономики (70).

Нас интересует, следовательно, каким образом принимаются и от каких факторов зависят законодательные решения в области экономической политики в условиях нестабильной правовой системы. Под нестабильной системой здесь следует понимать такую систему, где отсутствует полноценное правовое признание и регулирование основных ценностей рыночной экономики – частной собственности; системы налогообложения, бюджетного федерализма, независимого и равного правосудия, а также прозрачных (с точки зрения права) процедур принятия решений. Главное противоречие нестабильных правовых систем заключается, исходя из этого, в том, что основные правила игры еще не установлены, и они формируются фактически уже после принятия соответствующего законодательства или в лучшем случае параллельно с ним (часто, однако, и вопреки ему).

Структурно-функциональный конфликт российской правовой системы. Структурно-функциональный конфликт российской правовой системы определяется ее переходным характером: он состоит в том, что старые структуры и институты плохо соответствуют новым функциям. С одной стороны, сохраняются противоречия различных

уровней правового регулирования собственности на федеральном, региональном и локальном уровне. С другой – очевидна неразграниченность функций различных административных институтов. Другим проявлением конфликта становится сохранение правового дуализма – существование наряду с действующим позитивным правом таких стереотипов правового сознания населения, которые во многом противоречат ему, но в конечном счете оказывают существенное влияние на мотивацию поведения. Это составляет основу так называемого правового нигилизма – сознательного отрицания правовой нормы (и ее защиты в суде) как инструмента социального регулирования.

Роль права состоит при этом в установлении базовых принципов системы, распределении ролей и определении типовых параметров поведения. Данная ситуация не является типично российской, но свойственна всем правовым системам на стадии их быстрого изменения. Процессы глобализации и интеграции различных правовых систем (при образовании Европейского Союза) поставили на повестку дня проблему судебного активизма – такого толкования законов, которое ранее представлялось неправомерным, во всяком случае в странах с кодифицированными правовыми системами. Поэтому радикальная трансформация российской правовой системы не выглядит исключением. Не является таковым и существование выраженной политики права, даже известного целеполагания.

В центре внимания находятся ключевые направления законодательного регулирования экономических отношений, позволяющие судить об успехах и трудностях в реализации рыночного законодательства новейшего времени. К их числу относятся, прежде всего, две важнейших области законодательного регулирования на макроуровне: введение частной собственности на землю и включение сельскохозяйственных земель в рыночный оборот, с одной стороны, и антимонопольное законодательство – с другой. В первом случае речь идет о традиционно чрезвычайно острой для России проблеме преодоления исключительной государственной монополии на распределение и перераспределение земельных ресурсов путем вовлечения земельной собственности в рыночные отношения; во втором – об ограничении монополизма (как государственного, так и частного) и связанной с ним недобросовестной конкуренции в целях создания адекватной конкурентной среды в различных секторах рынка.

Два других направления законодательного регулирования – жилищная реформа и малый бизнес – чрезвычайно важны для выяснения глубины и степени развития новой рыночной инфраструктуры, а также работоспособности нового законодательства на микро– уровне. Очевидна, в частности, необходимость законодательного поиска такого баланса между правами и обязанностями заинтересованных сторон, который необходим для реализации общих конституционных принципов и норм в чрезвычайно специфических и сложных условиях регистрации прав граждан на недвижимое имущество или предоставления правовых гарантий субъектам малого бизнеса.

Для возникновения ситуации структурно– функционального конфликта (и правового дуализма), очевидно, были объективные причины: прежде всего, многие из рассматриваемых вопросов (совершенствования законодательства) просто не имело смысла ставить ранее, когда не решены были фундаментальные проблемы (как, например, принятие земельного, налогового кодекса и других). Не существовало практики, которая позволяла бы говорить об эффективности этих правовых норм и т. д. С другой стороны, адекватная юридическая концепция собственности лишь постепенно и с большим трудом пробивала себе дорогу в правовом сознании населения и даже юридического сообщества, а регрессивные тенденции существуют до сих пор. Наконец, очевидно, что процесс правового регулирования в постсоветский период не мог полностью элиминировать влияние экономической и политической ситуации – спонтанного перехода от плановой экономики к неконтролируемому рынку; масштабного передела собственности, прошедшего в свою очередь несколько стадий; отсутствия политической стабильности, длительное время блокировавшей принятие системообразующих кодексов. С решением этих общих проблем в настоящее время актуализировались именно те вопросы правового регулирования, которые имеют пограничный характер, нуждаются в осмыслении с учетом растущей судебной практики. Встает вопрос о гармонизации правовой системы по этой стержневой линии.

Данный подход исходит из взаимосвязанного изучения права и реальности в их

изменении и динамике. Он позволяет установить стратегические направления регулирования экономического развития через применяемые инструменты правового регулирования, а также раскрыть проблемы этого регулирования на уровне принятия и обсуждения законодательных актов или важнейших поправок к ним. Это фактически структурно-функциональная модель правового регулирования экономики.

В этом контексте специальное обращение к социальным функциям права оказывается вполне закономерным: оно позволяет определить побудительные социальные (и политические) мотивы принятия тех или иных законодательных актов; раскрыть конфликтный характер их обсуждения на разных уровнях властной вертикали; наконец, прогнозировать социальные последствия их введения в действие. В этой перспективе удается реконструировать логику принятия основных кодексов – Земельного, Гражданского, Трудового, Административно-процессуального, законодательства судебной и административной реформ. Предметом рассмотрения становится разграничение полномочий между федеральными органами государственной власти и органами власти субъектов Федерации. Специальное внимание обращено на решения Конституционного суда РФ, а также конституционных и уставных судов субъектов Федерации. Таким образом, всякое общество переходного типа сталкивается с общими проблемами создания адекватной и внутренне гомогенной правовой системы. Речь идет о целостной программе правовой модернизации страны, создании новой правовой системы, отдельные элементы которой еще находятся в процессе взаимной состыковки.

В результате такого подхода становится возможным выявление и анализ таких ключевых направлений, по которым воздействие правового поля на экономическое наиболее значимо для экономики переходного периода. Это, прежде всего, проблема демонополизации собственности, ранее находившейся под безраздельным контролем государства. Романтические представления эпохи начала перехода к рынку исходили во многом из существования объективных экономических законов, которые спонтанно приведут к созданию рациональной рыночной экономики без целенаправленных усилий со стороны государства. Декларируя переход к рыночной экономике, либеральные экономисты (оказавшиеся главными ее стратегами) видели свою цель прежде всего в создании экономических условий рыночной экономики, обращая меньшее внимание на институциональную ее подготовку и правовое регулирование. Со временем стало ясно, что именно эта сторона дела оказывается наиболее важной: легитимность новых отношений собственности, ее рациональное экономическое использование, появление добросовестных собственников делали необходимым направленное правовое регулирование.

Демонополизация государственной собственности стала предметом рассмотрения по таким параметрам, как правовые и институциональные факторы формирования рынка земельной собственности в России. Речь идет о создании предварительных условий для вовлечения земельных ресурсов в рыночной оборот и их капитализации. Другой стороной той же проблемы стало развитие рынка ипотечного кредита на жилье, возможности которого существенно отстают от необходимого уровня. Наконец, специальное внимание было обращено на развитие российского антимонопольного права, актуального по целому ряду направлений создания равных стартовых условий для ведения бизнеса и предотвращения недобросовестной конкуренции в различных секторах бизнеса.

В этом смысле показательны все параметры социальных функций права – демонополизация собственности, с одной стороны, и поиск добросовестного собственника, с другой; необходимость консенсуса (который возможен лишь при опоре на известные договорные представления) и быстрого реагирования на ситуацию, которое не всегда возможно в жестких рамках договора (отсюда популярность постоянного упоминания форс-мажорных обстоятельств, которые выступают не столько как исключение, сколько как правило); социальная ответственность государства и возможность правового контроля над ним; разрешение экономических споров и трансформация судебной системы; провозглашение независимости бизнеса и сохранение постоянного административного прессинга на него.

Абстрактное понятие собственности не вызывает в сознании большинства людей никаких реальных ассоциаций. Но существует другое понятие – имущество, которое используется для

обозначения совокупности вещей и материальных ценностей, которые могут находиться как в собственности, так и в оперативном управлении и ведении лица. Круг объектов, входящих в имущество, зависит от формы собственности, к которой это имущество относится. Личная собственность в советский период рассматривалась как основная форма индивидуальной собственности. В ней могли находиться предметы обихода, личного потребления, удобства и подсобного домашнего хозяйства, жилой дом и трудовые сбережения. В разные периоды понятие личной собственности получало более широкую или более узкую интерпретацию (например, при выяснении того, каковы предельные допустимые размеры земельного участка, предоставляемого для ведения подсобного хозяйства). Но никогда личная собственность не рассматривалась как аналог частной собственности. Напротив, подчеркивалось, что ее основу составляют «трудовые доходы»: «имущество, находящееся в личной собственности или в пользовании граждан, не должно служить для извлечения нетрудовых доходов, использоваться в ущерб интересам общества» (Конституция СССР 1977 г., ст. 13). Нет ничего удивительного, что население, привыкшее к такой интерпретации собственности (в сугубо антирыночном ее понимании, не имеющем ничего общего с ее трактовкой в современном частном праве), дает не вполне адекватные ответы на вопросы социологовинтервьюеров. Результаты проведенного социологического обследования отношения российского населения к собственности показательны в этом отношении. Именно поэтому позитивное отношение населения к таким объектам индивидуальной собственности, как, например, квартира (не говоря о телевизоре), не означает автоматически позитивного отношения к институту частной собственности вообще. К сожалению, эти нюансы не отражены в данном социологическом исследовании (докладе), но они очень важны, если мы хотим получить реальную картину общественных настроений в отношении форм и видов собственности (71).

Ряд важнейших атрибутов собственности отторгается населением; другие допускаются лишь для определенного вида имущества, реализация третьих сопровождается оговорками или необходимостью жесткого государственного контроля, к осуществлению четвертых не допускаются иностранцы, а полностью легитимными оказываются лишь те, которые может реализовать данное лицо. С этим хорошо сочетается присущая массовому сознанию мифологизация собственности – интерпретация ее не столько с позиций права, сколько с точки зрения морали и этики.

Тот факт, что понимание частной собственности населением остается неизменным в течение пятнадцати лет реформ, совершенно необъясним в том случае, когда речь идет о реальной динамике правовых и имущественных отношений. Напротив, он становится понятен, если собственность выступает как стереотип массового сознания, не подверженный изменениям именно в силу своего искусственного характера и неподвижности. Но тогда остаются сомнения в позитивной динамике данного сознания. Что составляет стержень переходного процесса в отношениях собственности? Это, очевидно, не договор (в философском и даже юридическом смысле слова), но скорее разрыв правовой преемственности. Трудно говорить об общественном выборе как реализованной совокупности мнений людей, составляющих общество. Как показано исследователями, общество не едино в отношении собственности, а некоторые его слои занимают крайние и противоположные позиции. Поэтому рациональность выбора (т. е. осознанного следования определенной позиции) в масштабах всего общества констатировать нельзя. Это, наконец, не реформа сверху, если понимать последнюю как рациональную перестройку отношений собственности по определенному плану и в соответствии с установленной схемой приоритетов.

Материал доклада позволяет констатировать, что данный процесс определяется населением как стихийный захват собственности различными привилегированными группами, борьба которых воспринимается населением вполне отстраненно. Собственность не стала социальной ценностью, владение ею не связывается с социальными обязательствами, она не получила статуса респектабельного института. Итоги приватизации подвергаются сомнению, а идея их пересмотра сохраняет популярность.

В докладе также поднимается вопрос о механизмах и процедурах функционирования собственности в современной России. Авторы совершенно справедливо обращают внимание на такие вопросы создания рыночной инфраструктуры, как финансы, кредит, страхование и проч.

Однако меньший акцент ставится на том, почему эти институты не действуют или действуют недостаточно. Вероятно, в этом контексте важен был бы анализ общественного мнения по вопросам трудностей реализации – создание полноценного кадастра, ипотеки, создание кредитных банков, регистрация собственности, дебюрократизация, оптимальные процедуры судебного и внесудебного разрешения конфликтов. Очень вероятно, что некоторые категорические позиции респондентов могли бы быть смягчены в случае, если бы удалось увязать ответы с возможностями адекватной реализации права собственности.

Другие исследования показывают, что именно невозможность практической реализации зафиксированных прав собственности оказывается тем ключевым моментом, который тормозит действие всей системы и вызывает наибольшее раздражение. Другим подобным фактором становится неадекватная реализация правовых норм, например использование правовых рычагов против добросовестных собственников и предпринимателей.

Практика функционирования института собственности: формы собственности и их изменение. Динамика отношений собственности выявляется при анализе, во-первых, смены одних форм собственности другими; во-вторых, процедур этой смены (согласно нормам действующего права или с его разрывом) и, в-третьих, экономической эффективности данной селекции. Примером изменения форм собственности (из публичной собственности в частную) может служить переход прав на имущество государственных предприятий и земли сельскохозяйственного назначения. В этой связи актуален анализ юридически возможных десяти способов приватизации государственного и муниципального имущества, а также тех «обходных маневров», которые используют приватизаторы для облегчения и ускорения этой процедуры. Очевидно, что разрыв нормы и реальности в этой области достигает наивысшей степени. Так, например, оказывается, что осуществление приватизации становится возможным с помощью способа, прямо не предусмотренного законом, но наименее обремененного формальными моментами, т. е. путем элементарной купли-продажи, а чрезвычайно острую и неоднократно дебатировавшуюся проблему приобретения иностранными лицами сельскохозяйственных угодий или земельных участков в составе таких угодий (что запрещено законом) возможно решить путем перевода этих земель в другую категорию; наконец, одной из реальных форм перехода права на объекты публичной собственности (включая стратегические предприятия и организации) в частные руки может стать процедура банкротства (в том числе фиктивного), сопровождающаяся введением внешнего управления и последующей покупкой в частные руки. Цена вопроса в этих ситуациях настолько велика, что нормы запретительного характера не могут сами по себе остановить фактического захвата государственной собственности.

Другой стороной проблемы стабильности правоотношений становится вопрос о правопреемстве прежних и новых собственников, а также разрешении конфликтов в этой области. Правопреемство как переход права от одного лица к другому вообще имеет два способа осуществления – в силу закона или соглашения. Эта сторона дела может быть проиллюстрирована на примере общей правовой неурегулированности распределения обязательств по охране окружающей среды между бывшими и новыми пользователями природных ресурсов. Существующее гражданское и земельное право, законодательство о приватизации и инвестициях не решают проблемы преемственности экологических обязательств при переходе права природопользования и соответственно не дают решения вопроса о возмещении экологического вреда. Констатировав пробел в праве, исследователи отмечают возможность альтернативных способов его заполнения (путем фиксации соответствующих положений в договоре сторон, внесения изменений в гражданское и экологическое законодательство, а также пересмотра принципов государственной политики, например, в сфере налогообложения).

Важным достижением новейшего этапа правового регулирования следует признать введение элемента состязательности в отношения должника и кредиторов, что предоставляет им равные возможности при реализации своих экономических интересов. Банкротство превратилось в эффективный институт, что подтверждается данными судебной статистики о росте числа дел о несостоятельности в арбитражных судах. Однако ценные положения закона, в частности в отношении фиктивного банкротства, по-прежнему трудно реализуемы в силу

отставания соответствующих норм уголовного законодательства. Является ли институт банкротства инструментом оздоровления рынка или, напротив, завуалированным способом захвата собственности и устранения конкурентов? Анализ трех законов о банкротстве, принятых в постсоветский период, позволяет констатировать в целом позитивную динамику развития данного института. Эта динамика соответствовала логике процесса приватизации собственности. Если на начальной стадии становления данного института несовершенство правового регулирования действительно открывало возможности злоупотребления своими правами участников процесса банкротства, то на последующих стадиях была выстроена система защитных мер против так называемого преднамеренного (или фиктивного) банкротства. Более четкими стали критерии определения несостоятельности предприятия, процедур банкротства, определение источников его финансирования, статус внешнего (арбитражного) управляющего.

Особой проблемой становится соотношение права собственности и имущественных прав. Имущественные права определяются как субъективные права участников правоотношений, связанных с владением, пользованием и распоряжением имуществом, а также с теми материальными требованиями, которые возникают между участниками гражданского оборота по поводу распределения этого имущества и обмена (товарами, услугами, работами, а также деньгами и ценными бумагами). Круг объектов, определяемых понятием имущества, зависит от формы собственности, к которой это имущество относится. В связи с этим интерес представляют процессы перехода имущества из одной формы собственности в другую, а также процесс селекции собственников. Основным механизмом рыночной экономики становится конкуренция. От ее результатов в конечном счете зависит эффективность собственника и реализация его имущественных прав.

Поэтому одна из основных проблем правового регулирования – это установление правовых критериев добросовестной и недобросовестной конкуренции. В этом контексте чрезвычайно важным инструментом регулирования условий конкуренции является антимонопольное законодательство, которое может выполнять как позитивную, так и чрезвычайно негативную роль (само превращаясь в фактор лоббирования определенных интересов). В настоящее время можно констатировать позитивные сдвиги в становлении рационального антимонопольного законодательства: идет освоение иностранного и российского опыта демонополизации экономики, разрабатывается особый понятийный аппарат антимонопольного права. Развитие демонополизации экономики не вызывает сомнений и подтверждается постоянным ростом числа дел, связанных с нарушениями антимонопольного законодательства, рассмотренных в рамках административных и судебных процедур.

В то же время сохраняются проблемы в области демонополизации естественных монополий (сам факт «естественности» которых ставится их противниками под сомнение), сохранения известной неопределенности дефиниций (например, при выяснении отличий картельного соглашения от элементарной координации экономических действий), так называемого «избирательного правоприменения» (способного стать инструментом подавления) и, что особенно серьезно, трудности в распространении антимонопольного контроля на государственные институты, от позиции которых в конечном счете зависят масштаб конкуренции и те административные барьеры, которые сохраняются в рыночной экономике (во многих, если не в большинстве случаев, нарушение правил конкуренции при активном участии государственной власти).

В развитии конкуренции и перехода имущественных прав отражена специфика правового регулирования процедур реальной конкурентной борьбы в рыночной экономике и попытки государства овладеть этой ситуацией (к лучшему или худшему). Присутствуют разнонаправленные тенденции: монополизация и антимонопольное законодательство; трудности реализации законодательства о приватизации государственных предприятий, а также этапы и современное состояние законодательства о несостоятельности (банкротстве).

Предметом обсуждения становятся темы понятийного аппарата – уточнения правовых дефиниций с целью их большего соответствия реальным правоотношениям и практике: как быть с особыми формами собственности, которые трудно отнести к публичной или частной в традиционном смысле слова; имеет ли смысл наделить их особым правовым статусом или

целесообразно скорее говорить о различных формах реализации интереса или социальном обременении собственности. Не менее важным оказывается дать адекватное определение и регулирование банкротства: если механизм банкротства – это способ оздоровления рынка (устранения слабых игроков), то где гарантия, что он не будет действовать против интересов добросовестного бизнеса. Законодательное регулирование банкротства, представляя адекватное юридическое описание данного института, должно в то же время учесть распространенную практику злонамеренного (фиктивного) банкротства, а также включить санкции против него в уголовное законодательство. Эти исследования не только отражают существенную напряженность между нормой и реальностью, но и показывают возможности законодательства в выстраивании новых отношений собственности и гражданско-правовых форм регулирования ее перехода.

Существенное значение имеет при этом обращение к реальной практике функционирования института собственности, причем прежде всего в ситуации так называемых «трудных дел», когда для суда существует несколько возможных направлений интерпретации законодательства, а решение зависит не в последней мере от общей политики права и ориентиров социальной политики.

Собственность и государство. Одной из ключевых проблем в споре сторонников минимального и максимального государственного вмешательства традиционно является вопрос интерпретации принципа социального государства, масштабов и способов его реализации в рамках рыночной экономики. Сферой правовой неопределенности остаются пенсионная реформа, бюджетный федерализм, социальное страхование, т. е. реальная сфера социальных функций государства. Поскольку в этих областях, где традиционно сохраняется роль государства и государственного регулирования, отсутствует единая правовая стратегия, сохраняет силу конфликт между старым и новым правом, например, при решении проблем собственности (на землю, жилье и проч.), который может трансформироваться в конфликт между ветвями власти (как это неоднократно имело место в результате принятия Государственной Думой экономически необоснованных и в целом популистских законов в социальной сфере, которые затем отвергались верхней палатой или президентом).

Существенной проблемой остается роль самого государства в регулировании отношений собственности. Важнейшим условием реализации законодательства рыночной экономики становится на современном этапе преодоление исторически сложившегося фактического слияния собственности и власти. Выражением остроты проблемы стало проведение административной реформы, направленной на дебюрократизацию государственного управления. Очевидно, что именно в этой области идет в настоящее время борьба двух основных тенденций политики права, одна из которых представляет интересы бизнеса и гражданского общества, другая – интересы самой бюрократии (что не исключает, впрочем, ее сращивания с бизнесом). Данный конфликт прослеживается практически по всем основным направлениям законодательного регулирования экономики – от решения проблемы частной собственности на землю и законодательного ограничения вмешательства государственных органов в дела частного предпринимательства до решения конкретных проблем естественных монополий, бюджетного федерализма или проблем лицензирования и устойчивости лицензионной деятельности в разных сферах экономики.

В наиболее драматической форме эта роль проявляется в возможности отчуждения государством собственности или имущества, а также в правовых ограничениях этой возможности. Вопреки классическому либеральному подходу, отстаивавшему абсолютный характер частной собственности, современное государство не признает абсолютности этого права (считает его не естественным, а приобретенным, и, следовательно, имеющим меньшую степень правовой защиты), связывает его с определенными социальными функциями, допускает возможность отчуждения имущества. В связи с этим актуальны проблемы правового регулирования национализации (в контексте с обязательным судебным контролем ее возмездности), а также анализ таких понятий, как экспроприация и ее разновидностей – конфискации (возможности безвозмездного изъятия имущества у собственника по решению суда) и реквизиции (изъятие государством имущества у собственника в государственных или общественных интересах с выплатой ему стоимости имущества). Все эти понятия, однако,

получают различные интерпретации, связанные, в частности, с неадекватным их применением в советский период. Это делает важным их четкое разграничение и определение в законодательстве, единообразное использование в доктрине и судебной практике, а главное – восполнение правовых пробелов, регулирующих данные отношения, и обеспечение полноценной защиты права собственности от незаконного изъятия.

При существовании различных теоретических и практических подходов к проведению оценки, основным условием справедливости определения стоимости объекта оценки признается ее рыночная стоимость. Исключения из этого правила, имевшие место в разных странах в критические периоды их истории и действительно возможные при определенных обстоятельствах, не должны становиться правилом правового регулирования. При общей ясности этого вопроса в теории сохраняются существенные трудности в ходе его практического решения. Они имеют объективный характер (например, отсутствие земельного кадастра, неопределенность вопроса о разграничении уровней и видов собственности, технические проблемы различных видов хозяйственной деятельности). Но важна и субъективная сторона дела – недостаточное осознание законодателями и правоприменителями важности вопроса, а также несовершенство законодательной техники, которая не учитывает тонких нюансов. Например, если признать, что эффективность экономики в значительной степени связана с правовыми гарантиями прав инвесторов, то целесообразно введение дополнительных правовых гарантий для них в виде, например, «стабилизационной оговорки» – сознательного освобождения инвестора от действия нормативных актов, способных ухудшить его ситуацию в момент осуществления инвестиционной деятельности.

Известная амбивалентность подхода сохраняется в новейшем лицензионном законодательстве. Так, закон о связи вводит существенные ограничения (сокращение количества перекрестных лицензий), но предусматривает в то же время определенные гарантии устойчивости лицензируемой деятельности, которая может быть прекращена только по решению суда. В числе позитивных параметров нового закона отмечается то, что им предусмотрены такие механизмы, как торги для распределения частотного ресурса, возмещение ущерба потребителям в случае невыполнения этих услуг, оговорена защита прав пользователей услугами связи. Критики закона, однако, справедливо указывают на такую его особенность, как неопределенность его положений и легкость их пересмотра исполнительной властью (в силу обилия отсылочных норм), что не способствует прямому действию права и адекватной правоприменительной практике.

Решение стратегических вопросов (договора или лицензирования, правопреемства и отчуждения государством имущества собственников) имеет в основе своей политический выбор, но важно добиться того, чтобы политика не противоречила праву. Иначе говоря, стабильность и предсказуемость государственной политики (необходимая для собственников, пользователей и инвесторов) может быть обеспечена лишь в случае стабильности и легитимности права – понятных и прозрачных юридических механизмов и процедур разрешения конфликтов собственников с государством. В центре внимания во всех трех случаях – вопрос о критериях равного или справедливого возмещения отчуждаемого имущества.

Легитимность собственности: соотношение права и политики. В России остро стоит проблема легитимности собственности – об этом не раз говорилось в последние годы. Она играет роль одного из существенных факторов, тормозящих экономическое развитие и идеологическую модернизацию нашего общества. Проблема легитимности собственности действительно существует, но вопрос – какой собственности и при каких обстоятельствах. Речь идет в основном о частной собственности, недостаток легитимности которой в России определяется представлениями населения о несправедливости условий приватизации, завистью и проч. Но всегда ли легитимна государственная собственность? Почему некоторые аспекты государственного вмешательства представляются населению также неправомерными? Каковы вообще критерии легитимности собственности в России, если отсутствуют традиционные ее параметры (историческая давность, законность приобретения, справедливость владения и рациональность пользования ею для общества, адекватная судебная защита)?

То, что представляет значимую специфику российского правового регулирования, – это

недостаточная легитимность новых правовых установлений, прежде всего института частной собственности, введение которого в российское право постсоветского периода представляло собой настоящую конституционную революцию. В современном российском обществе воспроизводится ситуация правового дуализма, выражающаяся в отторжении населением позитивного права и сохранении устойчивых традиционалистских стереотипов по целому ряду важнейших параметров. Этот фундаментальный факт заставляет помнить о сосуществовании двух (а возможно и большего количества) правовых систем, одна из которых закреплена в писаном позитивном праве, а другая определяется правосознанием широких слоев населения, сдержанным отношением к институтам частного права – купле-продажи земли, ипотеке, залогу и проч., а также возможности защиты своих прав в суде. Принятие новых кодексов определяет рамки правового регулирования в важнейших отраслях, но не может само по себе решить проблемы динамичной реализации права при вхождении в рыночную экономику.

Это происходит в силу целого ряда причин: отставания правового регулирования от быстрых темпов социально-политических изменений; сохранения противоречий между различными отраслевыми кодексами; возникновения ситуаций, когда нормы, принятые для достижения одной цели, на деле ведут к совершенно другой. Следует подчеркнуть, что речь фактически идет о создании базовых институтов, лежащих в основе любой рыночной экономики (как институт частной собственности) и гражданского общества. Исключение представляет мировоззрение тех слоев, которые, имея высокий статус, престиж и благосостояние, уже вкусили благ рыночной экономики, – эти слои называют «модернистами». Однако в силу отсутствия в структуре нашего общества полноценного «среднего класса» эти слои оказались оторваны от остальной массы населения. Отсюда вывод – основной вектор развития должен состоять именно в формировании последнего.

Очевидна важность исследования проблем собственности и отношения населения к ее распределению. Стабильное гражданское общество и демократическое политическое устройство возможны лишь при существовании достаточно широкого консенсуса в этом вопросе.

В целом имеющаяся социологическая информация наводит на мысль о том, что традиционный правовой нигилизм не утратил окончательно своих позиций: в общественном сознании любая собственность нелегитимна по определению (в смысле известной анархистской формулы «собственность – есть кража»), а факт обладания ею связывается лишь с правом силы. Этот вывод – не очень оптимистичный, с точки зрения перспектив рыночной экономики и инвестиций, но его следует принимать во внимание.

Важным компонентом реформ, как показывают сравнительные исследования модернизирующихся обществ, является метаправо – особое состояние общественного сознания, создающее предпосылки для того, чтобы новое рыночное позитивное право действительно «работало». В этом отношении Россия еще долго будет страной догоняющей модернизации, поскольку правовая, институциональная и экономическая инфраструктура не вполне адекватна мировым стандартам.

Направления правового регулирования: земельное право и создание инфраструктуры рыночной экономики. Информация об основных нормативных актах, характеризующих законодательство, принятое в последнее время, может быть сгруппирована по трем направлениям. В центре внимания находятся, во-первых, принятые законодательные акты (показывающие общие тенденции политики права новейшего времени), во-вторых, предлагаемые поправки к ним (отражающие трудности реализации и новые проблемы) и, в-третьих, новые законопроекты (указывающие на направления конфликтной динамики).

К первой категории относятся, прежде всего, Земельный кодекс РФ, Гражданский кодекс РФ, Лесной кодекс РФ, Бюджетный кодекс РФ и Налоговый кодекс РФ. Важнейшие принятые законы – «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»; «О государственном земельном кадастре»; «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»; «О сельскохозяйственной кооперации», а также закон Саратовской области «О земле» от 12 ноября 1997 г.

Ко второй – новейшие предложения о поправках к этим законодательным актам, прежде всего к Земельному кодексу и Закону «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения».

К третьей категории относятся конкурирующие проекты законов о национализации,

естественных монополиях и лоббировании. Сюда следует отнести целый ряд законопроектов, выдвинутых разными партиями в ходе дебатов по административной реформе и реформе государственной службы, – о федеральных органах исполнительной власти, административных процедурах, обеспечении доступа к информации о деятельности органов государственной власти и местного самоуправления; о федеральных административных судах; проект кодекса служебного поведения должностных лиц, государственных органов и государственных служащих; конкурирующие законопроекты о противодействии коррупции; о лоббизме (72).

Взаимосвязь между новым законодательством и прежней системой регулирования земельных отношений определяется появлением такого фундаментального законодательного акта, каким является Земельный кодекс РФ 2001 г. Принятый в результате длительной борьбы сторонников и противников реализации конституционного принципа частной собственности на землю, данный документ (а также принятое в его развитие законодательство, прежде всего Закон «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»), безусловно, означал качественно новый этап в правовом регулировании коммерческого использования земли. В то же время проведенный нами подробный анализ чрезвычайно конфликтных обстоятельств принятия кодекса, его содержания, а также перспектив реализации позволил оценить его в целом как компромиссный документ (даже по сравнению с аналогичными кодексами ряда других государств СНГ), функционирование норм которого в дальнейшем будет зависеть от нескольких причин.

К ним следует отнести, во-первых, необходимость дальнейшего реформирования и систематизации законодательства на общефедеральном уровне – внесения соответствующих изменений в другие кодексы (Гражданский, Налоговый, Лесной, а также Гражданский процессуальный и Кодекс об административных правонарушениях). Эта дальнейшая систематизация правового поля требует не только значительных усилий, но и единства видения проблемы со стороны всех участников данного процесса.

Во-вторых, трудность заключается в проведении норм кодекса в региональном законодательстве (было официально подтверждено право субъектов Федерации самостоятельно определять темпы принятия соответствующего регионального законодательства и вносить в него необходимые коррективы). Поскольку реализация нового земельного законодательства, в частности, определение порядка и темпов его введения в действие региональными законами, относятся к компетенции субъектов Федерации, существенная трудность заложена в проведении норм кодекса в региональном законодательстве. Как показал проведенный анализ, Закон Саратовской области «О земле» 1997 г.

(положения которого во многом были воспроизведены в Земельном кодексе 2001 г.) отнюдь не следует рассматривать как типичный для регионального законодательства. В большинстве других субъектов Федерации аналогичное законодательство не разработано до настоящего времени, а в некоторых из них (в том числе сельскохозяйственных регионах) власти (при опоре на традиционное аграрное лобби) оказывают ему серьезное сопротивление. Замедление в разработке регионального земельного законодательства и отсутствие инструкций по правоприменительной деятельности ведут к тому, что на местах возникла стихийная практика введения земли в рыночные отношения. Коммерциализация аграрных отношений имеет не только позитивные следствия (создание земельных банков, возможность получения кредитов под залог земли, в том числе и для проведения сезонных работ, появление крупных земельных собственников), но и негативные. К ним относятся концентрация земельных ресурсов и образование латифундий, целенаправленная скупка земельных паев колхозников, возникновение угрозы массовых увольнений работников бывшего общественного сектора аграрного производства. Поэтому развитие регионального земельного законодательства и адекватной правоприменительной деятельности – императив успеха реформы.

Третье условие реализации Земельного Кодекса – это создание адекватной системы судебного и административного разрешения поземельных споров на местах. Последнее обстоятельство особенно важно для выяснения связи аграрной реформы с административной и судебной. Следует отметить, что в настоящее время мы не располагаем сводной информацией (статистикой) разрешения судами поземельных споров. Это может быть объяснено вакуумом соответствующей нормативно-правовой основы (фактическое отсутствие земельного кадастра –

наиболее важный тормоз системы поземельного регулирования в условиях коммерческого использования земли). Другой проблемой, безусловно, является отсутствие административной юстиции в той или иной форме – до настоящего времени гражданам крайне трудно (если вообще возможно) оспаривать в суде действия администрации разных уровней в земельных конфликтах.

Нерешенность проблемы частной собственности на землю в России становится источником противоречий в разных областях хозяйственной жизни: во-первых, это проблема учета и рационального использования земель (кадастра); во-вторых, неурегулированность вопроса о собственности на землю под предприятиями, которая становится одной из главных правовых преград на пути инвестиций в промышленность и прежде всего в сложные наукоемкие производства (поскольку в условиях неопределенности и противоречий в земельном праве, обилии изъятий в нем нет никаких гарантий установления твердых правил); в-третьих, проблема реституции (в частности, обсуждающаяся практически в отношении церковных земель); в-четвертых, проблема фермерства; в-пятых, диспропорции в развитии центрального и регионального законодательства. До настоящего времени остаются открытыми вопросы стратегии аграрного законодательства (национализация или продолжение приватизации; преодоление пробелов и противоречий в региональном земельном законодательстве, проблема неконтролируемой скупки).

В сфере правовой неопределенности остаются вопросы, связанные с регулированием так называемых переходных форм собственности, доставшихся в наследие от старого режима и не вполне поддающихся интерпретации в рациональных понятиях гражданского права. Вводя плюрализм форм собственности, конституция подразделила их на частную, государственную, муниципальную и «иные формы собственности». Последние (колхозная, кооперативная) – и оказались в центре дебатов в ходе перехода к рыночной экономике и введения земли в коммерческий оборот. Неопределенность правового статуса этих форм собственности (не вписывающихся ни в одну из известных классификаций) породила специфические трудности, связанные с передачей прав на землю, правами кредиторов, залогом, ипотекой. Сложной проблемой остается вопрос о коллективных правах на собственность, неопределенность правового статуса которых является препятствием не только для реализации нового законодательства, но и легитимации института частной собственности в целом. Наконец, очевидна, как отмечалось, необходимость разграничения власти и собственности по линии более четкого определения компетенции национальных, региональных и муниципальных органов.

При выяснении того, как существующее законодательство соотносится с основной государственной программой социального и экономического развития, следует иметь в виду особенности переходных ситуаций. Они, в принципе, характеризуются конфликтностью позиций. Одной из особенностей экономики переходного периода (как это видно на примере не только России, но и всей Восточной Европы) является отсутствие консенсуса в обществе по вопросам национализации, приватизации или реституции земельной собственности. Насколько в России обеспечены гарантии прав собственности и незыблемость итогов приватизации? Этот центральный вопрос, казавшийся решенным, вновь послужил предметом острой политической дискуссии в последнее время. Объектом острых споров стали все главные составляющие понятия собственности – владение, распоряжение и пользование землей. Основные позиции в этом споре при всех нюансах могут быть сведены к следующим трем: реализация формулы собственности на землю в полном объеме; отказ от реализации этой формулы и замена понятия собственности одной из его составляющих (как правило, распоряжение или пользование); наконец, компромиссный вариант допущения формулы о частной собственности на землю в принципе, но фактически – стремление отложить ее практическую реализацию на неопределенное будущее (отодвинуть во времени или ввести дифференцированный порядок реализации по регионам или сегментам самой земельной собственности).

Правовые и институциональные факторы формирования рынка земельной собственности в России. Ключевые нормативные акты составляют определенную систему. В центре системы отношений – регулирование прав собственников и землепользователей. В конце 2001 г. был введен в действие Земельный кодекс, но основной шаг в земельной реформе

сделан в 2002 г., когда был принят Закон «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения». Косвенным признанием противоречий правового регулирования является корректировка нового законодательства сразу после его принятия. Президент подписал Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения», принятый Государственной Думой 20 июня и одобренный Советом Федерации 26 июня 2003 г. Структуру правовой базы регулирования земельного рынка в России на современном этапе составляют, однако, не только Земельный кодекс РФ, но и законодательные акты и нормативные документы, регулирующие земельные отношения: право собственности и возникновение прав на землю; земельный налог; арендную плату; регулирование земельных отношений органами государственной власти; разграничение прав собственности на землю; формирование земельно-имущественного комплекса как инвестиционного актива предприятия; порядок аренды, купли и продажи земли; государственную регистрацию прав на землю. Выделим ряд ключевых вопросов социологического анализа данного законодательства.

К настоящему времени в России представлены основные необходимые уровни законодательных актов, регулирующих реализацию земельной собственности в хозяйственной деятельности. Это – Конституция, ГК, законы о собственности, строительное законодательство (Градостроительный кодекс), налоговое законодательство. Создается адекватная правовая база для решения проблемы земельной собственности. Основные законы, регулирующие земельную собственность: Земельный кодекс РФ, основные Федеральные законы – «О введении в действие Земельного кодекса РФ»; «О государственном земельном кадастре»; «О разграничении государственной собственности на землю»; «О приватизации государственного и муниципального имущества» в части о землепользовании.

Основное направление противоречий нового законодательства программе рыночных реформ связано с неопределенностью в разграничении государственной собственности на разных уровнях, которая затрудняет выяснение реального собственника земли. Другое направление определяется правовой неопределенностью в соотношении собственности на землю и расположенных на ней объектов (например, объектов, находящихся в федеральной, региональной или муниципальной собственности). Наконец, третье связано правовой противоречивостью отношений между собственником земли (региональными или муниципальными властями) и предпринимателями (которые используют эту землю на правах аренды или стремятся выкупить ее в собственность на приемлемых условиях). Эта противоречивость имеет особенно негативный эффект для регулирования городской собственности.

Анализ институциональных и технологических параметров, затрудняющих функционирование земельного рынка, позволяет установить взаимосвязь ряда факторов. Наиболее наглядный из них – капитализация земли. Анализ опыта земельных аукционов позволяет констатировать, что формирование легального рынка земли находится на самой начальной стадии. Земля уже представляет собой ценный коммерческий ресурс, но трудности введения ее в рыночные отношения еще значительны (отсутствие адекватной рыночной инфраструктуры).

В контексте поиска адекватных механизмов формирования рынка земли приоритетной темой становится ипотека (залог земли), которая рассматривается в качестве ключевого элемента стратегии земельной реформы (законодательное регулирование института ипотеки; выбор системы ипотечного кредитования; факторы, затрудняющие развитие ипотечного рынка в России). Приоритетный круг вопросов – предварительные условия коммерческого использования земли – кадастровое описание и межевание земли; направления имплантации западного опыта кадастрового описания в России; оценка земли и определение ее рыночной стоимости; оформление права собственности и регистрация земельных участков. Актуально разворачивание соответствующей институциональной инфраструктуры (73).

Системная характеристика деформаций земельного рынка возможна (согласно заинтересованным структурам бизнеса и его аналитикам) по следующим направлениям:

во-первых, противоречивость земельного законодательства, которая открывает возможности для коррупции и злоупотреблений; во-вторых, необеспеченность

институциональной инфраструктуры рынка земли; в– третьих, неэффективность системы разрешения конфликтов в земельных отношениях. Преодоление этих трудностей в идеале позволяет капитализировать земельные ресурсы (создать единый, легальный и эффективный рынок земли), развивать фермерские хозяйства и сельскохозяйственную кооперацию, привлекать инвестиции и снизить роль бюрократии (как центральной, так и, особенно, региональной) в контроле над земельным рынком.

В отношении публичной администрации к реализации законодательства ситуация может быть определена как режим «правовой неопределенности», что представляет собой, по-видимому, качественную характеристику рынка земельной собственности в России. Ее важнейшими компонентами являются, во-первых, принятие вполне рационального земельного законодательства на федеральном уровне, представляющего собой известную декларацию о намерениях; во-вторых, сохранение известного правового вакуума или противоречивой и амбивалентной правовой базы в области реализации земельной реформы на региональном и локальном уровне; в-третьих, наделение центральной и местной администрации большими делегированными полномочиями по интерпретации федерального и регионального законодательства.

Процессы и направления правового регулирования: параметры регулирования Интернета (Рунета). Структура нормативной базы в изучаемой области отражает незавершенность ее формирования. Выделяется три группы (уровня) законодательных актов. В первую входят международные законодательные акты и типовые законы – «Об электронной подписи» и «Об электронной коммерции», созданные международными организациями – Комиссией ООН по международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ) и Европейским Союзом, которые использовались для разработки соответствующих национальных нормативных актов.

Вторая группа – Конституция РФ и отраслевые кодексы – Гражданский, Трудовой, Налоговый, Таможенный, Торгового мореплавания, Уголовный, Арбитражный процессуальный, которые в последние годы были дополнены положениями, связанными с регулированием электронной информации или юридической силы электронных документов.

Третья группа – новые законы и поправки к старым, принятые в течение последнего десятилетия. Важнейшие законодательные акты: Федеральный закон от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации»; Федеральный закон от 4 июля 1996 г. № 85-ФЗ «Об участии в международном информационном обмене». Последний определялся как «передача и получение информационных продуктов, а также оказание информационных услуг через государственную границу РФ». Фиксировалось право собственности на информационные продукты и средства международного информационного обмена, а возможные споры предписывается разрешать в суде, арбитражном суде или третейском суде в соответствии с их компетенцией; Закон РФ «О средствах массовой информации» от 27 декабря 1991 г. № 2124–1), положения которого интенсивно дискутировались в связи с возможностью их распространения на сетевые издания; Федеральный закон от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе»; Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах от 9 июля 1993 г. № 5351-I; Закон РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» от 23 сентября 1992 г. № 3523–1; Федеральный закон «О связи» от 16 февраля 1995 г. № 15-ФЗ (74).

Существенное самостоятельное значение имеют решения и разъяснения Верховного и Высшего арбитражного судов, подзаконные акты центральных государственных учреждений, дававших интерпретацию законодательства в связи с его применением в данной сфере.

Заметным фактором стало появление ряда законопроектов, как, например, Федерального закона «О правовом регулировании оказания Интернет-услуг». Они способствовали мобилизации общественного мнения по вопросам соотношения международного и внутреннего права, направлениям государственной политики в сфере информационного права, выявили позиции в обеспечении интеллектуальной собственности, защиты информации, лицензирования и сертификации Интернет-услуг.

Возникает вопрос, каким образом устранить пробелы и противоречия в действующем законодательстве (какие новые нормативные акты должны быть приняты или внесены изменения в действующие). Содержательные параметры изменения действующего

законодательства целесообразны, по мнению экспертов, по следующим направлениям: внесение дополнений в Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации», касающихся содержательного раскрытия положений Гражданского кодекса РФ об информации как отдельном объекте гражданских прав, а также сложившегося в теории и практике представления об информационных правах как отдельной области регулятивного воздействия; уточнение пределов взаимодействия правовых институтов «информации» и «права собственности», а также охраны результатов творческой деятельности («интеллектуальной собственности»); включение в федеральный закон положения о международном информационном обмене; изменения и дополнения в ФЗ «Об электронной цифровой подписи» для гармонизации российского законодательства с мировым (в частности, с учетом Директивы ЕС С 243/02 об электронной подписи). Закон целесообразно дополнить не только нормами, регламентирующими ЭЦП, но и иными аналогами собственноручной подписи, возможность использования которых установлена ГК РФ. Законы разных стран имеют различные наименования и говорят об электронных документах, электронной подписи, цифровой подписи, электронной коммерции, электронном удостоверении документов, электронных сделках, электронных сообщениях, но имеется в виду сходная группа вопросов: включение электронных документов в сферу обращения, признание их равнозначности документам на бумажном носителе, определение порядка придания им юридической силы, определение сферы применения. В современном законодательстве используется понятие электронной подписи (electronic signature) или цифровой подписи – digital signature (которая является частным случаем электронной подписи, использующим определенную технологию для ее создания). В ряде законов используются оба понятия. Эти понятия радикально меняют наше представление о подписи как реквизите документа, поскольку речь идет не о собственноручном подписании документа, а об удостоверении его подлинности – установлении авторства и неизменности содержания. В этом случае подлинным считается документ на машинном носителе, заверенный электронной цифровой подписью, причем подлинными признаются все экземпляры такого электронного документа. Изменения в законодательстве об авторских правах целесообразны в контексте международного права и российской практики (в частности в вопросах разграничения прав хранителей и производителей информации – собственности на базы данных и электронные библиотеки, с одной стороны, и авторские права на произведения – с другой, причем с учетом судебной практики в отношении бесплатных публичных Интернет-библиотек, электронных архивов и Интернет-каталогов); внесение поправок в законодательство (в закон «О рекламе», Уголовный кодекс и проч.) против неправомерной рекламы (спама).

В контексте административных и судебных реформ целесообразно: рассмотреть вопрос о разработке программы государственной поддержки российских экспортеров программного обеспечения и информационных услуг (создание в стране системы технологических парков).

Рассматриваются способы преодоления административных барьеров и трудностей в реализации правовых норм. Технологии «электронного правительства» интерпретируются разработчиками реформы как способ перехода на электронный документооборот; сокращения избыточных функций в государственном управлении, метод повышения открытости и транспарентности государственного управления и снижения коррупционности, а также снижения уровня административных барьеров (принцип одного окна). Проблема интеграции сервисов в рамках единого окна или правительственного портала (практически решаемая правительством Москвы) выступает как одна из важнейших для мелкого и среднего бизнеса. Через этот портал предполагается связать информационные системы учреждений и организаций для предоставления интегрированных услуг таким образом, чтобы населению не нужно было разбираться в запутанной внутренней организации системы госуправления.

Стимулы для реализации электронного правительства – улучшение качества услуг, повышение эффективности административной работы, рост конкурентоспособности экономики. Однако критерии оценки успешности электронного правительства неизбежно носят субъективный характер, поскольку зависят от того, кто производит данную оценку. Существует опасность зарегулировать спонтанное развитие проектов в этой области с помощью излишне жесткой правовой регламентации на начальной стадии. Поскольку эта область деятельности не

вполне оформилась, было бы преждевременно регулирование ее исключительно юридическими нормами. Развитие проекта электронного правительства – долгосрочный проект, не следует ждать отдачи немедленно (и тем более отдачи чисто экономической). Некоторые вообще считают, что понятие электронного правительства – столь масштабно, что для этого еще не настало время.

Направления экспертной критики новых законов представлены в ходе парламентских слушаний – «О формировании законодательной базы, обеспечивающей опережающее развитие отрасли информационно– коммуникационных технологий» (2005 г.): критика законодательного обеспечения «технопарков в сфере ИТ»; сбор налога на добавленную стоимость на продукцию и услуги в сфере информационных технологий; правовая регламентация брэнда; возможность закрепления за сотовыми абонентами прав сохранять номер при переходе от одного оператора к другому. Суть в том, что абонент мобильной или фиксированной связи получает возможность сохранения мобильного номера при переходе от одного оператора к другому (что рассматривается Мининформсвязи как важная новая услуга сохранения номера за абонентом, которая в принципе предусматривается в Законе «О связи», но правила предоставления которой сейчас разрабатываются).

Критерии рациональности правовых норм и предложения по эффективности их действий выглядят следующим образом. Первый критерий – соответствие традиционных норм и форм правового регулирования с новыми технологическими возможностями Интернета. Ключевые проблемы, которые должны быть решены: в какой степени интерпретация договора или имущества в гражданском праве может быть распространена на такие понятия, как информация или интеллектуальная собственность; является ли электронный документ документом (в принятом смысле) или только образом, соответственно, следует ли говорить о передаче документа или только средства коммуникации; природа цифровой подписи – представляет ли она юридический эквивалент обычной подписи или нет (не подпись сама по себе, а электронный образ, две половинки которого складываются), использование которого возможно только на основе конвенциональных норм – предварительной договоренности между банками.

Второй критерий – это решение вопроса о субъектах ответственности (например, вопроса об ответственности за содержание информации, распространяемой через Интернет, который предполагает учет положений об ответственности из разных отраслей права – гражданского, авторского, уголовного и публичного, а также административного).

Третий критерий – степень отработанности процессуальных аспектов судопроизводства (в частности, вопрос о возможности рассмотрения электронного документа в качестве доказательства в суде).

Существенна также отработка правового регулирования собственно Интернет-технологий, которая идет стихийно. Констатируется качественное изменение ситуации, затрудняющей защиту информации (и, следовательно, реализацию права) в сфере телекоммуникаций: стала возможной быстрая передача больших объемов данных в планетарных масштабах; плохая защищенность электронной почты от перехвата пересылаемых по ней сведений; отслеживание действий пользователей позволяет создавать персональные поведенческие профили (интересно для коммерческих структур при изучении потребительского рынка).

Инициирование новых законов важно по следующим вопросам: разработка проекта Федерального закона «О праве на информацию», в котором нужно определить понятие «официальная информация», а также дать перечень информации, которую органы государственной власти обязаны делать публично доступной, уточнить правовой статус производителей и держателей (обладателей) официальной информации, определить их обязанности по организации хранения официальной информации и доступа к ней. Признается целесообразным следующий ряд шагов, представляющих реализацию социологического анализа данной отрасли правового регулирования:

1. Решить вопрос о степени допустимого вмешательства государственных структур в контроль над Интернетом: привести российское законодательство в этой области в соответствие с международным (возможно, принятие специального закона об электронных СМИ).

2. Принять закон или ряд законов, регулирующих сферу Интернет-услуг делового цикла:

условия хостинга, распределение ответственности между оператором связи и пользователем Интернета при совершении противоправных действий; определение статуса доменных наименований и их соотношения со статусом товарных знаков и фирменных наименований.

3. Решение (в доказательственном праве и процессуальном законодательстве) вопроса использования электронных документов в качестве доказательств в суде, поскольку сохраняются препятствия для заключения договоров путем обмена электронными документами.

Процессы и направления правового регулирования: административная реформа и бизнес в России. Под административными реформами понимается изменение системы государственного управления по трем основным параметрам: перестройка системы политических институтов и государственных учреждений; реорганизации государственной службы, состава аппарата управления или бюрократии; изменение характера отношения административной системы к обществу вообще и различным его социальным группам в частности.

Основные законодательные акты, рассмотренные нами, подразделяются на три группы: во-первых, посвященные собственно реформе административных институтов (административной реформе в узком смысле); во– вторых, реформе государственной службы (бюрократии); в-третьих, вопросам отношений между административными структурами и бизнесом (и гражданским обществом).

К важнейшим документам первой группы следует отнести законодательные акты – «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», «О системе государственной службы Российской Федерации», указы Президента от 19 ноября 2002 г. № 1336 «О федеральной программе «Реформирование государственной службы Российской Федерации (2003–2005 годы)»; от 23 июля 2003 г. № 824 – «О мерах по проведению административной реформы в 2003–2004 годах»; распоряжение Президента от 11 июля 2003 г. № 351-рп «О межведомственной рабочей группе по обеспечению мероприятий, связанных с реформированием государственной службы Российской Федерации». Последние официальные документы об административной реформе – послания Президента Федеральному Собранию за 2001–2003 гг. и указ Президента от 23 июля 2003 г. № 824 – «О мерах по проведению административной реформы в 2003–2004 годах» (Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 31. Ст. 3150).

Ко второй группе документов (о регулировании бюрократии) следует отнести Федеральный закон от 31 июля 1995 г. № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации»; указ Президента от 19 ноября 2002 г. № 1336 *«О* федеральной программе «Реформирование государственной службы Российской Федерации (2003–2005 годы)»; ФЗ РФ от 27 мая 2003 № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации». В этом контексте важное значение имеют законопроекты, посвященные лоббистской деятельности, конфликту интересов, борьбе с коррупцией, проблеме служебной этики и др.

К третьей группе законодательных актов мы отнесем законодательные акты и законопроекты, связанные с отношениями власти и бизнеса (и гражданского общества). Ключевое значение имеет ряд документов, инициированных как правительством, так и самим бизнесом. Этапами обсуждения проблемы стали аналитические записки – доклады ГУ-ВШЭ летом 2000 и осенью 2002 г., доклад аудиторско-консалтинговой компании «ФБК» в ноябре 2002 г., наконец, аналитический доклад РСПП. Основными официальными документами стали – «Концепция реформирования системы государственной службы Российской Федерации», утвержденная Президентом Российской Федерации в августе 2001 г., материалы Комиссии по разграничению полномочий, доклад об административной реформе, подготовленный Минэкономразвития России осенью 2002 г. и доклад Председателя Правительства Российской Федерации Президенту Российской Федерации, одобренный им в декабре 2002 г. Позиция бизнеса представлена в особом документе – аналитической записке «Административная реформа: позиция РСПП» (от 14.05.2003 г.).

Приоритетные направления реформы (установленные указом президента): ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, в частности прекращение «избыточного государственного регулирования»; возможность (в

качестве альтернативы) развития системы саморегулируемых организаций в области экономики; необходимость исключения дублирующих функций и полномочий федеральных органов исполнительной власти; разделение функций федеральных органов исполнительной власти, относящихся к регулированию экономической деятельности, надзора и контроля, управления государственным имуществом и оказания государственными организациями услуг гражданам и юридическим лицам.

Структурирование групп интересов в области законодательства экономической политики определяется особенностями ее положения в переходный период. Оно учитывает особенности этой политики по уровням (центральная, региональная, местная); отраслям – аграрная, транспортная, жилищно-коммунальная, связанная с градообразующими предприятиями); а также характеру продвижения (лоббирования) законопроектов в высших институтах законодательной и исполнительной власти. Можно выделить (по отраслевому признаку) сырьевой лоббистский лагерь, научно– технологический, военно-промышленный, финансовый, бюрократический.

Два закона о государственной службе – 1995 и 2003 г., вводившие рациональные принципы ее организации, вступают в известное противоречие друг другу. Второй обозначает тенденцию усиления центральной бюрократии над региональной. Вместо двух автономных систем – административной федеральной службы и службы субъектов – новый закон вводит единую государственную службу, подразделенную на два уровня. В результате федеральный центр (через механизмы совместной компетенции) поставил под контроль местное чиновничество, восстановив иерархическую вертикаль власти. Существующий административный механизм позволяет чиновничеству оказывать влияние на бизнес, ограничивает конкуренцию, толкает страну в сторону неэффективного бюрократического капитализма.

Поэтому все попытки свести административные реформы к частным (хотя и важным) вопросам пересмотра системы учреждений, структуры и функций государственной службы, служебной этики, а тем более – вопросам лоббизма, борьбы с коррупцией и (в последнее время) – увеличения зарплаты чиновникам – есть паллиатив, уводящий от содержательного анализа. То, что выступает как конфликтность административных институтов или эффективности бюрократической машины, – есть лишь выражение структурного конфликта переходного общества (75).

Параметрами разрешения данного конфликта в административной сфере следует признать, во-первых, четкое (и непротиворечивое) законодательное регулирование административных институтов (ограничение надзорных функций по сравнению с функциями управления); во-вторых, увеличение прозрачности деятельности государственного аппарата (прежде всего доступности необходимой информации); в-третьих, обеспечение социального контроля над деятельностью чиновничества (прежде всего возможность выдвижения иска гражданина против чиновника и гарантия его объективного рассмотрения в суде) (76).

Механизмы правового регулирования и альтернативные стратегии модернизации. Ограниченные возможности теории рационального выбора. В регулировании отношений общества и государства сохраняет значение вопрос: как найти баланс интересов по вопросам, определяющим развитие инфраструктуры рыночной экономики. Теория рационального выбора, видевшая основу консенсуса именно в договорных отношениях разного уровня, была подвергнута критике именно за то, что само понятие «рациональности» отнюдь не является столь однозначным для различных политико-правовых культур. Можно с этой точки зрения по-разному истолковать рассмотренные данные – как прогресс и как регресс в отношении рационального выбора.

Действительно, что следует считать рациональным правовым регулированием в условиях мировой и российской переходной экономики? Договорная модель регулирования рынка занятости в Европейском Союзе (закрепленная Пактом о стабильности и росте 1996 г., а также рядом положений Маастрихтского договора), представлявшаяся вполне рациональной в момент ее принятия, в новых условиях европейской интеграции и глобализации оказалась отнюдь не бесспорной для поддержания механизмов социального регулирования, причем прогнозируется различный эффект ее влияния для старых и новых членов ЕС. Сходным образом, принятие

нового Трудового кодекса РФ вызвало неоднозначные оценки, поскольку одни видели его рациональность в серьезном продвижении в направлении рыночных отношений, а другие – усматривали отступление от принципа социального государства. В результате оказывалось, что формула компромисса труда и капитала, выраженная в кодексе, предстала чрезвычайно амбивалентной, позволяя судам рассматривать одни и те же конфликты то в рамках трудовых договоров (трудовых соглашений), то в рамках гражданско– правовых договоров (например, договоров подряда, возмездном оказании услуг или авторских договоров), что, вероятно, дает возможность более гибко разрешать противоречия (определять правовые и социальные последствия соответствующих судебных решений), но отнюдь не свидетельствует о стабильности права.

Полярные оценки звучали в отношении антимонопольного законодательства, в котором одни видели инструмент обеспечения принципа равенства стартовых условий и гарантию свободы конкуренции, а другие – яркий пример избирательного правосудия или даже специфическую формулу государственного лоббирования. Так, законодательство о конкуренции и ограничении монополистической деятельности вводило ограничения на сделки между так называемыми аффилированными лицами, способными (в результате установления связи между ними) оказывать влияние на принятие значимых экономических решений по разделу рынка. В то же время исключение из сферы действия антимонопольного контроля по этой линии было сделано для естественных монополий, представляющих собой крупнейшие сетевые структуры, контролирующие сектора рынка ключевых ресурсов и услуг и способные в силу этого осуществлять монопольный контроль над их ценами.

Три стадии развития экономики постсоветского периода коррелируются со стадиями правового регулирования. На первой стадии основное внимание уделялось поиску новой модели рынка в законодательстве переходного периода. Здесь авторы шли от экономики, рассматривая ее правовое регулирование на макро– и микроуровне, а также воздействие на формирование правовых механизмов и институтов законодательного регулирования. Поэтому в центре внимания находились основные экономические проблемы и создание целых направлений правового регулирования – земельное, антимонопольное законодательство, правовое регулирование жилищной реформы, малого и среднего бизнеса, сферы телекоммуникаций, а также взаимодействия федеральных органов власти в формировании законодательной основы экономических отношений.

Вторая стадия имела общей целью анализ социальных функций права в переходной экономике: каково самостоятельное значение правовых норм, как они влияют на экономику, чем определяется их позитивный или негативный эффект. Соответственно в основу анализа была положена позитивная динамика, внимание обращалось прежде всего на те сферы правового регулирования, в которых ощущалось движение вперед. Предметом исследования стали процессы демонополизации собственности (формирование рынка земельной собственности; ипотечного кредита); переход от системы административного права к договорным отношениям (в гражданском и трудовом праве, в области отношений государства с бизнесом, в особенности иностранным). В связи с этим оказались актуальны также вопросы социальной ответственности государства (например, при необходимости компенсации за причиненный вред и решении вопросов сбора налогов). Было показано значение судебной власти и административных структур при проведении реформ.

Третья стадия делает еще один шаг вперед. Он состоит в сознательном переходе от магистральных проблем экономического регулирования к анализу того, что можно назвать периферийными (или пограничными) областями такого регулирования. В центре внимания оказывается общая проблема собственности – ее статуса, форм, основных подразделений, а также ее составляющих – владения, пользования и распоряжения имуществом. Но все эти параметры характеристики собственности как юридического и социального института получают не вполне идентичное (а иногда даже близкое к противоположному) содержание на разных этапах становления института собственности, в конституционном и отраслевом праве, а также особенно в правоприменительной деятельности.

Реализация данного подхода позволяет представить реальную картину развития российского рыночного законодательства. На протяжении периода времени после принятия

Конституции 1993 г. шел процесс создания важнейших кодексов, развития отраслевого права, конституционализации права (77). Первоначально было сформулировано две основных стратегии правовой модернизации – заимствование норм извне, инкорпорация иностранных правовых норм в национальное законодательство (недостаток был в том, что созданные таким образом законы не всегда действовали) и выведение их из опыта становления рыночной экономики (это было трудно сделать до его накопления).

В настоящее время возобладал третий (компромиссный) подход: поиск синтеза классических моделей и национальных правовых установлений с учетом практики их функционирования. Это сделало возможным перенесение основного внимания с решения стратегических вопросов на тактические. Главным из них стал вопрос о новом этапе развития российского права, связанном с переосмыслением законодательства о собственности, конкуренции, переходе имущественных прав в контексте текущей судебной практики.

Различие регулятивных подходов: договорный подход и административный подход. Соотношение административного принуждения и договора – сквозная проблема анализа нового российского гражданского права; реконструкции концепции частно-правового договора, вообще развития договорного права, представляющего собой ядро гражданского права; рецепции норм западного права в национальный кодекс, характера их действия в российской экономике.

Теоретически суть фундаментального различия регулятивных подходов состоит в разграничении двух форм наделения собственников (пользователей) правами. Эти права могут быть предоставлены в договорном или в административном порядке. Главным при этом является то, что контракт всегда включает положения о стабильности условий соглашения, которые ограждают интересы инвестора от неблагоприятных для него последствий внесения изменений в национальное законодательство. Наконец, если одна сторона, будь то инвестор или государство – нарушает контракт, то другая сторона может реализовать предусмотренные контрактом средства правовой защиты своих интересов в том порядке, в каком это предусмотрено в договоре, причем имеет возможность обратиться с иском в учреждения международного арбитража.

Нет сомнения в том, что договорное право, как подотрасль гражданского права, способствует развитию рыночной экономики, вводя принципы свободы договора, равенства участников регулируемых отношений, необходимость обеспечения прав и их судебной защиты. Договор действительно выступает как основа гражданского общества и альтернатива командно– административной системе. Однако остается вопрос о возможности реализации договорного права в России. Предметом осмысления должны стать имеющиеся данные об условиях заключения договоров; их специфических разновидностях; гарантиях исполнения и возможностях расторжения. Введение понятий преддоговорной ответственности (своеобразная страховка от недобросовестного ведения и срыва переговоров) или квази-договорной ответственности выступает косвенным подтверждением распространения практики срыва договорных отношений, злоупотребления правом, выражая в конечном счете отсутствие доверия между участниками экономической деятельности.

Особым направлением договорных отношений стал трудный поиск консенсуса в трудовом праве. Глобализация ведет не только к унификации правового режима занятости, но и имеет различные последствия для стран с разным уровнем экономического развития. Об этом свидетельствует прогноз перспективных тенденций в политике занятости в условиях роста интеграции экономик и расширения Европейского Союза. В развитии российского трудового права обращает на себя внимание сохраняющаяся неопределенность в определении специфики трудового договора и разграничении трудовых и гражданско-правовых договоров, что затрудняет оценку судами замены договоров одного типа (трудовых) договорами другого (гражданско-правовыми соглашениями), что на практике может вести к фактическому пересмотру отношений работника и работодателя в пользу последнего (путем ограничения сферы его социальной ответственности).

Напротив, административное регулирование (лицензирование) резко ограничивает возможности независимого контроля. В этом отношении показателен анализ законодательства о недрах, которое определяется включением как договорных, так и разрешительных механизмов

регулирования. Причинами подобного подхода являются как компромиссный характер закона, так и стремление государства сохранить более широкое поле для административного усмотрения. В сфере правовой неопределенности остаются вопросы о том, какие инстанции полномочны утверждать результаты аукционов и конкурсов, а судебная практика недостаточно информативна в этой области.

В данном контексте возможно интерпретировать трудности договорных отношений, где в качестве одной из сторон выступает государство. Как показывает анализ соглашений о разделе продукции между государством и частным бизнесом, их условия оказываются далеки от определенности, подвергаются пересмотру как в законодательном, так и в правоприменительном порядке, причем само государство выступает одновременно как партнер по бизнесу и гарант соблюдения договора. Сходная ситуация констатируется в такой сфере, как выдача лицензий частным предпринимателям для занятия бизнесом. Нестабильность договорного права и практики его применения делает актуальным вопрос, сможет ли договор реализоваться как инструмент правового регулирования в российской экономике или в ней по-прежнему будут сохраняться патерналистские, квази-правовые и клиентелистские способы регулирования отношений, а возникающие проблемы будут решаться во внесудебном порядке.

С другой стороны, к решению той же проблемы подводит постановка вопроса о «государстве как договаривающейся стороне», которая обращена на выявление разграничительной линии между государством и предприятиями при выдаче лицензий и заключении соглашений о разделе продукции. Всякая неопределенность в этой чрезвычайно чувствительной для бизнеса области оборачивается утратой доверия к государственным структурам и сокращением объема инвестиций. В целом речь идет о переходе от господствовавшей ранее модели административного принуждения к модели частно-правового регулирования отношений собственности, основанных на договорных началах.

Эта проблема формулируется следующим образом: как должны строиться отношения собственности, регулирования ею и какова роль государства в этом. Должны ли отношения между бизнесом (отечественным или иностранным) и государством (в таких, например, жизненно важных областях, как освоение недр) регулироваться путем договора, административного разрешения или представлять собой нечто среднее. Какова оптимальная политика права в регулировании экологических ресурсов, в частности при возникновении споров старых и новых собственников: возможно ли решение вопроса путем заключения контракта между сторонами, за условиями соблюдения которого наблюдает государство, или государство решает эту проблему путем использования налогового законодательства. Сложная сторона той же проблемы: может ли государство менять установленные правила игры, и если да, то каким путем (вопросы национализации и экспроприации собственности, компенсации за отчуждаемое имущество). И как суды должны решать подобные вопросы в отношении споров бизнеса и власти.

Конфликт нормы и реальности: причины дисфункции права. Исследование соотношения правовой нормы и реальности в российской экономике переходного периода позволило установить существенные сдвиги на трех уровнях экономического регулирования. Первый из них – макроэкономический – рассматривает проблемы экономики в целом (становление института частной собственности, ее легитимации в разных областях экономики и правовых гарантий ее сохранения). Второй – микроэкономический – концентрируется на принятии решений на уровне отдельных субъектов экономики, а также значительной совокупности социальных, правовых, политических факторов, оказывающих непосредственное влияние на принятие таких решений на локальном уровне. Наконец, третий – обращение к формированию самих механизмов правового регулирования и их изменению на уровне институтов и процедур.

Это исследование позволяет констатировать общую позитивную динамику развития российского экономического законодательства в последние годы: идет интенсивный процесс конституционализации отраслевого права; приняты важнейшие кодексы, ведется активная разработка законодательства по ключевым направлениям рыночной экономики. Оправданное приоритетное внимание к разработке и принятию важнейших отраслевых кодексов не всегда сопровождалось параллельной разработкой законодательства, снятием противоречий в нем и обобщением правоприменительной деятельности. Приоритетными стали проблемы

макроэкономики – земля, антимонопольное законодательство, реформа естественных монополий, система налогообложения, а также проблемы государственного контроля и регулирования в области предпринимательской деятельности (лицензирование, техническое регулирование).

В то же время были выявлены диспропорции в развитии законодательства на разных уровнях экономического регулирования. Так, принятие важнейших кодексов (как Гражданский и Земельный), закладывающих общие основы отношений собственности на землю и ее коммерческого использования, породило непредвиденные трудности. Некоторые из них связаны с пробелами законодательного регулирования на разных уровнях, в частности с отсутствием четкого проведения разделения между федеральной, субъектной и муниципальной землей. Очень важна регламентация разделения собственности между уровнями государственной власти, особенно по линии бюджетного федерализма, и определения прерогатив муниципальной власти. Другие – конфликтность старого и нового права, например, противоречие ряда норм Гражданского и Земельного кодексов, а также некоторых норм последнего – старому жилищному законодательству, региональным законам. Наконец, третья группа трудностей связана с отсутствием соответствующей правоприменительной практики (что выявилось, например, при регистрации земли).

Разработка развитого антимонопольного законодательства (достоинством которого является обобщение исключительно богатого опыта передела собственности) не привела, однако, к его успешному функционированию. Это произошло главным образом в силу социальных причин: важнейшими из них стали сохранение фактического государственного контроля над экономикой, зависимость антимонопольных органов от государственной власти, а также система двойных стандартов и избирательное применение данного законодательства. В конечном счете эта система реализации права и монопольного государственного регулирования экономики оказывается едва ли не важнейшим препятствием на пути развития малого и среднего бизнеса, динамика которого сдерживается отсутствием равных стартовых условий для всех участников хозяйственной деятельности, а также вмешательством государственных структур, которое до последнего времени либо запаздывало, либо имело негативный характер (максимизация контроля, обилие регулирующих предписаний и частое изменение условий игры, например, при сборе налогов и выдаче лицензий, несовершенство механизмов разрешения конфликтов, как судебных, так и внесудебных). Это имеет тем более серьезные последствия, что именно малый и средний бизнес составляет экономическую основу социальной стабильности, институтов гражданского общества, является наиболее мобильной структурой хозяйственной деятельности, в которой прежде всего осваиваются новые технологии.

Очень важной стороной проблемы является *дисфункция права на уровне правоприменительной практики.* Так, реализация положений Земельного кодекса оказывается блокированной из-за невозможности регистрации собственности или отсутствия кадастрового описания земель; реализация ипотечного кредита в жилищном секторе – из-за отсутствия развитой системы специализированных кредитных учреждений, ипотечных банков и депозитных касс (способных осуществлять выдачу долговременных кредитов), ограниченного числа земли с необходимой городской инфраструктурой, сложности и закрытости процедур принятия решений о выделении земли и выдачи разрешений на жилищное строительство; активное введение в действие законодательства, облегчающего положение бизнеса – сохранением многоступенчатой системы административных барьеров; наконец, трудность эффективной защиты бизнеса от административных институтов в судах связана с неопределенностью правовых норм, возможностью манипулирования ими со стороны государственных институтов, недостаточной разработкой процедурных и процессуальных аспектов.

Данные обстоятельства, связанные в основном с дисфункцией бюрократии и правоприменительной деятельности, резко повышают риски в сфере коммерции и промышленности, снижают капитализацию земли и ликвидность предприятий, а в конечном счете ведут к сокращению инвестиций в экономику. Они являются косвенным свидетельством фактического сохранения в новых условиях слияния власти и собственности, невозможности

установления независимого общественного контроля над властью путем введения прозрачных механизмов принятия решений и проведения демократической административной реформы.

Роль судебных и административных институтов в разрешении конфликтов. Самостоятельной проблемой экономики развития повсюду в мире является модернизация механизмов, институтов и процедур правового регулирования экономики как на макро-, так и на микро– уровне. Одной из основных трудностей экономического регулирования в России остается неадекватность судебных и административных структур новым экономическим и техническим задачам. Даже в ситуации, когда приняты хорошие законы и есть политическая воля к их реализации, сохраняется проблема конфликта интересов различных государственных структур, уровней административного регулирования, а также того, что именуется «административными барьерами» на разных уровнях управления и реализации законодательства. Особенно четко данная проблема прослеживается в действиях различных органов власти в ходе законодательного регулирования так называемых естественных монополий, т. е. в ситуации, когда при известной уникальности выпускаемого продукта ему нет реальных заменителей, отсутствуют альтернативы, способные привести в действие режим рыночной конкуренции. Эта область экономических интересов оказалась в эпицентре дебатов при переходе от сверхбюрократизированной модели государственной собственности к рыночной экономике, вызывая острые споры о приватизации (или деприватизации) данного вида собственности, легитимности этой собственности, ее законодательном регулировании.

Проблема соотношения судебного и административного способов разрешения конфликтов стала актуальна при выяснении защиты прав субъектов экономической деятельности при проведении государственного контроля (надзора). Представляя собой один из известных административных барьеров, практика государственного контроля, в частности различных проверок, постоянно являлась объектом критики со стороны представителей бизнеса, указывавших на ее деструктивные следствия. Основным аргументом против этой практики была ее правовая неопределенность, открывавшая путь для административного произвола в отношении предпринимателей. С принятием нового законодательства произошла систематизация основных процедурных правил проведения проверок, появилась возможность оспаривать в суде постановления о привлечении субъекта экономической деятельности к административной ответственности органами государственного контроля и добиваться возмещения вреда, причиненного ими в ходе осуществления контрольных мероприятий. В то же время факт незначительного количества дел, связанных с нарушением порядка проведения проверок, может быть истолкован диаметрально противоположным образом: как свидетельство эффективности нового законодательства или, напротив, его неэффективности. Есть основания полагать, что второе заключение ближе к истине, учитывая ограниченную сферу действия нового закона. В силу трудности защиты экономических прав в судебном порядке актуальность приобретает административный порядок такой защиты.

Внесудебное обжалование действий исполнительной власти имеет для населения ряд внешних преимуществ – соответствует традиционным представлениям, является менее затратным и более быстрым. Вопрос об эффективности такого рода обжалования, разумеется, зависит от качества самих органов исполнительной власти, их способности на адекватное, профессиональное и объективное рассмотрение такого рода инициатив. Проблема внесудебного порядка защиты прав, сама по себе вполне правомерная, затруднена общим недоверием бизнеса к властным структурам. Это делает актуальным, в частности, обращение бизнеса к идее административной юстиции.

В этом контексте встает более общая проблема юридической помощи и правомерности требований о возмещении убытков, связанных с некачественным оказанием юридических услуг. Она рассмотрена на примере развития адвокатской профессии в контексте юридической помощи субъектам предпринимательской деятельности. Констатируется рост конкуренции внутри самой юридической профессии, которая охватывает различные ее отрасли и виды деятельности. Регулирование отношений между доверителем и адвокатом, организация адвокатской деятельности и правовые параметры ее осуществления представляются необходимыми условиями удовлетворения растущей потребности деловых кругов в квалифицированной юридической помощи.

При решении вопроса о критериях эффективности судебной системы в переходный период в центре внимания оказывается проблема толкования права. Возможна ли вина без ответственности и ответственность без вины? Как показывает существующий материал, ответ на этот вопрос не столь однозначен, как можно было бы предположить: существуют такие правонарушения в области экономики, доказать которые практически невозможно (и которые, следовательно, не могут быть наказуемы), и, напротив, правовая система фактически допускает ситуации, при которых ответственность возможна и без вины (как показано на примере сбора налогов). В этом случае центральным оказывается вопрос мотива того или иного действия, определить который возможно лишь при наличии разработанных критериев преступного умысла или недобросовестного поведения, а также широкой доказательной базы, создание которой в свою очередь представляет трудноразрешимую юридическую проблему (поскольку вступает в противоречие с целым спектром конституционно защищаемых прав).

Особую сторону той же проблемы представляет институциональный и процессуальный параметры. Если возможна широкая трактовка понятия экономической деятельности, то возникает вопрос о том, какие суды должны рассматривать дело. Само понятие экономических споров оказывается чрезвычайно неопределенным с юридической точки зрения, что остро ставит проблему подсудности и совершенствования практики арбитражных судов, процессуальной стороны дела. При известных обстоятельствах именно процедурная и процессуальная сторона вопроса должна рассматриваться как центральная. В связи с этим сохраняет значение вопрос об оптимальной реформе судов.

Развитие права в режиме догоняющего развития имеет следствием расширение процедур судебного толкования. В результате российские суды фактически отходят от традиционной концепции «уста закона» и становятся в большей мере толкователями законов. Но это возможно лишь в случае создания основ политики права, ориентированной на понимание сложной и универсальной природы информации, а также разработанности процессуальных аспектов ее регулирования (78).

Судебная практика позволила выявить ряд трудностей и противоречий в применении законодательства: 1) чрезвычайно абстрактный характер норм, который не позволяет охватить многие важные стороны правовой реальности, особенно, когда речь идет о наиболее динамичных областях правового регулирования (вопрос о том, как соотносятся понятия собственности и информации); 2) неопределенность норм, отчасти являющаяся способом решения предыдущей проблемы (например, публичная собственность); 3) противоречия правового регулирования на межотраслевом уровне; 4) пробелы в праве (неурегулированность проблемы естественных монополий в антимонопольном праве или вопрос о природопользовании); 5) нестабильность правового регулирования, следствием чего становится ограничение легитимности законов (три закона о банкротстве); 6) отставание правового регулирования от быстро изменяющейся действительности (Интернет); 7) неясность ситуации с судебным и административным обжалованием (регулирование споров в административном порядке).

Возможен спор о стратегии преодоления этих трудностей. Одни полагают, что пробелы, умолчания и противоречия в законодательстве должны преодолеваться путем принятия новых законов, кодексов и даже создания новых отраслей права; другие полагают, что достаточно существующих базовых законов и речь должна идти только о внесении поправок в них (что соответствует представлению о важности сохранения стабильности права); наконец, третьи утверждают, что решение нужно искать по линии толкования существующего права и развития судебной практики (например, в вопросе о правах на экологические ресурсы).

В итоге, можно констатировать, что постсоветский период развития страны еще не завершен. Декларирована общая программа – переход к рыночной экономике и правовому государству, однако трудности достижения этой цели оказались более значительными, чем, возможно, предполагалось в начале реформ. Главная из них состояла в отсутствии правовой и институциональной инфраструктуры рыночной экономики к моменту начала преобразований. Другая заключалась в сохранении правового дуализма – исторически сформировавшегося разрыва между позитивным правом и реальным правосознанием населения. Наконец, третья – в отсутствии эффективных механизмов реализации права. В результате реформ удалось

разрешить первую проблему – была создана новая правовая форма; отчасти сформулировать и начать решение второй проблемы, при очевидной слабости и отсутствии продвижения по третьей.

Как это неоднократно имело место в истории России и других модернизирующихся государств, новые правовые формы, фактически заимствованные извне, плохо адаптируются к традиционному социальному содержанию, наполняются иным социальным содержанием или получают социальные функции, которые вовсе не предполагались в момент заимствования. Так возникает дисфункция правовых норм, свойственная вообще нестабильным правовым системам. Констатация этого факта не должна приводить к выводу об отказе от правового регулирования или заимствования правовых норм (оправданность его не вызывает сомнений и подтверждается логикой развития всех стран в эпоху глобализации). Поэтому ключевая проблема – поиск особых технологий согласования права и реальности, имплементации нового права, а также гарантий его адекватного функционирования.

Трудности создают основу для популистских течений различной направленности, стремящихся использовать ситуацию для срыва демократических преобразований. Эти трудности, свойственные для всех государств постсоветского пространства, проявились в России особенно остро, поставив под сомнение возможность успеха демократических преобразований. Отсутствие позитивной динамики в важнейших структурных реформах (земельной, жилищно-коммунальной, административной, местного управления и самоуправления), эффективной защиты частной собственности, а также адекватной возможности отстаивания экономических прав в судебном и административном порядке – делают всю систему чрезвычайно неустойчивой. Особенно важным является регулирование экономических процессов в области высоких технологий и наукоемких сфер деятельности, поскольку именно они становятся основой интеграции национальных экономик в глобальную.

3. Власть и собственность в правовом регулировании земельных отношений

Введение частной собственности на землю – острая проблема, по которой отсутствует консенсус в обществе, разрешается путем различных моделей интерпретации соответствующих конституционных принципов. Для России как аграрной страны вопрос о частной собственности на землю всегда являлся одним из основополагающих для всего политико-правового устройства. Уже в ходе либеральных реформ 1860-х гг. XIX в. и, особенно, столыпинских аграрных реформ начала XX в. частная собственность на землю рассматривалась как основа социальной и политической стабильности. Другая тенденция в решении данной проблемы была связана с идеей социализации земли – трудового землепользования, при котором земля передавалась не в собственность, но во временное пользование при условии выплаты обществу особого налога – земельной ренты. Наконец, большевистское решение земельного вопроса привело к отчуждению всего населения от земли, которая становилась фактически собственностью государства, принудительной коллективизации.

Право на землю в постсоветский переходный период. Радикальным нововведением Конституции 1993 г. стали нормы, регламентирующие эту сферу правового регулирования. Земля и другие природные ресурсы могут (в соответствии со ст. 9, ч. 2) «находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности». Безоговорочное закрепление права частной собственности на землю завершает «длительную и изнурительную борьбу демократических сил России за один из основных принципов свободы, рыночной экономики и правового государства» (79). Со времени принятия Конституции, закрепившей право частной собственности на землю (п. 1. ст. 36), и до последнего времени реализация этой нормы была затруднена отсутствием соответствующего правового механизма (предусмотренного конституцией федерального закона, определяющего «условия и порядок пользования землей»). До сих пор в обществе и среди юристов нет единого мнения по вопросу о содержании и реализации данных конституционных норм. Введение земли в гражданский оборот путем конституционного признания частной собственности на нее столкнулось с неразработанностью законодательства, обеспечивающего устойчивость данного права и регламентирующего его

реализацию (например, продажу, наследование, аренду земли, не говоря уже о гарантиях ее рационального хозяйственного использования).

Даже с созданием правительственного большинства в Думе после выборов 1999 г. Земельный кодекс на протяжении многих месяцев оставался главным объектом противоречий между коммунистами и правым большинством в нижней палате, но в итоге был одобрен. Государственная Дума приняла Земельный кодекс в третьем чтении 20 сентября 2001 г. и затем в окончательном варианте 28 сентября 2001 г. после длительных дебатов и активного противодействия левых фракций. Конфликт, реализовавшийся в Думе, должен был получить свое продолжение в Совете Федерации, определенная часть которого критически оценивала Земельный кодекс. Более того, свою негативную позицию высказали более трети региональных органов законодательной власти субъектов Российской Федерации, что не могло не влиять на позицию представителей регионов в Совете Федерации.

Однако, как и в случае с законом о политических партиях (принятие которого означало выбивание почвы из-под ног региональных элит), результат голосования оказался совершенно иным. Вопреки делавшимся прогнозам, 10 октября 2001 г. проект Земельного кодекса РФ получил поддержку большинства Совета Федерации. Президент подписал Федеральный закон «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» 25 октября 2001 г. В своем послании парламенту президент дал понять, что вопрос о землях сельскохозяйственного назначения скорее всего также будет решен в пользу свободной купли-продажи (что подтвердилось принятием последующего закона). Земельный кодекс вступил в силу 30 октября 2001 г. (80).

Проектируемая реформа, таким образом, решительно ставит проблему частной собственности на землю, через столетие воспроизводя принципы столыпинских аграрных реформ, которые являются осознанным ориентиром для современных реформаторов. Данная концепция введения земельных ресурсов в сферу рыночных отношений как тогда, так и теперь, имеет целью модернизацию общества и обеспечение стабильной социальной базы политического режима. Ее реализация неизбежно порождает острый социальный конфликт и сопровождается расколом политической элиты. Методом проведения преобразований в обоих случаях становится бюрократическая реформа, осуществляемая в условиях апатии населения государственной властью вопреки сопротивлению консерваторов и региональной бюрократии, связанной с традиционными аграрными структурами. Политическим выражением конфликта стали острые противоречия исполнительной и законодательной власти, в обоих случаях разрешенные сходным образом (изменением избирательного права, ограничением законодательной власти и усилением административного контроля в регионах). Наконец, и в том, и в другом случае основными противниками реформы оказались крайние правые и левые партии. Сила сопротивления реформам прямо пропорциональна степени их радикальности, а результатом неизбежно становится дестабилизация политической системы или определенная форма политического компромисса.

Земельный кодекс Российской Федерации несомненно стал одним из важнейших событий в новейшей истории аграрных преобразований. Целесообразно определить, до какой степени он меняет ситуацию в решении аграрного вопроса в России. Рассмотрим далее следующие проблемы: место кодекса в системе регулирования отношений собственности; структура власти и конфликт интересов, раскрывшиеся в ходе его рассмотрения и принятия; функция кодекса в модернизации социально-экономических отношений России.

Земельный кодекс в системе регулирования отношений собственности. Институт частной собственности, традиционно являющийся в России предметом острых споров, оказался доступен различным, порой противоположным трактовкам. Вообще в отношении конституционной регламентации собственности с самого начала высказывались различные позиции: одни отстаивали либеральный принцип неотъемлемости частной собственности, другие, отдавая приоритет концепции социального государства и принципу социальной функции права, подчеркивали условность права частной собственности и выдвигали ряд возможных его ограничений. Принципиальное различие этих двух подходов проявилось в дискуссии о возможности ограничений права частной собственности на землю. Первый подход делает упор на безусловном характере права частной собственности на землю, выводя его

непосредственно из общей конституционной интерпретации основных прав и свобод человека, которые «принадлежат каждому от рождения», подчеркивая, что их ограничения допустимы лишь в той мере, в какой они являются естественными и вытекают из природы вещей (ст. 17). Второй подход, напротив, отрицает абсолютный и естественный характер права частной собственности на землю, подчеркивая возможность его ограничения законодателем (в соответствии с ч. 3 ст. 55). Он выделяет особый, исключительный статус самой земельной собственности и ресурсов, делающий объективно необходимым (и естественным) ограничение права собственности. Правомочия собственника земли и других природных ресурсов (свобода владения, пользования и распоряжения землей) имеют при таком подходе условный характер и обусловлены требованиями сохранения окружающей среды, экологическими ограничениями, правами и интересами других лиц (ст. 34, ч. 2, ст. 36, ч. 2, ст. 55, ч. 3). Таким образом, интерпретация возможности ограничения права частной собственности на землю выявляет два различных подхода, связанных с более широким и узким толкованием соответствующих конституционных норм. Это отражает существование двух различных представлений о праве государства регулировать земельные отношения и, в частности, ограничивать свободу частной собственности на землю. В подтверждение обоих позиций даются различные интерпретации международного опыта и практики (81).

В правовом регулировании собственности на землю выявлены определенные противоречия. Прежде всего, исследователи обращают внимание на многозначность (полисемантичность) конституционного понятия «собственность», которое в разных статьях конституции используется в разном смысле – как синоним имущества (ст. 35, ч. 2), тип экономической организации общества или система отношений, регулируемых правом собственности (ст. 9, ч. 2), обозначение правовой формы участия в гражданском обороте (ст. 8, ч. 2), вещное право (ст. 36, ч. 1) (82).

С другой стороны, спорным представляется закрепленное в конституции понятие «формы собственности», которое рассматривается критиками как реликт прошлого, не юридическое, а скорее – политэкономическое понятие. Зафиксированное Конституцией РФ (ст. 8, ч. 2) положение о равном признании и защите частной, государственной, муниципальной и «иных форм собственности» следует признать вынужденным историческим компромиссом постсоветского периода (данная норма конституции, в свою очередь, была фактически воспроизведением противоречивых положений законодательства о земельной реформе 1991 г.). Эта формула (при всей спорности понятия «форма собственности» с юридической точки зрения) была воспроизведена в ГК РФ (п. 1 ст. 212). Согласно данной критической позиции, никаких «форм собственности» (за исключением частной и публичной) в действительности нет, а имеется лишь одно, единственное право собственности со стандартным, единым набором правомочий, у которого могут быть разные субъекты – граждане, юридические лица, государственные и иные публично-правовые образования. Соответственно не существует теоретической и практической возможности обеспечить конституционное требование равенства всех форм собственности. Если «община», «трудовой коллектив» и т. д. имеют в собственности обособленное имущество, не являющееся одновременно имуществом их участников, то речь идет о юридическом лице, а если такого имущества нет, то нет и самостоятельного субъекта имущественных отношений, в том числе отношений собственности (83).

Наконец, различны трактовки содержания правового оформления отношений собственности в условиях перехода к рыночной экономике, когда сами регулируемые отношения находятся на стадии формирования.

Развитие аграрной реформы в 1989–2002 г. проходило в расколотом обществе и конфликтной обстановке. В России некоторые мыслители (как, например, Л.Н. Толстой) были убежденными противниками частной собственности и продажи земли. С началом Перестройки в условиях экономического и политического кризиса системы реального социализма были выдвинуты конкурирующие модели аграрной реформы. Аграрный вопрос стал одним из центральных на Первом Съезде народных депутатов СССР в 1989 г. Затем неоднократно предпринимались попытки поставить этот вопрос на референдум. Данные споры воспроизводят на новом уровне основные прежние модели начала XX в. Одна – левая (коммунистическая); другая – правая (либеральная); третья – центристская (более или менее консервативная) –

синтез в рамках попытки найти технологическое решение (84).

Первая модель рассматривала систему как эффективную, исходя из марксистского представления о приоритете крупного производства над мелким, стремилась сохранить колхозы и совхозы, причину кризиса усматривала в диспаритете (ножницах) цен на сельскохозяйственную и промышленную продукцию, дискриминации (в ценах) аграрного сектора в отношении промышленного. В конечном счете – тяготела к сохранению плановой экономики, колхозов и совхозов, централизованного распределения ресурсов, коллективному производству. Так называемые «аграрии» выдвигали чисто протекционистские требования – сократить воздействие рыночных механизмов. В условиях слабого сельского хозяйства (технически не подготовленного) оно, полагали они, не устоит перед рынком. Констатировалась необходимость ликвидации «ножниц» между ценами сельскохозяйственной и промышленной продукции. Это – система представлений, направленная в прошлое (стремление сохранить государственный заказ, усилить контроль). Данная программа, однако, соответствовала настроениям крестьянства и его коллективистской антисобственнической психологии. Опросы общественного мнения показывают относительное преобладание противников введения частной собственности на землю, причем в сельской местности показатель близок к абсолютному.

Вторая модель считала систему неэффективной, видела причину кризиса в отчуждении крестьянина от собственности и результатов труда, а решение проблемы усматривала в создании у крестьянина заинтересованности в результатах труда (крестьянин должен стать хозяином на земле). Колхозно-совхозная система, согласно данной позиции, – принудительный труд. Выход – в создании индивидуального фермерского хозяйства. В итоге модель тяготела к рыночной экономике и частной собственности на землю. Это либеральная модель, исходившая из идеи свободного рынка, минимализма государственного вмешательства. В пользу данной модели выступала логика экономических процессов. Нельзя, полагали ее представители, совместить несовместимое – монопольный режим национализированной земельной собственности, с одной стороны, и, с другой – рыночное регулирование сельскохозяйственного производства: поэтому невозможны арендные фермерские хозяйства и внутрихозяйственная аренда. Необходима частная собственность на землю.

Третья модель представляла собой компромисс, выражавшийся в идее отделить собственность на землю от владения ею. Собственность на землю (и другие средства производства) остается у государства, но при этом вводится аренда земли коллективными, семейными и индивидуальными производителями (а арендная плата и налоги становятся единственной экономической формой реализации государством права собственности и формой управления социалистических производителей). Экономические стимулы должны оптимизировать аграрное производство. Это был, по существу, возврат к программе эсеров (нечто вроде трудового землепользования) в той ее умеренной формулировке, которая давалась А.В. Чаяновым и Н.Д. Кондратьевым.

Поиск компромиссов был особенно характерен для проектов реформ начального этапа Перестройки:

арендатором может быть колхоз или совхоз, а внутри коллективных хозяйств – отдельные крестьянские хозяйства. Обсуждались варианты внесения элемента заинтересованности производителя в результатах своего труда без введения, однако, частной собственности: долгосрочная аренда земли у государства; пожизненное владение землей с правом ее передачи по наследству, но без права продажи; пожизненное владение с правом наследования и продажи. Как видим, вновь возникают концепции решения аграрного вопроса, уже неоднократно выдвигавшиеся ранее, начиная с проекта К.Д. Кавелина. При этом четко проявилось различие понятий собственности, владения, пользования и распоряжения землей.

Первоначально имела место жесткая конфронтация двух крайних течений (сторонников колхозно– совхозной системы и индивидуальных, частных форм), затем наметилось стремление к компромиссу. Вся дискуссия сопровождалась поиском отделения технологии от социальных процессов.

Направления противоречий постсоветского регулирования. Регулирование частной собственности на землю в постсоветский период выявило три направления противоречий –

между частным и публичным правом (вопрос разграничения публично-правовой и частноправовой его трактовки как часть этого); между федеральным законодательством и законами субъектов Федерации; между направлениями политики права различных ветвей власти, прежде всего Думы и президента.

Дуализм частного и публичного права вытекает из самой природы земельной собственности. Земля выступает, с одной стороны, как имущество, объект гражданско-правовых сделок (права на владение земельным участком, распоряжения и пользования им, наследования, сервитутов), с другой – как особый вид недвижимости, ценный естественный ресурс, регулирование которого преследует определенный публичный интерес, что предполагает стремление государства к проведению определенной политики права в регулировании земельных отношений и создании рынка земли. Право собственности на землю как разновидность частной собственности доступно, поэтому, интерпретациям с позиций как частного, так и публичного права. Это отражает существование двух различных представлений о праве государства регулировать земельные отношения и, в частности, ограничивать свободу частной собственности на землю (85). Данный дуализм подходов к правовому регулированию земельных отношений со стороны частного и публичного права выражает как объективные особенности этого вида частной собственности, так и традиционную для России дилемму решения аграрного вопроса (спонтанная регуляция частным правом или направленное государственное регулирование). В постсоветской России присутствовали оба подхода, которые вступали в противоречие друг с другом (вплоть до полной утраты связи между ними). Известная тенденция к установлению приоритета норм гражданского права над земельным в регулировании аграрных отношений в переходный период была связана со стремлением к обеспечению реализации конституционной нормы о частной собственности на землю. Конфликт публичного и частного права в вопросах собственности нашел выражение в приостановлении Государственной Думой действия главы 17 нового Гражданского кодекса РФ до принятия нового Земельного кодекса РФ. В условиях жесткого сопротивления аграрным реформам, коммунистическим идеям были противопоставлены такие основополагающие нормы гражданского права, как неприкосновенность собственности, равенство участников регулируемых отношений, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства в частные дела и гарантии судебной защиты гражданских прав (86). С другой стороны, гражданское законодательство относится к ведению Федерации (ст. 71 Конституции РФ), в то время как земельное, горное, лесное и водное законодательство является предметом совместного ведения (в достаточно неопределенной интерпретации, которая дается ст. 72 Конституции). Апелляция к гражданскому праву, напротив, была способом преодоления регионального консерватизма в решении аграрного вопроса.

Другой конфликтной областью стали противоречия федерального центра и субъектов Федерации в решении аграрного вопроса. Они усугублялись сложностью структуры института собственности в России, который, как известно, имеет двухуровневый характер. Постоянным фактором переходного периода являлись серьезные противоречия в этой области конституционного права Федерации и конституционного (уставного) права ее субъектов. Закрепляя «единство экономического пространства» (ч. 2 ст. 8), Конституция вводила в то же время положение о равной защите различных форм собственности. Конституционное закрепление «иных форм собственности» было в момент принятия Конституции своеобразным политическим компромиссом, позволявшим сохранить в регионах существующие социально-экономические отношения (в виде общественной, коллективной и даже конфессиональной форм собственности). Результатом стало появление не закрепленной в Конституции, но от этого не менее реальной, концепции региональной публично-правовой собственности. Она была закреплена проведением ряда региональных референдумов, отрицавших частную собственность на землю. Данная концепция, вытекавшая из идеи суверенитета субъектов Федерации, объявляла землю, недра и природные ресурсы на территории республики ее неотъемлемым достоянием (например, в Якутии) или достоянием (собственностью) ее многонационального народа (Башкирия), собственностью (Ингушетия). Ряд субъектов Федерации не признал на своей территории права частной собственности, другие, формально допустив сделки с землями сельскохозяйственного назначения, вводили

такой механизм их осуществления, который на практике блокировал их, сохраняя монополию существующих аграрных структур. Концепция собственности как публичного или национального достояния, являющаяся реликтом советского права, обусловила серьезные противоречия в интерпретации права частной собственности на землю, которые особенно возрастали при решении вопросов приватизации и управления государственной собственностью в регионах. При отсутствии кодифицированного земельного права регионы заполняли пробел региональным законодательством, закрепляя желательные для них интерпретации земельного законодательства (87).

Развитию этих тенденций противостояли решения Конституционного суда РФ, правовая позиция которого была окончательно сформулирована в Постановлении от 7 июня 2000 г. и получила развитие в Определении от 27 июня 2000 г. в ходе рассмотрения соответствующих положений республиканских конституций (88).

Переход от договорной модели федерализма (децентрализованной) к конституционной (централизованной) и унификация законодательства не оставляют места для правовой реализации концепций внутреннего суверенитета, региональной публично-правовой собственности и, следовательно, существенно ограничивают допустимые рамки законодательного регулирования поземельных отношений на уровне субъектов Российской Федерации.

Третьим направлением разворачивания конфликта была постоянная борьба между Думой и президентской властью по вопросу о принципах решения аграрного вопроса. Она выразилась в стремлении коммунистического большинства Думы принять такой проект Земельного кодекса, который ничего не говорил о частной собственности на землю, чрезвычайно затруднял ее или прямо запрещал. Работа над проектом Земельного кодекса началась еще в 1992 г. В 1994 г. документ был принят правительством в качестве проекта Земельного кодекса РФ. В последующее время Государственные Думы трех созывов неоднократно стремились решить вопрос: было проведено 16 пленарных заседаний Думы, проект трижды принимался ею (22 мая 1996 г., 11 июля 1997 г. и 22 апреля 1998 г.), отвергался (26 июня 1996 г.) и был дважды одобрен (3 июля 1997 г. и 22 апреля 1998 г.) Советом Федерации, дважды отклонялся президентом (21 июля 1997 г. и 4 июня 1998 г.). Дума преодолевала вето президента (24 сентября 1997 г.), а Совет Федерации не смог сделать этого (18 февраля 1997 г.). Неоднократно создавались согласительные комиссии, вносились поправки, дважды проводились парламентские слушания, наконец, была предпринята попытка достичь согласия за «Круглым столом». Однако эти усилия не увенчались успехом в связи с острыми политическими разногласиями ветвей власти (89).

Так, первоначальный проект Земельного кодекса, принятый Думой в 1995 г., содержал существенные ограничения землепользования и продажи земли; последующий вариант (1996 г.) не предусматривал свободной купли-продажи и залога земли; наконец, третий вариант (1997 г.), хотя и допускал декларативно частную собственность на земли, однако запрещал куплю–продажу земель сельскохозяйственного назначения. В первых двух случаях законопроекты были отвергнуты Советом Федерации, в третьем – он прошел верхнюю палату, однако был остановлен президентским вето (примененным также для модифицированной редакции данного законопроекта 1998 г.) (90). Даже после создания правительственного большинства в Думе по итогам выборов 1999 г. Земельный кодекс, как отмечалось ранее, на протяжении значительного времени оставался главным объектом противоречий между коммунистами и правым большинством и левой оппозицией в нижней палате, а затем предметом интенсивных дебатов в верхней палате. Его вступление в силу 30 октября 2001 г. стало результатом напряженной политической борьбы.

Таким образом, на протяжении всего переходного периода отсутствовала политическая возможность кодификации земельного законодательства, а потому регулирование поземельных отношений проводилось указами президента РФ, которые имели временный характер и теоретически сохраняли силу лишь до принятия нового Земельного кодекса (91). Именно указы осуществляли регулирование права собственности на землю и рынка земли, предоставив собственникам право продажи, завещания, залога, аренды и мены земли. Этот конфликт выражал не только общую политико– правовую неопределенность ситуации, но и слабость

федеральной власти, вынужденной идти на компромиссы в аграрном вопросе.

Суммируя три основных направления противоречий в регулировании аграрных отношений, можно констатировать принципиальный характер разногласий о содержании права частной собственности на землю, нестабильности правовых гарантий ее реализации, противоречивости законодательства, а также отсутствии единой стратегии аграрных реформ и единой политической воли в их проведении. Все это позволяет интерпретировать правовое регулирование земельной собственности переходного периода как «промежуточное (intermédiaire) право» по аналогии с тем, которое существовало в постреволюционной Франции до принятия Гражданского кодекса (92).

Рассмотренные выше противоречия проявились в ходе принятия Земельного кодекса РФ. Фактические обстоятельства принятия кодекса возбуждают ряд вопросов: насколько, действительно, велик объем изменений, вносимых его нормами (представляет ли он окончательное решение вопроса о земле); каким образом принятие столь принципиального документа (по мнению некоторых, не уступающего по значению конституции), откладывавшееся длительное время, стало возможно сейчас; почему вопрос, по которому в России не прекращались споры, оказался решенным без участия общественности, в аппаратном стиле, и насколько это решение, принятое в несколько месяцев, может рассматриваться как стабильное достижение; почему члены СФ и его председатель, столь резко критиковавшие документ в начале его обсуждения, оказались, в конце концов, так едины в ходе голосования по нему; как могло случиться, что проект, вызвавший столь резкую критику в субъектах Федерации, был принят их представителями в верхней палате, наконец, что сулит принятие кодекса для социальной ситуации и политического режима в будущем. Для ответа на эти вопросы и определения вклада кодекса в изменение российской ситуации важно проанализировать, во-первых, содержательные параметры дискуссии, во-вторых, раскрыть институциональные противоречия и логику политической борьбы, сопровождавшей обсуждение и принятие кодекса, в-третьих, интерпретировать механизм власти в ходе принятия столь крупного решения и общее значение кодекса для политического развития страны.

Содержательные параметры дискуссии по проекту кодекса: частная собственность на землю. В содержательном отношении аргументы за и против кодекса могут быть сгруппированы по следующим важнейшим проблемам: спор о масштабах и целях реформы, начатой кодексом; проблема частной собственности на землю; национальный вопрос и права иностранцев на приобретение земли; роль государства в регулировании земельных отношений в переходный период введения земли в рыночный оборот. Они оказались сквозными на всех этапах дискуссии. В ходе нее в защиту кодекса и против него выдвигались три типа аргументов, в основе которых лежали такие критерии, как идеология, право (действующие юридические нормы) и политическая целесообразность (эффективность), причем по некоторым вопросам происходило пересечение данных критериев.

Проблема частной собственности на землю являлась центральной на всех этапах дискуссии. Земельный кодекс РФ призван регулировать всю область земельных отношений, но вопрос о землях сельскохозяйственного назначения был искусственно выведен за его пределы (их статус должен был быть урегулирован специальным федеральным законом). Несмотря на этот компромисс, дискуссия шла по принципиальной проблеме: что такое собственность на землю, возможна ли она в России в принципе, и если да, то каковы параметры ее правового регулирования.

Декларируемыми целями принятия кодекса стали: распространение единого режима собственности и рыночных отношений на все сферы народного хозяйства, преодоление противоречий правового регулирования в сфере земельных отношений и создание необходимых условий (правил) для интеграции российской экономики в мировую. Значение кодекса его сторонники видят именно в унификации и рационализации отношений собственности путем ликвидации промежуточных ее форм (тех самых «иных форм собственности», под которыми скрывалась общественная и колхозно– кооперативная собственность советского права). Фактически новое законодательство оперирует только категориями публичной и частной собственности. Основное достоинство кодекса состоит для них в установлении «единого режима собственности и рыночных отношений во всех сферах

народного хозяйства» (93). Однако именно это стремление к правовой унификации отношений собственности выступает главным недостатком кодекса с точки зрения его критиков, которые не без основания полагают, что реальные отношения (в виде различных общественных и коллективных типов хозяйств) не вписываются в жесткую классификацию с позиций публичного и частного права. Они указывают на противоречивость и непоследовательность кодекса как раз в вопросах определения механизмов перехода от одной формы собственности к другой (а именно эти вопросы становятся центральными в случае приватизации или, наоборот, национализации земли). С одной стороны, кодекс «играет роль квазиконституционного закона», поскольку, вопреки Конституции, устанавливает приоритет норм одного федерального закона над нормами других федеральных законов (Гражданского, Налогового, Бюджетного кодексов), с другой, «не обеспечивает в полной мере всестороннее нормативное регулирование условий и порядка пользования землей в условиях рыночной экономики, не дает четкого ответа на многие вопросы по владению, пользованию и распоряжению землей», регулирует поземельные отношения «неполно, непоследовательно, противоречиво» («Заключение» Комитета СФ по конституционному законодательству и судебно-правовым вопросам от 9 октября 2001 г.). Данный тезис четко выражен в «Открытом письме» председателя Аграрной партии России к членам СФ (от 8 октября 2001 г.), в котором он выступает за «консервативный, охранительный подход в земельном вопросе» и призывает «не спешить выпускать земельного джина из бутылки, поскольку ошибки при установлении нового земельного порядка могут оказаться непоправимыми», а их исправление возможно будет лишь «через кровь». Отметим: признанию обществом права частной собственности на землю мешает правовой нигилизм населения, выражающийся в массовом неприятии фермерства и активных формах борьбы с ним (в виде поджогов, изгнания с земли и расправ).

В центре дебатов оказались в связи с этим те положения кодекса, которые направлены на пересмотр действующего законодательства в направлении укрепления института частной собственности. Во-первых, Земельный кодекс вводит нормы, стимулирующие переход земли в частную собственность для лиц, владевших ею на других основаниях. ГК (ст. 266 и 268) допускает бессрочное осуществление гражданами таких вещных прав, как права постоянного пользования и права пожизненно наследуемого владения земельным участком. Напротив, кодекс (ст. 20 и 21) вводит отмену этих вещных прав для граждан, которые не успели воспользоваться ими до введения кодекса, сохраняя их, однако, для юридических лиц. Эти нормы кодекса, призванные стимулировать граждан к приобретению земли в собственность путем ее приватизации, означают (по мнению критиков) известное сужение вещных прав граждан по сравнению с ГК, нарушение принципа равенства стартовых условий для граждан и обеспечение преимуществ юридических лиц перед физическими. Эти противоречия акцентированы особенно в «Заключении» Правового управления Аппарата СФ от 4 октября 2001 г., представившего целую таблицу замечаний к статьям кодекса. Если одни видят в данных нормах путь к унификации и упрощению отношений собственности на землю и введению ее в рыночный оборот в качестве объекта купли-продажи, то другие подчеркивают заложенный в них изначально элемент социального неравенства. Во-вторых, серьезные изменения в действующем гражданском законодательстве связаны со стремлением к привлечению инвестиций в промышленность. Инвестиции вообще – центральный мотив аргументации правительства, полагавшего необходимым не только введение права приобретать землю, но и «эффективно защищать это право». Принципы права собственности на землю, договорные начала в регулировании перехода этих прав и регламентация перехода прав собственности на землю при отчуждении находящихся на ней объектов (отраженные в ст. 260 и 273 ГК) – радикально пересмотрены в кодексе (ст. 35), где закреплен принцип неделимости объекта, состоящего из здания и земельного участка. Он не допускает отчуждения земельного участка без находящихся на нем зданий и сооружений, если они принадлежат одному лицу. Обратной стороной того же процесса является стремление государства к усилению правового контроля за статусом различных категорий земель и недрами (отраженное в ст. 40 кодекса, вступающей в противоречие со ст. 261 ГК). Вводимый кодексом принцип неделимости земли и находящегося на ней объекта действительно привлекателен для инвесторов. Его принципиальный недостаток, однако, усматривался в том, что он может стать завуалированным способом приватизации

земель иностранным капиталом или его посредниками без реальных инвестиций, а также инструментом обеспечения приоритетного положения юридических лиц по сравнению с частными. В– третьих, кодекс (ст. 65 п. 1) вводит платное пользование землей без каких-либо ограничений, однако за пределами его регламентации остаются механизмы порядка приватизации различных категорий земель, определения цены на них, размеров платы за использование земли. Вследствие этого отмечалась проблема с реализацией других положений кодекса, в частности норм о безвозмездной передаче земель, находящихся в государственной собственности, муниципальным образованиям или нормы об установлении размера платы за землю (ст. 28 кодекса). В результате, юридическая оценка кодекса оказывается прямо противоположной: реформаторы считают, что он «обеспечит на федеральном уровне стабилизацию земельных отношений», консерваторы определяют его как антиконституционный акт, принятие которого является «национальной катастрофой, ставящей под вопрос само право существования РФ как суверенного государства» («Обращение депутатов Законодательного Собрания Краснодарского края к депутатам Государственной Думы» от 29.05.2001 г.).

Проблема собственности на землю, ее видов и направлений регулирования стала центральной в ходе дискуссий в Думе. Об остроте предстоящей дискуссии и направлениях ее развития свидетельствовали уже поправки к проекту Земельного кодекса, выдвинутые в Комитете по собственности Государственной Думы при подготовке ко второму чтению: они затронули основные конфликтные области правового регулирования – определение отношений, регулируемых земельным законодательством, уточнение понятий «изъятие из оборота» и «ограничение оборота» земельных участков, права иностранных граждан и лиц без гражданства как участников земельных отношений (введение ограничения для этой категории лиц приобретать земельные участки на приграничных территориях и земли сельхозназначения). Эти коррективы были представлены Комитетом по собственности в подготовленном ко второму чтению проекте кодекса и сопровождавшем его проекте Закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации». Большая часть принципиальных поправок, однако, была отвергнута. Это объясняется тем, что они выдвигались противостоящими группами, носили взаимоисключающий характер и имели целью, скорее, нейтрализовать друг друга, что выражает отсутствие согласия между сторонниками и противниками аграрной реформы в Думе. В целом, поправки противников кодекса, отклоненные Думой, могут быть разделены на три категории по степени своей радикальности: первая отражает стремление блокировать саму возможность законодательного закрепления частной собственности на землю (например, поправки о приоритетности земельного законодательства РФ перед международными договорами; о приоритетности в землепользовании интересов общественных перед частными, введении исключительного правового статуса земли путем исключения ее из сферы частноправового регулирования и наделения неким публично– правовым статусом; о новой редакции преамбулы, предусматривающей приоритет государственного регулирования земельных отношений; об исключении определения земли как недвижимого имущества); вторая категория поправок исходит из возможности принятия общих принципов кодекса при максимальном законодательном ограничении (поправки о необходимости регулирования всех земельных отношений только на основе кодекса; об изъятии из формулировки об ограничении оборота земель «земли сельскохозяйственного назначения»; о недопущении купли-продажи земли сельскохозяйственного назначения; о государственном регулировании владения и пользования землей; поправка о дополнении ст. 21 нормой о праве граждан на бессрочное наследственное владение участками, прямо противоречащая смыслу этой статьи, говорившей о недопущении «пожизненного наследуемого владения в действие настоящего кодекса»; предложения о сохранении арендных отношений (сервитуты, временное пользование) как альтернативы частной собственности в землепользовании; о необходимости согласования вопросов купли-продажи земли с представительными органами власти; о жесткой регламентации установления рыночных цен на землю и т. д.); третья категория связана со стремлением не допустить или максимально ограничить практическую реализацию норм кодекса (поправки о разграничении правового статуса участка и прочно связанных с ним объектов, недвижимости на земле как отдельном объекте собственности; об исключении права

на частную земельную собственность для юридических лиц; об ограничениях прав граждан на частную собственность на землю; об ограничении норм предоставления земельных участков; о праве иностранных лиц владеть землей только на праве аренды; о расширении прав граждан и юридических лиц на бессрочное пользование земельными участками; об ограничении земельных участков, передающихся в бессрочное пользование; о размерах земельных участков, передающихся в частную собственность; о необходимости отдельного оформления в собственность земли владельцам недвижимости, стоящей на этой земле; поправки, направленные на более четкую юридическую фиксацию видов владения и пользования, а также объема прав владельца). Компромисса удалось достичь главным образом по поправкам уточняющего характера: об упорядочении ситуации с сервитутами («за» – 240); об уточнении понятия передачи земельных участков («за» – 241); о необходимости соблюдения определенного порядка при передаче земельных участков в частную собственность («за» – 319); о гласности проведения земельных торгов («за» – 341); об основаниях для прекращения права на владение земельным участком («за» – 291); о том, что только суд может лишить гражданина права аренды на землю («за» – 254); об осуществлении мониторинга земель государством («за» – 323); об отнесении определенных категорий земли к особо охраняемым («за» – 297). Дискуссия в Думе четко выявила три позиции – правых (отстаивавших в принципе предложенную правительством концепцию частной собственности), левых (категорически выступавших против нее) и умеренных (пытавшихся согласовать их аргументы путем ограничительных поправок). Эти три позиции доминировали и в ходе дальнейших дебатов.

Национальный вопрос и права иностранцев в дебатах по проекту кодекса. Аграрный вопрос традиционно раскалывал общественное мнение на сторонников европеизации и почвенников. Это, вероятно, другое крупнейшее направление раскола после деления на сторонников и противников частной собственности. Вопрос имеет три стороны: развивается ли Россия по тем же параметрам, что и остальной мир, или ее ситуация уникальна (и следовательно, западные правовые модели здесь не работают); каков должен быть статус иностранцев и возможна ли продажа им земли; каковы необходимые меры по поддержанию безопасности государства, особенно в переходный период. Эти вопросы актуальны для всех развивающихся стран и связаны со стратегией модернизации. Их обсуждение в Думе, региональных законодательных собраниях и СФ выявило крайние позиции.

С решением проблемы частной собственности на землю оказалась тесно связана другая принципиальная линия раскола, четко проявлявшаяся на всех этапах дискуссии о связи приватизации земли с сохранением национальных приоритетов. Консервативный подход нашел четкое выражение уже в думской поправке о приоритетности российского земельного законодательства перед нормами международного права. Тезис консерваторов имеет серьезные рациональные основания. Аграрный строй России действительно отличает огромная специфика, его современное положение опирается на длительную историю, практически не знавшую частной собственности на землю. Поэтому, полагали они, перенесение на российскую ситуацию норм западного права не даст ожидаемого эффекта, но скорее приведет к ухудшению положения. Определенные опасения такого рода (в ограничении традиционных прав землепользования) выражены, в частности, в «Решении» Комитета СФ по делам Севера и малочисленных народов. Наконец, реализация западных подходов приведет к дестабилизации ситуации в национальных регионах (так как закончится выселением титульных наций с их территорий). Это произойдет в силу особенностей менталитета и культуры народов, не знавших частного права. Особенно острая дискуссия развернулась по другому аспекту проблемы – о правах иностранцев на покупку земли. Это был, по словам министра экономики, «очень тяжелый вопрос, который детально обсуждался в Государственной Думе». Должны ли права российских граждан на приобретение земли быть уравнены с правами иностранных граждан? Наиболее серьезный аргумент против этого основывался на неэффективности чисто правового решения проблемы. Введение формально-юридического равенства российских и иностранных граждан на приобретение земли в собственность обернется, считали оппоненты, фактическим неравенством (как это было в ходе приватизации промышленности). В течение решающей весенней сессии Государственной Думы, рассматривавшей кодекс во втором чтении, к проблеме иностранцев депутаты возвращались несколько раз, причем на решающей стадии,

ввиду отсутствия консенсуса, заседание, как отмечает стенограмма, было прервано на перерыв «для проведения консультаций по данному вопросу с лидерами депутатских объединений». Сходным образом (т. е. с перерывами и многочисленными консультациями) вопрос обсуждался в СФ. В ходе этих дебатов правительственное большинство отвергло целый ряд негативных поправок: об ограничении прав иностранцев на покупку земли и о праве иностранцев получать землю только в аренду, о праве иностранных лиц приобретать землю только на правах аренды. Не принята была и радикальная поправка об исключении положения, по которому иностранные граждане имеют те же права в земельных отношениях, что и граждане РФ. В целом, согласно стенограмме думских дебатов, выражалось активное «несогласие с положениями кодекса относительно свободного приобретения земли иностранцами и лицами без гражданства». В качестве компромисса предлагалось более четко увязать приобретение иностранными гражданами земли в собственность с привлечением ими инвестиций для промышленных предприятий, расположенных на этой земле. Консенсус, наметившийся было в поправке о том, что иностранные граждане и лица без гражданства могут иметь в Российской Федерации земельные участки на правах аренды за исключением случаев, предусмотренных кодексом, был отвергнут левыми на основании того, что в ней ничего не говорится об иностранных юридических лицах. Только с добавлением данного положения об иностранных юридических лицах она стала вновь предметом дебатов и была принята по предложению правительства (264 голосами). Особое направление этой дискуссии – статус собственности в приграничных территориях. Сюда относятся отклоненные поправки о необходимых уточнениях по определению приграничных зон, правах граждан в приграничных территориях, о недопущении предоставления иностранным гражданам и лицам без гражданства земельных участков на правах собственности в приграничных территориях, перечень которых устанавливается президентом на основании закона о государственной пошлине и в других особых территориях. Не прошло предложение включить в законопроект положение, по которому иностранные граждане не смогут приобретать земли на территориях, которые будут определяться указом президента. В результате вопрос был вынесен за рамки кодекса и фактически не получил четкого правового закрепления. Решающую роль сыграло при этом опасение губернаторов приграничных территорий, результатом чего стала неопределенная норма о запрещении продажи земли иностранцам в приграничных территориях (перечень которых, в свою очередь, определяется указом президента).

Роль государства в переходный период. Вопрос о роли государства в переходный период стал предметом обсуждения в связи с принятием Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса РФ». Теоретически, существует три основных направления государственного регулирования в условиях перехода к рыночной экономике – введение правовых ограничений земельного оборота, налоговое законодательство и осуществление определенной кредитно-денежной политики. Именно они составляют существо данного закона и определяют параметры его обсуждения. Первое направление представлено введением моратория – фактического запрета регистрации сделок, связанных с отчуждением или передачей во временное пользование или владение земель, находящихся в государственной собственности, до разграничения государственной собственности на землю (ст. 3 п. 10 данного ФЗ). В результате значительное число норм Земельного кодекса (а также ряд положений ГК) оказывается блокированным в течение переходного периода, поскольку не могут возникать соответствующие права на эти земли. Другое направление государственного регулирования связано с установлением приоритета норм кодекса в отношении действующего налогового законодательства. При введении земель в рыночный оборот проблема цены на землю, критериев ее установления, характера ее образования и возможности государственного регулирования приобретает существенное значение для успеха реформы. В российских условиях эта проблема (при бедности основной массы сельскохозяйственного населения и отсутствии у него предпринимательских и частно-собственнических инстинктов) приобретает решающее значение. Проблема заключалась в том, должна ли эта цена определяться свободной игрой рыночных сил или, напротив, устанавливаться административными органами. Основные позиции в споре: спонтанное рыночное саморегулирование, прямое установление государством цен, косвенное воздействие государства через систему налогообложения. В ходе думских

дебатов серьезному сомнению подвергался сам принцип платного пользования землей (предлагались исключения из него), а потому значительное число поправок было связано именно с усилением роли государства в процессе определения цены. В частности, аграрной партией выдвигалась поправка, направленная на установление жесткой взаимосвязи стоимости земли с размерами ставки земельного налога за единицу площади земельного участка. Обсуждалась методика определения рыночной стоимости в соответствии с кадастровой стоимостью земли. Сторонники последовательного проведения рыночного принципа в земельных отношениях, напротив, полностью отвергали административные методы установления цен на землю, поскольку это приведет к занижению ее реальной рыночной стоимости, распространению теневого оборота и спекуляции землей. На фоне этих дискуссий позиция правительства выглядит компромиссной. Правительство, отмечал министр экономики, сознательно пошло на административное регулирование потолка цен (с дифференциацией по разным категориям населенных пунктов в соответствии с численностью населения) исходя из того, что основные условия формирования рыночной цены (свобода и воля продавца и покупателя, неограниченность времени экспонирования объекта купли-продажи на рынке) объективно отсутствуют в стране. В законе отражена скорее прагматическая и политическая позиция: осознавая, что административно установленная цена земли, действительно, оказывается несколько заниженной (по сравнению с рыночной), правительство пошло на нее исходя из сложившейся реальной практики выкупа земельных участков, и, что гораздо важнее, из стремления к стимулированию владельцев предприятий или зданий к выкупу и приватизации находящихся под ними земельных участков. В целом, однако, вопрос о государственном регулировании также не получил окончательного разрешения в силу существования диаметрально противоположных представлений о его содержании и необходимых параметрах: если для одних оно реализовано в полном объеме, то для других – вообще отсутствует или оказывается явно недостаточным, что чрезвычайно опасно в условиях переходного периода.

Тип кодекса и масштаб регулируемых отношений. Вынося Земельный кодекс на рассмотрение законодателей, правительство подчеркивало именно технический аспект кодификации. В кодексе, по мнению правительства, «осуществлена систематизация правовых норм, регулирующих порядок предоставления земельных участков с учетом последних изменений законодательства, установлены процедуры предоставления земельных участков из земель, находящихся в государственной и муниципальной собственности, установлены права и обязанности лиц, являющихся владельцами и пользователями земельных участков, закреплен исчерпывающий перечень оснований и способов прекращения и ограничения прав на землю». Кодекс представляет собой, следовательно, «кодифицированный законодательный акт, определяющий основы правового регулирования земельных отношений» (94).

Проблемное поле дискуссии по кодексу позволяет констатировать отсутствие консенсуса по принципиальным вопросам содержания права собственности на землю, его возможных ограничений и критериев эффективности реализации, а также единого видения политических последствий его принятия. Содержательные конфликтные параметры выступают предельно отчетливо именно потому, что речь идет об одном из главных вопросов для будущего России. Принятие Земельного кодекса РФ стало результатом политической борьбы между сторонниками и противниками реализации принципа частной собственности на землю. Уже в ходе дискуссии выяснилось, что проблема значительно шире ее экономических параметров и выражает направления политического конфликта.

Структура власти, конфликт интересов и логика политической борьбы в ходе принятия кодекса. Данный конфликт получил развитие на разных уровнях, отразив противоречия центра и регионов, палат парламента и, что особенно важно, политических группировок в верхней палате. Эта борьба прошла ряд этапов, хорошо раскрывающих особенности функционирования механизма разделения властей в российском политическом режиме.

Борьба партий и фракций в Государственной Думе. Прежде всего, одним из проявлений конфликта стала борьба фракций политических партий в Думе (правительственных и оппозиционных). Она началась с момента внесения правительством в Думу проекта Земельного кодекса 25 апреля 2001 г. Но ее кульминация относится к постановке кодекса на обсуждение во втором чтении, когда оппозицией были предприняты целенаправленные усилия снять

обсуждение кодекса (основанием для чего выступали процедурные нарушения при подготовке законопроекта ко второму чтению), перенести дискуссию по нему в согласительную комиссию (дискуссия по вопросу включения в повестку дня проекта постановления о создании согласительной комиссии). К числу процедурных вопросов, намеренно выдвинутых оппозицией для затягивания дебатов, относились следующие: возможно ли ограничить круг рассматриваемых поправок только теми, которые уже проанализированы профильным Комитетом по собственности, или их состав может быть расширен, насколько вообще правомерно решение о вынесении кодекса на второе чтение (поскольку при подготовке проекта к нему в Комитете по собственности не было кворума, и следовательно, его решение неправомерно, на что указано в заключение Правового управления Думы), наконец, возможно ли вынесение ряда поправок, уже одобренных Комитетом, на отдельное повторное голосование, основанием для чего служили ссылки на регламент рассмотрения вопросов. Выход из процедурного тупика был найден в принятии большинством («за» – 275) мнения Комитета по таблице отклоненных поправок, за исключением тех, которые вынесены депутатами на отдельное голосование. Обсуждался вопрос о принятии решения по проекту Земельного кодекса в режиме тайного голосования, однако, оно в силу разных причин не было поддержано большинством. В результате проект Земельного кодекса был принят во втором чтении («за» – 253, «против» – 152, «воздержалось» – 6). Как показано современной политической социологией, существует известная закономерность в отношении партий к правовым и парламентским процедурам: чем дальше партия от власти, тем более она оппозиционна; чем более она оппозиционна – тем больше внимания обращает она на правовые и процедурные нарушения. Этим объясняется тот факт, что коммунисты, традиционно игнорировавшие правовые нормы, неожиданно оказались в авангарде борьбы за чистоту парламентских процедур. В этом состоит также причина того, что фундаментальный политический конфликт в дальнейшем проявлялся прежде всего в процедурных дискуссиях.

Центр и региональная фронда. Другое направление конфликта – между федеральным центром и регионами (субъектами Федерации) по вопросам содержания кодекса и процедурам его принятия. В ходе этого этапа политической борьбы, концентрировавшегося формально на процедурной проблеме согласительной комиссии, четко проявился конфликт интересов региональных (и национальных) элит и центра по вопросу контроля над земельными ресурсами и недрами. На этом этапе консолидировался оппозиционный блок, представленный не только левыми в Думе, но также значительной частью региональных законодательных собраний и их представителей в верхней палате. Данная стадия конфликта сделала его фактором публичной политики и имела решающий характер для судеб кодекса. Она получила институциональное выражение в диаметрально противоположной юридической квалификации кодекса и процедуры его принятия двумя палатами парламента – Думой и Советом Федерации. Не имея возможности решить вопрос голосованием большинства, оппозиция прибегла к тактике переведения содержательной дискуссии в процедурную плоскость. Когда проект Земельного кодекса был внесен правительством в Государственную Думу (25 апреля 2001 г.), ее Совет 15 мая 2001 г. принял решение о направлении проекта в законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов РФ для подготовки замечаний и предложений и направления их в Комитет Государственной Думы по собственности до 15 июня 2001 г. (выписка из протокола № 74). Данное решение вытекало из положений Конституции, относящей вопросы владения, пользования и распоряжения землей (ст. 72, ч. 1, п. «в»), а также земельное законодательство (ч. 1, п. «к») к совместной компетенции Федерации и ее субъектов. Оно соответствовало ФЗ от 24 июня 1999 г. № 119-ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее – ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения» (ст. 13, п. 2), по которому проекты федеральных законов по предметам совместного ведения после их внесения в Государственную Думу направляются, в соответствии с Регламентом Государственной Думы Федерального Собрания РФ, в органы государственной власти субъектов РФ для возможного внесения предложений и замечаний в месячный срок. В том случае, если органы государственной власти более чем трети субъектов Федерации выскажутся против проекта федерального закона в

целом, по решению Государственной Думы создается согласительная комиссия с участием депутатов Думы и представителей органов государственной власти заинтересованных субъектов РФ (в соответствии с п. 3 ст. 13 ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения»). Именно этот механизм оппозиция стремилась использовать для блокирования кодекса. Согласно мнению оппонентов кодекса, решения о несогласии с внесенным правительством проектом Земельного кодекса были приняты законодательными (представительными) органами государственной власти 34 субъектов РФ (к справке по этому вопросу прилагалась сводная таблица этих решений и их ксерокопии, которые раздавались депутатам Государственной Думы). В решениях законодательных ассамблей более трети субъектов (как показывает сводная таблица) действительно доминировало предложение отклонить кодекс и создать согласительную комиссию, причем в ряде сопроводительных писем эта позиция выражалась предельно резко. В обращениях законодательных ассамблей субъектов в СФ выражены в целом негативные позиции.

Изучив полученные материалы, Комитет Государственной Думы по государственному строительству пришел к выводу о необходимости рассмотрения вопроса о создании согласительной комиссии в соответствии с требованиями упомянутого Федерального закона (заключение от 6 июля 2001 г. № 3.3–802). Данный вопрос, будучи поставлен перед комитетами Государственной Думы, выявил, однако, отсутствие единого мнения среди их членов. Эта борьба в комитетах нашла выражение в чрезвычайно неопределенных формулах, к которым они пришли.

Однако правительство, инициировавшее реформу, очевидно, не могло согласиться с подобной логикой развития событий. Поэтому, когда вопрос о ней был поставлен на заседании Государственной Думы 14 июля 2001 г., данная инициатива встретила решительный отпор правительственного большинства в Думе. Думское большинство проголосовало против предложения о снятии вопроса о кодексе с рассмотрения или создания согласительной комиссии. Это означало политическое поражение левой оппозиции в нижней палате парламента.

Конфликт политических группировок внутри Совета Федерации. Анализ прохождения кодекса в СФ раскрывает механизм власти при принятии крупнейших государственных решений, конфликт между палатами парламента, борьбу групп в самой палате, способы, которым проводится решение. Следует подчеркнуть, что верхняя палата парламента, как правило, выражает более консервативную позицию в отношении реформ. Достаточно вспомнить оппозицию Римского Сената в отношении демократических аграрных законопроектов братьев Гракхов, позицию аристократической Палаты лордов в отношении земельных реформ в Англии, традиционный консерватизм французского Сената или Государственного Совета Российской империи периода столыпинских реформ. Есть, следовательно, некоторая закономерность двухпалатных систем, выражающаяся в том, что верхняя палата (как правило, более консервативная) блокирует земельные реформы и законодательство по ним. Она всегда в той или иной степени выражает интересы земельной олигархии, тесно связанной с региональными элитами. Судьба аграрных реформ во многих странах была связана с тем, насколько правительству удавалось преодолеть сопротивление этой элиты, отстаивающей традиционные интересы и представления аграрных регионов. Следовательно, сама консервативность подхода СФ к Земельному кодексу не имеет исключительного характера в истории.

Третьим направлением конфликта стала политическая борьба внутри верхней палаты. Эта завершающая фаза конфликта наиболее четко выявила механизм принятия решений, раскрыв борьбу политических группировок и роль администрации президента в достижении поставленной политической цели. Она представляет исключительно большой интерес для понимания меняющейся политической роли Совета Федерации и расстановки сил в нем. На этом этапе социальный и политический конфликт трансформировался в закулисную бюрократическую интригу, реально определившую результат окончательного голосования. С самого начала значительная часть членов верхней палаты не скрывала критического отношения к планируемой земельной реформе, поскольку видела в ней угрозу экономической самостоятельности регионов от центра и нарушение корпоративных интересов губернаторов.

Обращение к аналитическим материалам, подготовленным в структурах аппарата СФ, не вызывает в этом ни малейших сомнений. Правовая оценка кодекса в этих документах определяется рядом обстоятельств. Прежде всего, кодекс подлежал обязательному рассмотрению СФ на основании ст. 106 Конституции, поскольку содержал положения, касающиеся вопросов федерального регулирования – федерального бюджета, налогов и сборов. С другой стороны, в компетенцию СФ и его Аппарата не входили анализ, проверка и оценка соблюдения процедурных норм принятия решений Государственной Думой и законодательными (представительными) органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Поэтому рекомендации сенаторам не содержали, как правило, определенного негативного вердикта, но тем не менее подразумевали его. Сам факт того, что в Правовом управлении Аппарата СФ специально занимались правовой экспертизой соблюдения «процедуры участия субъектов Российской Федерации в ходе рассмотрения Государственной Думой в первом и во втором чтениях проекта Земельного кодекса Российской Федерации» и подготовили специальную справку по этому вопросу, говорит о его высокой конфликтности.

Этот вывод представлен в официальном «Заключении по Земельному кодексу», подготовленном Правовым управлением Аппарата СФ, направленном председателю СФ, его заместителям и председателям комитетов. «Заключение» констатировало, правда, соответствие кодекса Конституции, однако подчеркивало, что результатом его принятия станет разрыв правовой преемственности, который определяется как «изменение правового регулирования отношений, установленного гражданским, налоговым и другими отраслями законодательства». Констатируя отсутствие норм, определяющих соотношение кодекса и предшествующего отраслевого законодательства (в том числе в ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса РФ, принятого Государственной Думой 28 сентября 2001 г.»), документ прогнозирует неизбежность правовых коллизий и «возникновение конфликтных ситуаций в правоприменительной практике». Ситуация усугубляется нормами закона о введении кодекса в действие, положения которого, по мнению аналитиков Правового управления, вообще «выходят за пределы предмета его регулирования, а также норм Земельного кодекса РФ». В целом отмечалось, что оба документа содержат недостатки правового и юридико-технического характера. Обращаясь к истории принятия законов и «исходя из презумпции законности этой процедуры», эксперты фактически ставили под сомнение ее конституционность, указывая на соответствие решений региональных законодательных ассамблей положениям ст. 72 Конституции и требованиям п. 3 ст. 13 ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения». Авторы специального заключения по этому вопросу делали недвусмысленный вывод: конечно, «СФ не имеет конституционным или иным образом законно установленных полномочий для оценки тех правил процедуры принятия Государственной Думой Земельного кодекса РФ, которые не определены Конституцией РФ», но «каждый член СФ, определяя свою позицию при голосовании по федеральному закону, вправе учитывать обстоятельства, связанные с процедурой принятия федерального закона, особенно тех ее аспектов, которые направлены на учет интересов субъектов РФ и закреплены в федеральных законодательных актах». Этот вывод получил развитие и обоснование в составленной Правовым управлением Аппарата СФ специальной «Справке по вопросам процедуры участия субъектов РФ в ходе рассмотрения Государственной Думой проекта Земельного кодекса РФ», где совершенно отрицалась правомерность решения нижней палаты и констатировалась необходимость «создать согласительную комиссию с участием депутатов Государственной Думы и представителей органов государственной власти заинтересованных субъектов РФ». Была подготовлена и распространена среди членов СФ «сводная таблица» решений законодательных ассамблей субъектов Федерации, выступивших за отклонение кодекса, или создание по нему согласительной комиссии.

Общие институциональные рамки борьбы определены новым законодательством о порядке комплектования СФ, радикальным обновлением состава его членов, введением новых административных правил игры. В своей совокупности эти три элемента определяют содержание того «микропереворота», который превратил верхнюю палату парламента из бастиона региональной оппозиции в управляемый орган законодательных дебатов. Основные этапы трансформации законодательной власти четко коррелируются со стадиями рассмотрения

аграрного вопроса. Так, постановка проекта Земельного кодекса на обсуждение в Думе совпала с внесением пакета президентских законопроектов об изменении законодательства об общих принципах организации законодательных и исполнительных органов государственной власти субъектов Федерации и местного самоуправления, порядка формирования верхней палаты, а также принятием в третьем чтении закона «о внесении изменений и дополнений в ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе Депутата Государственной Думы Федерального Собрания РФ»; начало обсуждения вопроса в СФ сопровождалось обсуждением радикальных поправок в регламент СФ, общий смысл которых состоял в лишении аппарата СФ существенной части полномочий и ослаблении роли спикера (неоднократно высказывавшегося на стороне оппозиции кодексу), пересмотром численности, состава и структуры комитетов СФ, а также разворачиванием борьбы старых и новых членов за контроль над материальными и административными ресурсами внутри верхней палаты при активном участии администрации президента в этом процессе.

Наконец, принятие кодекса в СФ совпало с завершением консолидации группы «Федерация» внутри СФ.

Можно констатировать существование трех основных направлений давления на СФ – непосредственно со стороны президента; со стороны пропрезидентских фракций в Думе и, наконец, со стороны группы «Федерация», тактика действий которой выполнена в лучших традициях бюрократической машины. Эти три канала давления выявились непосредственно к моменту голосования. Накануне заседания СФ президент на выездном заседании президиума Госсовета в Оренбурге призвал прекратить «политические спекуляции» по поводу кодекса. Обращаясь к членам президиума Госсовета, он попросил их «на местах, в регионах сделать все, чтобы положить конец спекуляциям» в отношении этого документа, поскольку кодекс не имеет никакого отношения к обороту земель сельскохозяйственного назначения. На заседании Госсовета дебаты шли по двум направлениям – будет ли земельное законодательство унифицированным (единым для всех регионов) или оно должно иметь рамочный характер; целесообразно ли отдельно регулировать нормы об обороте сельхозземель. Было достигнуто решение о принятии так называемого рамочного федерального закона для сохранения за регионами возможности учитывать региональную специфику (что было, несомненно, некоторой тактической уступкой). Другой вопрос был частично решен принятием поправки к Гражданскому кодексу, в соответствии с которой проблема сельхозугодий должна была решаться отдельным законом (95).

Внутренняя работа в СФ завершилась искомым результатом: вопреки первоначальной и, как мы видели, резко негативной оценке кодекса, ко дню голосования пять профильных комитетов СФ проголосовали за одобрение кодекса и только один (по аграрной политике) – против (за отклонение кодекса с созданием согласительной комиссии). Следствием этой тактики стала та легкость, с которой аппарат преодолел все возражения оппозиции, добился срыва согласительной комиссии, ослабил политическое значение вердикта трети субъектов Федерации, а в конечном итоге обеспечил прохождение кодекса в СФ. Поэтому вопреки ожиданиям кодекс получил в СФ полное одобрение. Не менее единодушно был одобрен и Закон «О введении в действие Земельного кодекса РФ» (96).

Функция кодекса в модернизации социально-экономических отношений. Аграрный вопрос в принципе не может быть решен бесконфликтно. Об этом свидетельствует история социальных переворотов нового и новейшего времени, начиная от английского огораживания XVI в. вплоть до трех русских революций начала XX в., а от них – к аграрным революциям в развивающихся странах нашего времени. Единственной разумной альтернативой фундаментальным социальным кризисам является осуществление радикальных реформ, предпринимаемых по инициативе государства, способного на современном этапе ввести эти изменения в правовое русло и минимизировать социальные издержки переходного периода. Современная Россия вынуждена решать проблемы, с которыми большинство стран Западной Европы столкнулось в XIX в., при переходе к индустриальному обществу, когда радикальное разрешение аграрного вопроса стало источником социального вопроса, новой бедности, пролетаризации и пауперизма. В России все попытки решения аграрного вопроса оказывались очень непрочными, поскольку упирались в абсолютное преобладание аграрных отношений и

крестьянства как основной массы населения. Конечно, современные реформы начинаются в иной ситуации (реализованного промышленного переворота и преобладания городского населения над сельским). Тем не менее, перед современными реформаторами стоят во многом сходные задачи: важно перевести аграрный вопрос из сферы социального конфликта в сферу правового и технологического процесса. Это позволяет, в частности, преодолеть популистские аргументы, традиционно применявшиеся против реформы (97).

Принятие Земельного кодекса – есть реализованный политический компромисс. Данный компромисс, действительно, охватывает все стороны проблемы: он реализован между сторонниками частной собственности на землю и ее противниками, правыми и левыми, националистами и западниками, сторонниками централизации и децентрализации. В то же время достижение компромисса стало результатом не договора (консенсуса) политических сил, но их жесткого противостояния, закончившегося преобладанием одной из них над другими.

Данная модель принятия кодекса, которую можно идентифицировать как «навязанный компромисс», определила его содержательные особенности, отмеченные критиками: общая размытость концепции собственности и составляющих ее понятий (владение, распоряжение и т. д.); несогласованность и противоречия как с нормами отраслевого права (прежде всего гражданского), так и внутри самого кодекса, что свидетельствует о нестабильности частного права в целом; обилие изъятий из права частной собственности (прежде всего – земель сельскохозяйственного назначения и других земельных ресурсов); отсылочный характер (к несуществующим федеральным законам); отсутствие четких процедур и норм реализации кодекса, что на практике может привести к злоупотреблениям (в частности, в вопросах ограничения и лишения прав собственности); наконец, общая декларативность кодекса.

После принятия Земельного кодекса, считают современные аналитики, «найти подлинный консенсус, судя по последовавшей реакции в обществе, к сожалению, не удалось. Отношение к документу остается неоднозначным». Причины этого усматриваются в следующих недостатках кодекса: проблема ответственности за земельные правонарушения практически не получает нового решения; возможна утрата государственных территорий, земель, где сосредоточены естественные богатства и ресурсы; в частной собственности могут оказаться земли, которые приватизации не подлежат; коренные жители рискуют быть изгнанными со своих территорий (98).

Ограниченность российского кодекса становится еще более заметна в сравнении с украинским. На Украине Земельный кодекс был принят практически одновременно с российским (25 октября парламент одобрил его большинством в 232 голоса) и вскоре получил одобрение президента. Сама синхронность принятия двух кодексов вызвала даже подозрение в том, что оба они спроектированы и приняты под западным влиянием. В то же время украинский закон оказался радикальнее российского – он вводит в рыночный оборот земли сельскохозяйственного назначения. Как и в случае с российским кодексом, отмечается несовершенство украинского в правовом отношении, отсутствие механизма проработки процедур реализации. Общее с российским кодексом – сохранение контроля государства за земельной собственностью и ее перераспределением. Самое существенное отличие – в том, что на Украине, в отличие от России, пошли на теоретическое признание возможности приватизации земель сельскохозяйственного назначения. Таким образом, в обоих случаях имеет место политический компромисс, однако его результаты существенно различаются. В чем причина этого?

И в том и в другом случае наблюдается однотипный конфликт схожих социальных сил – правительственной бюрократии и оппозиционных аграрных структур, которые в России, однако, традиционно являются более сильными. Развитие конфликта также имеет сходные параметры: принятие земельного кодекса (подразумевающего приватизацию земли) инициируется правительством как необходимый шаг для нового технологического рывка – привлечения инвестиций. Основным противником реформы оказывается колхозно– совхозное лобби – своеобразная промежуточная социальная категория между государством и сельским населением. Будучи исторической преемницей крестьянской общины, она, как и последняя, рассматривается многими как своего рода стабилизатор социальных отношений в условиях перехода к рыночным отношениям, необходимый для ослабления открытых форм социального

недовольства и предотвращения пауперизации. На деле она выступает как неофеодальная структура, наследие советской колхозной системы, являющаяся основой корпоративизма, клиентелизма и даже неопатримониализма в национальных регионах. Объединяя в одних руках власть и собственность, она выступает как чуждый ингредиент традиционализма в современном гражданском обществе. Отсюда – объективная неизбежность конфликта аграриев и государства на пути к гражданскому обществу. В социальном плане он выражается в противопоставлении принципов аграрного коллективизма – буржуазному индивидуализму, отсталых сельскохозяйственных регионов – индустриальным центрам, титульных наций в национальных регионах – прочим гражданам, субъектов Федерации – федеральному центру, наконец, региональной бюрократии – центральной.

В этой перспективе российский Земельный кодекс означает, несомненно, шаг в направлении гражданского общества, уже хотя бы потому, что открыто формулирует проблему собственности на землю, которая до настоящего времени являлась табу. Основным противоречием принятой концепции реформ как ранее, так и в настоящее время является имманентный конфликт между целями и средствами их достижения. Объективной целью реформ является построение гражданского общества сверху, но средствами (в условиях ограниченной социальной поддержки) неизбежно становятся методы усиления централизации, направляемой демократии и бюрократического регулирования, которые прослеживаются по всем основным направлениям современной законодательной политики государства (новая трактовка федерализма, политических партий, судебной и исполнительной власти). Анализ данного конфликта и его разрешения позволяет констатировать существенную трансформацию российской политической системы и механизма разделения властей. На каждом этапе его разворачивания происходит последовательная нейтрализация определенной части политического спектра: на первом этапе – левой оппозиции и аграрной партии; на втором – региональных элит; на третьем – сложившегося состава верхней палаты как независимого политического института. Однако несмотря на достижение поставленной цели – принятие кодекса, нельзя сказать, что его сторонники одержали окончательную победу. Она стала возможна не в результате широкого социально-политического консенсуса (необходимого для преобразований такого масштаба), но благодаря политическим и административным методам, часто граничащим с конституционным релятивизмом. Отсюда – непрочность и обратимость достигнутых результатов, которые теоретически могут быть пересмотрены в будущем как в результате изменения соотношения сил в парламенте, так и в ходе трудной практической реализации норм кодекса на местах. Выявившиеся реальные противоречия между субъектами Федерации и центром, законодательной и исполнительной властью, двумя палатами парламента, а в конечном счете – различными группами политической элиты – были разрешены не путем диалога (который оказался невозможен), но путем отстранения оппонентов от процесса принятия решений. Это достигалось благодаря последовательному делегированию ответственности на вышестоящий уровень вплоть до президента как гаранта Конституции и верховного арбитра. На всех стадиях конфликта решающее значение имела позиция президентской власти, опирающейся на парламентское большинство. Именно к ней отсылались противостоящие стороны, и именно она, в конечном счете, обеспечила легитимность реформе. Принятие кодекса создало определенный политико-правовой прецедент в отношении интерпретации норм Конституции и ее толкования, заставляющий вспомнить практику мнимого конституционализма. Земельный кодекс есть вынужденный компромисс политической элиты, руководящие элементы которой осознали его необходимость для модернизации страны. На современном этапе кодекс – скорее декларация о намерениях, нежели действующий законодательный акт.

4. Механизмы создания нового права: проекты и их реализация

В рамках сравнительно-правового и историко– социологического подхода анализ проводится по следующим направлениям: методы и источники исследования; новая интерпретация существа проблемы; аграрный вопрос как выражение кризиса легитимности традиционных форм землевладения в новое и новейшее время; аграрные реформы

постсоветской России в сравнительном контексте; социальный механизм конфликта – переход от системы административного принуждения к гражданскому обществу в исторической ретроспективе; типология основных моделей реформирования аграрных отношений; основные трудности реализации реформ в переходном обществе; технологии аграрных преобразований; земельное законодательство в нестабильной правовой системе; аграрные реформы и демократический цезаризм.

Аграрные реформы в России XVIII–XX вв. – одна из центральных тем российской науки. Обширная литература по этой теме представлена классическими работами русских дореволюционных исследователей, исследованиями и публикациями советского периода, а также значительной зарубежной научной литературой. В рамках этого направления рассмотрены основные аграрные реформы, их место в социальном и политическом развитии страны, культурной жизни русского общества. Существенный вклад был сделан в рассмотрение основных видов источников по аграрной истории и их публикацию.

Важным ограничением в подходе данной литературы к проблеме следует признать, однако, то, что она четко не формулировала проблему легитимности правового статуса поземельных отношений. Чрезвычайно схематично ситуацию можно представить следующим образом. Юридическая литература прошлого не делала этого, поскольку опиралась главным образом на анализ позитивного (т. е. действующего в данный момент) права, а последующая историография – потому, что сводила аграрный вопрос прежде всего к классовой борьбе (т. е. столкновению социальных сил в борьбе за землю).

Предложенная нами концепция состоит в интерпретации аграрного вопроса как осознания обществом проблемы легитимности существующих прав на владение землей. Там, где присутствует осознание несправедливости существующей системы распределения земельных ресурсов (независимо от реальной ситуации в экономике страны), – существует аграрный вопрос. Там, где такое осознание отсутствует в широких массах или представлениях мыслителей, – аграрного вопроса (во всяком случае, как социального феномена) не существует (даже при наличии экономически неэффективной и политически необоснованной правовой системы земельной собственности).

Возможным становится объяснить и другие важные противоречия, с которыми не удалось справиться предшествующей историографии. Почему аграрный вопрос не существовал в древности, но проявился в Новое время; почему одна и та же программа решения аграрного вопроса, которая на одном этапе исторического развития оказывается отвергнутой, казалось бы, навсегда, на другом – становится вновь востребованной и находит практическую реализацию? Почему одна программа дает неодинаковый эффект в разных странах при сходстве их аграрных институтов или, наоборот, один и тот же результат возникает независимо от различия исходных условий? Например, почему одни страны оказались ввергнуты в пучину аграрной революции, а другие решили эту проблему путем реформ.

Информационную базу исследования этой проблемы составляет следующий комплекс документов – проектов решения аграрного вопроса, как опубликованных, так и неопубликованных, а также материалов центральных архивов, отражающих историю их подготовки, авторство, характер функционирования в ходе реформ.

Аграрный вопрос как выражение кризиса легитимности традиционных форм землевладения. Легитимность (или нелегитимность) собственности повсюду в мире определяется тремя измерениями – порядком ее распределения в обществе; способами ее приобретения в прошлом и средствами ее защиты в настоящем (99).

Первое из этих измерений – представления общества о справедливом или несправедливом порядке распределения собственности – определяется во многом статусом права собственности в общественном сознании. Вопрос о том, является ли право собственности фундаментальным и естественным правом (наряду с высшими ценностями демократического общества и другими основными конституционными правами как жизнь, свобода и личная безопасность), – остается предметом острой дискуссии в современной правовой литературе. Этот спор стал особенно интенсивным в странах, где необходимость решения аграрного вопроса совпала с переходом к демократии и необходимостью принять новую Конституцию (Южная Европа в 1970-е гг., Восточная Европа и Латинская Америка в 1990-е гг., Южная Африка при переходе от режима

апартеида к демократии в тот же период). Проблема формулировалась предельно четко – следует ли включать в Конституцию гарантии прав частной собственности на землю (особенно в период дебатов по Конституции ЮАР 1996 г.) (100). С точки зрения классических представлений о собственности (восходящих к римскому праву и крупнейшим кодексам гражданского права нового и новейшего времени) – выбор может быть сделан только между двумя формами собственности, публичной и частной. Однако в большинстве обществ переходного типа (к которым принадлежит и современная Россия) реально существуют так называемые «смешанные» или «переходные» формы собственности, определение точного правового статуса которых не представляется простым (101).

Второе измерение проблемы легитимности собственности – вопрос о времени (исторической давности) и характере (правовом или неправовом) ее приобретения. Незыблемость права собственности на землю основана обычно на том, что человек впервые поселился на ней. В условиях аграрных конфликтов этот мотив приобретает особенно сильное звучание. В современной России непрочность легитимности права частной собственности на землю (основанного на Конституции 1993 г. и Земельном кодексе 2001 г.) связана с отсутствием длительной исторической легитимности, которая неоднократно перечеркивалась или, во всяком случае, ставилась под сомнение в русской истории. Так, одна часть общества апеллирует к предшествующей советской традиции, в принципе исключавшей право собственности на землю, другая – к правовым формам, существовавшим до революции 1917 г. и последующей национализации (102).

Продолжая эту линию вглубь истории, мы сталкиваемся с проблемой правового дуализма – конфликта позитивного права собственников – землевладельцев и крестьянства с его обычным правом и неопределенными правами на пользование землей. Так мы приходим, в конечном счете, к проблеме крепостного права и правомерности его возникновения, а также юридических параметров его функционирования (следует понимать его как крепость крестьянина помещику или земле). Эти исторические спекуляции о праве на землю, при всем их демагогическом характере и возможности с помощью этих аргументов обосновать любую современную доктрину, должны, тем не менее, приниматься в расчет при выяснении содержания аграрного вопроса и легитимности существующего статуса землевладения.

Третье измерение легитимности – применяемые способы защиты земельной собственности. Основу правовой реальности современного мира составляют два понятия – собственность и договор. Социальная реальность, выражаемая этими понятиями, рассматривается как находящаяся вне сферы вмешательства государства, однако защита со стороны последнего необходима для их существования. В развитом гражданском обществе данные правовые институты составляют часть, причем наиболее важную, царства частного права, в которое государство вмешиваться не должно, по крайней мере, без веских на то причин. Но как быть в традиционном аграрном обществе, где гражданско– правовые институты не укоренились, понятие собственности по большей части лишено правового смысла, а модернизация требует целенаправленного административного вмешательства и правового регулирования?

Эта социальная реальность совершенно по-иному ставит проблему легитимности государства в обеспечении и трансформации отношений поземельной собственности. Либеральный принцип защиты прав собственника, с одной стороны, и необходимость регулирования отношений собственности в условиях социальных преобразований (аграрных реформ), с другой, – вот центральное противоречие, с которым столкнулось демократическое общество в XX в. Выход из него был найден в принципе «социального государства» или концепции «социальных функций права». Распространение принципа социального государства в конституциях послевоенного периода отразило расширение социально-экономических прав и социальных услуг, гарантией которых выступало государство.

В условиях аграрной революции начала XX в. радикализация проектов отражала поиск различными течениями и партиями социальной базы в крестьянской стране. Одним из возможных направлений исследования, однако, стало выявление многообразия стратегий аграрной реформы внутри однотипных социальных блоков. Разделяя некоторые общие идеологические принципы, авторы проектов часто совершенно по– разному интерпретировали

способы реализации этих принципов и еще больше различались в представлениях о необходимых экономических, правовых и политических технологиях решения аграрного вопроса.

Механизм конфликта. Современный подход к решению аграрного вопроса опирается на социологическую теорию перехода от традиционного общества к индустриальному (рациональному), от сословной структуры – к гражданскому равенству, от служилых отношений – к отношениям договорным.

Первый тип отношений характерен в целом для традиционного общества, которое не знает иных способов организации экономических отношений, кроме физического принуждения индивидов. Этот тип экономической организации определяется как литургическое (или «служилое») государство. Он характеризуется рядом признаков: государственная собственность на землю; широкое использование сервитутов; отсутствие рынка земли; наличие жесткой системы учета и контроля, кадастра (писцовые книги или колхозная система учета труда по трудодням), системы государственного обложения (ревизии и их аналог в советское время); роль жречества и бюрократии в разных формах. Историческими формами являются – теократические режимы, режимы восточной деспотии, а также схожие с ними элементы тоталитарных систем власти (например, государственный социализм). Правовым выражением этой реальности в новое и новейшее время становится номинальный конституционализм.

Принципиально иной тип отношений характерен для рационализированного общества и заключается в свободных отношениях продавца и покупателя рабочей силы, основанных на рыночной стоимости труда. Данный вид организации экономики базируется на правовом договоре между сторонами. Характерными чертами этой модели являются в истории десакрализация земли как фактор общественного сознания; борьба теократических представлений и рационализма, духовенства и технократической бюрократии, завершающаяся победой последней. На современном этапе этот тип характеризуется как либеральная демократия с идеями верховенства права, гражданского общества, прав индивида. Для него определяющее значение имеет реальный конституционализм – соблюдение права, развитие общественного контроля над властью, независимая судебная система, способная добиться выполнения договора.

Эти два идеальных типа экономической организации являются универсальными и неоднократно возникают в истории в разных формах «застоя» и «динамического развития».

В истории эти два идеальных типа противостоят друг другу, а их столкновение порождает острые социальные кризисы. Разрешение этих кризисов возможно в виде социальной или конституционной революции, а также в виде реформы. Общественная мысль всех стран, стоящих на пороге перехода от традиционного аграрного общества к современному промышленному, расколота именно в связи с этой проблемой. Столкновение революционных и реформационных идеологий возникает также на этой основе. Идеологии аграрной революции по всему миру противостоит идеология аграрной реформы.

В то же время разрешение конфликта редко ведет к реализации одного из двух идеальных типов в чистом виде. Как правило, происходит различное их смешение, образование промежуточных, гибридных вариантов (103). Можно говорить, вероятно, о правомерности выделения особого третьего идеального типа, представляющего собой синтез двух чистых типов, рассмотренных выше. В третьем типе присутствует идея рыночного хозяйства и необходимости следования договору, однако эта идея на практике не реализуется, прежде всего, в силу неподготовленности общественного сознания. В этом типе право корректируется коррупцией, рыночные отношения – многочисленными изъятиями из них «неприкасаемых зон», правовое равенство – также изъятиями определенных социальных категорий. Этот третий тип в длительной исторической перспективе выступает как переходный от традиционного к рациональному, характеризуясь соединением различных форм собственности и типов землепользования. В публичном праве он часто выражается в мнимом конституционализме.

В России исторически сложилась и длительное время существовала особая (и по-своему чрезвычайно эффективная) система взаимосвязи земли и службы. Концепция феодализма может, конечно, использоваться для ее интерпретации, однако лишь при очень широкой трактовке этого понятия. Мы предпочитаем поэтому говорить о служилом государстве или

литургическом государстве.

Реконструировать всю логику развития системы земельных отношений в России значит показать связь земли и службы. Проведенное исследование позволило еще раз констатировать глубокую правомерность выводов государственной (юридической) школы о специфическом («пульсирующем») характере развития русского общества, выражаемом концепцией закрепощения и раскрепощения сословий государством. Данная концепция, разработанная в XIX – начале XX вв. либеральной академической историографией, выступает примером реального научного прогноза, когда говорит о возможности воспроизводства в будущем тех параметров поземельных отношений, которые уже были в прошлом. Универсальность этих параметров объясняет тот поразительный факт, который фиксировал еще П.Н. Милюков: русская история XX в. ближе к истории XVII и, возможно, XVIII вв., чем XIX в. Объяснение этому состоит в том, что аграрная революция начала XX в., сняв тонкий налет европейского гражданского права, вернула ситуацию к историческим архетипам служилого государства со свойственным для него огосударствлением земельного ресурса, полным растворением частного права в публичном (104). На этой основе становится возможным фактическое восстановление квази-сословной системы, установление связи земли и службы (закрепощение сословий государством), формирование особого служилого слоя (номенклатуры).

Типология моделей реформирования аграрных отношений. В результате проведенного анализа стало возможным реконструировать ряд основных моделей аграрных преобразований, представленных в истории России нового и новейшего времени, последовательное выдвижение которых фиксировало реальный масштаб осознания проблемы собственности на землю, а также методов реализации реформ и возможных социальных последствий их проведения.

Первая модель отражает ту исходную конструкцию соединения земли и власти в рамках крепостного права, которая составляла сердцевину служилого государства вплоть до начала его реформирования. Направления этого реформирования представлены прежде всего проектами Уложенных Комиссий XVIII в. (105).

Она включает проекты введения наследственной аренды на землю для крестьян (А.Я. Поленова) (106) – определила контуры последующих реформационных инициатив (М.М Сперанского и Н.С. Мордвинова) (107) и далее – движение вплоть до реформы государственных крестьян (П.Д. Киселева) (108). Ее появление ознаменовало поиск выхода из жесткой формулы служилого государства.

Вторая модель – постепенное освобождение крепостных без отказа от традиционных форм собственности – наделения крестьян землей с сохранением длительного переходного периода и традиционных общинных институтов. В проектах представлены пути освобождения крестьян, оказавшие реальное влияние на ход и результаты Крестьянской реформы (109). Это проекты либеральных сторонников реформы (прежде всего проект К.Д. Кавелина и его реализация в ходе Крестьянской реформы) (ПО), проекты дворянских комитетов, история их рассмотрения в Редакционных комиссиях (111). Рассмотрение данной модели позволяет проследить весь путь реализации Крестьянской реформы – от ее проекта до воплощения.

Третья модель – преодоление правового дуализма путем распространения сферы действия гражданского права на обычное крестьянское право (проект Гражданского Уложения Российской империи) (112). Она выражает кризис легитимности той концепции земельной собственности, которая была зафиксирована в позитивном праве и в то же время – попытку ее модернизации на основе западных образцов.

Четвертая модель – перераспределение земельных ресурсов с гарантией имущественных прав землевладельцев (проект Конституционно-демократической партии) (113). В данной неолиберальной модели прослеживается выработка формулы социальных функций права и социального государства с целью конституционного решения аграрного вопроса.

Пятая модель – уравнительное распределение государственного земельного фонда в соответствии с единой трудовой нормой (проекты партии социалистов– революционеров и их реализация в законодательстве постреволюционного периода) (114). Она выражает революционный коллапс системы позитивного права российского Старого порядка и стремление решить проблему в соответствии с доминирующими утопическими представлениями крестьянства.

Шестая модель – экспорт аграрной революции (проект Коминтерна) – есть ни что иное, как попытка компенсировать отсутствие позитивной стратегии преобразования аграрных отношений распространением их экстенсивной формы на другие страны (115).

Седьмая модель – приватизация земли (проект Земельного кодекса и его принятие) – выражает доминирующую тенденцию постсоветского периода регулирования аграрных отношений (116).

Наконец, особая, бонапартистская модель – не реализовалась в России, однако ее проявления и отдельные элементы присутствовали в периоды всех крупных аграрных реформ, особенно в проектах С.Ю. Витте (117) и П.А. Столыпина (118). Содержание модели – проведение интенсивных рыночных земельных реформ с одновременным усилением авторитаризма власти и лавирования ее между силами традиционализма и модернизации.

Сравнительный анализ этих моделей позволяет переосмыслить российский опыт аграрных отношений и реформ в рациональных категориях частного и публичного права, очистить его от чрезвычайно устойчивых идеологических стереотипов, постоянно воспроизводимых в историографии и тем самым освободить для научной дискуссии то пространство, которое ныне прочно удерживают представители различных направлений исторической романтики (неославянофильства, неонародничества, неокоммунизма и вообще почвенничества).

Рассмотрим типологию этих моделей по такому основополагающему критерию, каким являются предложенные формы собственности на землю (частная, публичная, так называемые «переходные формы»). Данный критерий (отношения к формам собственности) наиболее информативен для типологии и установления различий проектов аграрных реформ. Следует подчеркнуть, что среди них нет ни одного, который, даже поддерживая сам принцип, отстаивал бы немедленный переход к частной собственности на землю. Дело в том, что принцип незыблемости частной собственности, ставший аксиомой классического западного либерализма, приобретал в России чрезвычайно консервативный смысл: его буквальная реализация означала сохранение той исторически сложившейся структуры собственности на землю, которая как раз воспринималась крестьянским населением (а в значительной мере и населением вообще) как нелегитимная (119).

В этом состоит объяснение того парадокса, что основным сторонником принципа частной собственности на землю стало само правительство (особенно в условиях столыпинских реформ), в то время как либеральные сторонники социальных и политических реформ (за исключением Б.Н. Чичерина) (120) не могли в полной мере принять этот принцип (и согласиться тем самым на сохранение существующего положения). Наиболее близкой к этой конструкции собственности является проект Гражданского Уложения Российской империи, который стремился преодолеть правовой дуализм распространением норм частного права на земельную собственность в ходе кодификации.

Данный проект вынужден, однако, соотнести все предложения по реформированию позитивного гражданского права с фактическим сохранением сословного характера земельной собственности. Результатом становится, как было показано, введение «особых зон», исключений, переходных положений и проч. (в виде земель, находящихся в собственности крестьянской общины, с одной стороны, и земель, имеющих особый правовой статус, с другой). Если авторы проекта ГУ считали возможным решение проблемы путем унификации статуса различных форм собственности, то для этого необходимы были активные реформы и политическая воля к их осуществлению.

Очевидно, эта компромиссная модель может быть понята только в контексте общего процесса правовой модернизации, осуществлявшегося в стране на протяжении всего имперского периода. Это были систематические и целенаправленные попытки внедрить в российское право принципы и нормы западных гражданских кодексов.

Тот же смысл имел, в сущности, аграрный проект конституционно-демократической партии, вынужденный, однако, предложить решение вопроса в условиях начавшейся аграрной революции. Поэтому проект в большей степени, чем другие либеральные проекты, выразил концепцию социальных функций права. Особенно это относится к проекту 42-х, отличавшемуся большим радикализмом (121). Как показывает сравнительное изучение аграрных реформ, кадетский проект формулировал наиболее адекватное решение проблемы

земельной собственности – ее отчуждение за разумную (т. е. не по рыночным ценам) компенсацию у прежних владельцев; регулирование государством на правовой основе с целью создания единых стартовых условий для последующей передачи в собственность или иные формы пользования. Именно эти принципы стали доминирующими при проведении либеральных аграрных реформ второй половины XX в. – от Японии и Индии до стран Латинской Америки.

Передача земли в публичную (государственную) собственность – другая «чистая» модель решения аграрного вопроса – нашла наиболее четкое выражение в концепциях национализации земельного фонда. Концепция национализации в сравнительной перспективе также выступает как одна из моделей решения аграрного вопроса. Она означает отчуждение земли у ее собственников (за компенсацию или без таковой) и передачу в собственность государства. Принцип национализации (понимаемый нами в данном случае скорее как теоретическая, а не юридическая конструкция) сам по себе не только не исключает, но предполагает необходимость правового решения аграрного вопроса, а его реализация может быть единовременной акцией, реализуемой государством в переходный период для осуществления последующей приватизации земли на новых условиях (так полагали, по-видимому, некоторые представители кадетской партии, считавшие возможным включить принцип национализации в программу партии). В этом понимании национализация могла быть осуществлена решением демократического парламента или Учредительного собрания в рамках реализации принципа народного суверенитета и с сохранением правового характера аграрной реформы (при всей ее радикальности).

Однако в российских условиях реализация концепции публичной собственности (принципа национализации), как и концепции приватизации (принцип частной собственности) – получала совершенно неадекватную интерпретацию в проектах левых партий. Принцип передачи всех земельных ресурсов в собственность государства все более ассоциировался в общественном сознании с программными установками проектов социализации земли (выдвинутыми партией социалистов-революционеров) или ее так называемой «социалистической национализации». Обе концепции имели мало общего с конституционным представлением о национализации и включали в себя идею спонтанной социальной революции, которая должна была закончиться либо уравнительным перераспределением земли в соответствии с единой трудовой нормой (в первом случае) либо насильственной коллективизацией (как была на практике интерпретирована идея «социалистической национализации» во втором случае).

Подобная (антиправовая) трактовка национализации и социализации стирала грань между публичным и частным правом, размывала границы между властью и собственностью и фактически возвращала ситуацию к примитивным формам служилого государства, поразительно напоминавшего литургическое государство древности. В то же время доктрина социализации, во всяком случае, в интерпретации известных экономистов-аграрников (как П.А. Вихляев, В.М. Чернов, С.Л. Маслов и Н.П. Огановский) (122) открывала (при всей своей правовой неопределенности) путь кооперативного движения, получившего развитие в постреволюционный период, несмотря на идеологические препятствия.

Прежде всего, адекватная реконструкция самих понятий данных (эсеровских) проектов (обобщенных в проекте 242-х) показывает, что их авторы не представляли себе правового содержания используемых ими социально-политических деклараций: так, говоря о социализации земли, они вели дело к передаче ее в публичную (государственную) собственность с целью установления фактического (а не формально– юридического) равенства земельных наделов (123). С другой стороны, понятие национализации отвергалось ими на основании возможности сделать из него именно этот вывод (что уловили большевики, использовав программу социализации для фактического захвата частных земель в полном объеме).

Понятие национализации, в свою очередь, утратило свой правовой смысл, обернувшись подменой одного смысла (передачи прав собственности на землю государству) другим (отчуждением земли у производителей путем превращения их в прикрепленных к земле арендаторов). Очевидно, трудность интерпретации вытекает из утопического характера этих

проектов и представлений их авторов о государственности (которая теоретически рассматривалась ими как временное явление, которое, наряду с правом, вообще подлежит отмене при коммунизме). Это показывает невозможность, как минимум, ссылок на положение данных проектов в современных дискуссиях без конкретизации исторического наполнения ключевых понятий. Далее, независимо от идеологических деклараций, все варианты решения земельного вопроса, основанные на логике революционного отчуждения и перераспределения земельной собственности неправовым путем, объективно вели к одной цели – возрождению служилого государства и неограниченной деспотической власти.

Наконец, третьей формулой, получившей наибольшее распространение в аграрных проектах, стала идея «переходных» отношений собственности (интерпретируемых иногда не вполне точно как «смешанные»). Будучи крайне неопределенными с точки зрения рационального правового регулирования, эти формы, тем не менее, отражали российскую реальность на всех этапах вплоть до современности. Теоретическая возможность этих форм (как прекрасно показал К.Д. Кавелин) определялась амбивалентностью крепостного права, которое могло интерпретироваться государственной властью и как крепость крестьянина помещику (в этом случае получала правовое обоснование личная зависимость крестьянина от землевладельца), и как крепость его земле (в этом случае фиксировалась его изначальная личная свобода и даже возможность претендовать на часть этой земли в будущем).

Установив, таким образом, условность самого понятия земельной собственности в российском контексте, сторонники данной точки зрения (авторы многочисленных проектов эпохи Крестьянской реформы и последующего времени) исходили из молчаливого предположения о том, что сам институт частной собственности на землю (в его западном и римском понимании) еще не сложился, а потому его конфигурация зависит целиком от воли государственной власти и проводимой ею политики права в земельном регулировании. В сущности, эта молчаливая предпосылка разделялась всеми крупными российскими реформаторами – М.М. Сперанским, П.Д. Киселевым, Я.И. Ростовцевым, С.Ю. Витте и П.А. Столыпиным (124).

Она позволяла объяснить, во-первых, явление правового дуализма, во-вторых, тот факт, что нормы о частной собственности на землю отторгаются крестьянством, наконец, позволяла надеяться на возможность осуществления последовательной правовой модернизации.

Важной научной заслугой авторов данной группы проектов являлось их специальное внимание к правовым формам переходного периода. Прежде всего, проекты в хронологической последовательности своего возникновения регистрируют те формы пользования землей, которые реально существуют, но не обязательно фиксируются позитивным правом. Другая особенность подхода авторов проектов – поиск аналогов российским формам в разработанных кодексах гражданского права. Начиная с проекта А.Я. Поленова XVIII в. и, особенно, в кодификационных проектах XIX – начала XX вв. и сопутствующих исследованиях, находим анализ таких исторических форм найма, аренды и землепользования, как узуфрукт, эмфитевзис, фидеикомисс, сервитуты.

Теория переходных форм землепользования в аграрных проектах. Следует констатировать, что данное направление проектов было менее всего подвержено идеологическим постулатам и в наибольшей мере стремилось к рациональному научному анализу ситуации. Теория переходных форм в аграрных отношениях стала достижением данного направления (в проектах А.Я. Поленова, К.Д. Кавелина, А.А. Корнилова, А.А. Кауфмана) (125), позднее – особенно А.В. Чаянова (126) и Н.Д. Кондратьева (127). Эти формы обычно плохо представлены юридически, поскольку их реальное содержание не вписывается в рациональное позитивное право. Следствия этого таковы: возникает разрыв права и реальности; появляется правовой дуализм (одно право – книжное, другое – живое); отсутствует практическая возможность реформировать социальные отношения правовым путем. Это связано с большим количеством изъятий из рационального права – появлением исключений и переходных правовых гибридов. Примером может служить распространение сервитутов, статус которых (несмотря на их широчайшее распространение) оказалось очень трудно определить юридически.

Вообще появление правовых форм, представляющих собой скорее ретрадиционализацию, нежели модернизацию правовых отношений, ставит проблему их юридической и

социологической квалификации. Так, одно и то же явление (например, отказ от частной собственности на землю) начинает интерпретироваться как феномен принципиально нового права, оказываясь на деле возвратом к представлениям феодального или даже родового общества.

Данная проблема оказывалась в центре всех дискуссий о направлениях и способах кодификации гражданского права и, в частности, отношений поземельной собственности, начиная с Уложенных комиссий XVIII в. и кончая проектами Гражданского Уложения начала XX в. (128). Проблема кодификации гражданского права стала одной из центральных в пореформенной России второй половины XIX – начала XX вв. (129). Крупнейшие теоретики права и цивилисты – К.Н. Анненков, А.Х. Гольмстен, С.И. Зарудный, К.Д. Кавелин, Н.М. Коркунов, Д.И. Мейер, К. Малышев, С.А. Муромцев, С.В. Пахман, Л.И. Петражицкий, И.А. Покровский, В.И. Сергеевич, Г.Ф. Шершеневич, выдвинувшие различные теоретические концепции системы кодификации, акцентировали внимание на разрешении проблемы правового дуализма (130).

Специфика России – публично-правовой характер земельных отношений, решающая роль государства в формировании сословий аграрного общества, определении их правового статуса и повинностей. До сих пор юристы спорят об отраслевой принадлежности земельного права – относится оно к публичному, частному праву или представляет своеобразную пограничную область между ними. Эта неопределенность может быть использована различным образом – в пользу либеральных реформ (когда государство через публичное (конституционное) право проводит изменения в гражданском и земельном праве в направлении расширения частного интереса), и наоборот, когда публичное право просто поглощает частное (131). Поэтому государству в обоих случаях принадлежит решающая роль в аграрном реформировании. Важно, однако, иметь в виду, что в том случае, если государство способствует развитию частноправовых норм, оно тем самым ограничивает возможности своего непосредственного вмешательства в аграрные отношения (как это было в пореформенный период и имеет место в постсоветский период). Напротив, консолидация публично– правового интереса, ведущая к ограничению или подавлению частно-правового интереса (как в период служилого государства и в советский период), чрезвычайно расширяет административные возможности регулирования.

Перед исследователем аграрных преобразований в России стоит задача не только выявить реальные формы аграрных отношений, но и дать им правовую квалификацию. Это трудная герменевтическая проблема. Поскольку в условиях отсутствия развитой традиции частной собственности на землю и рынка земли не было выработано устойчивой правовой терминологии. С одной стороны, действовала система норм и понятий западного происхождения, с другой – самобытные национальные нормы, крайне архаичные по своему социальному содержанию. Вопрос о том, можно ли вообще определить эти нормы в категориях западного гражданского права (как это пытались сделать русские юристы и историки начала XX в.), остается открытым. В современном правовом языке нет аналогов понятию «общинной собственности» или «колхозной собственности». Эти аналоги, однако, можно отыскать в истории права, например, в некоторых категориях римского права, которые выступают при этом как известные социологические идеальные типы, позволяющие интерпретировать иную реальность. Для этой работы обращение к проектам очень ценно, так как они менее привязаны к реальности позитивного права, а их авторы больше размышляют и сравнивают.

Интерпретация с этой точки зрения советского опыта в категориях рационального права представляется важной и нерешенной до сих пор задачей. В правовой литературе русской эмиграции в отношении сталинской коллективизации использовалось понятие – второе крепостное право. Верное фактически, данное определение с правовой точки зрения представляет собой, скорее, метафору, поскольку личная свобода крестьян формально не была ограничена. Мы полагаем, что их правовой статус скорее может быть определен как колонат позднеримской эпохи – крепость земле при сохранении ограниченной личной свободы. В этом случае оказывается возможным выявить типологическое (как социальное, так и формальноправовое) сходство данной конструкции со статусом государственных крестьян в России эпохи реформы Киселева. Иначе говоря, ретрадиционализация не была доведена до закрепления формальных параметров крепостного права (не отличавшегося с этой точки зрения

от рабства).

Данная система интерпретируется также как публично– правовой сервитут, что отражает наличие единого собственника земли (государства) и предоставления всем права на пользование землей. Если считать сервитут пережитком феодализма и вотчинного хозяйства (как думал, например, Корнилов), то можно говорить о возрождении государства-поместья и элементов вотчинного права.

Действующие в переходный период отношения имеют много общего с отношениями колоната, эмфитевзиса и прекарными отношениями. Они служат основой клиентелизма (в самом буквальном римском его понимании) как результата задолженности крестьян номинальным или фактическим владельцам земли (в рамках пореформенной «выкупной операции»). Правовая непрозрачность и господство так называемой «теневой экономики» есть современное следствие этих тенденций. Данная реальность объясняет воспроизводство и отсутствие оригинальности основных моделей решения аграрного вопроса в постсоветский период. Подобно тому, как в пореформенной России шел спор о путях капиталистической трансформации крестьянской общины, в современной ситуации те же аргументы присутствуют при интерпретации перехода сельского хозяйства к рыночным отношениям. Если традиционалисты выступают за консервацию корпоративистских структур (видя в них одновременно эффективную форму хозяйствования и амортизатор от социальных взрывов), а реформаторы – за безусловный переход к приватизации и коммерциализации земли (безотносительно к традиционным социальным отношениям), то поиск компромисса приводит к третьей стратегии – допущению частной собственности как правовой реальности при максимальном ее ограничении на практике. Собственно – это аналог и экономическая основа явления мнимого конституционализма в сфере публичного права.

Социально-политическими следствиями процесса коммерциализации и отчуждения производителей от средств производства может стать появление значительного слоя люмпенизированного аграрного населения, опасность появления которого осознавалась всеми крупными реформаторами и авторами проектов аграрных реформ. Они составляют социальную базу цезаризма и бонапартизма в различных модификациях.

Проблема сервитутов вызывала специальный интерес авторов аграрных проектов в пореформенной России в связи с крестьянской общиной. В дальнейшем, с реализацией программы уравнительного распределения земли в постреволюционной России, данная проблема оказалась не менее важной, обозначив возрождение таких архаичных форм землепользования, которые вообще не могли быть выражены современными правовыми понятиями, но вполне отвечали правовым формам древности. Возможно, именно с этим связано обращение в литературе того времени к таким проблемам, как возможность сопоставления социальных отношений в России и на Западе (М.М. Ковалевский), аграрная революция в России и во Франции (Н.И. Кареев), особенности российского феодализма (Н.П. Павлов-Сильванский), изучение частноправового акта (А.С. Лаппо-Данилевский).

Решение проблемы земельной собственности в советский период в этой динамической перспективе, как отмечалось, предстает как публичный сервитут, а положение колхозного крестьянина может быть сопоставлено с положением колона в поздней Римской империи или государственного крестьянина в Российской империи XIX в. Колонат представлял собой переходную форму от полной личной зависимости (рабства, крепостничества) к неполной, выражавшейся в экономической зависимости при личной свободе.

Теория переходных форм собственности позволила установить некоторые общие параметры: отношение к существующей системе и причины неудовлетворенности ею; содержательные параметры предлагаемых реформ аграрных отношений и связанных с этим институтов (соотношение публичной и частной собственности); инструменты, предлагаемые для их реализации (государственное вмешательство, местное самоуправление, формы спонтанного общественного движения); направления и степень реализации положений проекта.

5. Эффективность правовых реформ: модернизация и ретрадиционализация

Все проекты российских аграрных реформ констатируют трудность их проведения. Эта трудность выступает как объективный фактор и в ходе практического осуществления реформ. Она выясняется в проектах путем сравнения российской ситуации с европейской. Основными ориентирами для авторов проектов XVIII – начала XX вв. являются страны Западной Европы, точнее – опыт аграрных реформ в Англии, Пруссии, позднее – в Польше и Прибалтике. По мере расширения аграрного вопроса, в орбиту внимания авторов проектов входит вся аграрная периферия – Азия, Латинская Америка, Африка. Если суммировать причины трудностей, то они сводятся к существованию нескольких констант, тормозящих реформы нового и новейшего времени.

Во-первых, это явление правового дуализма. В России, начиная с Петра Великого и особенно после либеральных реформ 1860-х гг., возник и сохранялся до революции 1917 г. феномен правового дуализма: он состоял в параллельном существовании двух правовых систем, с одной стороны, особой сферы неписаного крестьянского права с его архаичными аграрными представлениями о справедливости, приоритете коллективного начала над личным, отрицанием индивидуальной собственности, а с другой стороны – вполне рациональной системы позитивных правовых норм, которые были в значительной мере заимствованы из европейских кодексов, вполне отвечает представлениям о гражданском обществе и частной собственности. Если первая правовая система в общем соответствовала традиционным порядкам крестьянской общины, то вторая – отражала западные представления и насаждалась государством в интересах модернизации страны. Эти два вида права находились в жестком противоречии между собой. Данный конфликт нашел наиболее четкое выражение в разрушении всей сконструированной правовой системы в ходе революций начала XX в. и торжестве правового нигилизма – архаичных представлений о социальной справедливости, свойственных доиндустриальной эпохе и дорыночной экономике. Вместе с тем происходит и возрождение традиционалистских ценностей этого мира.

В ходе революции начала XX в., уничтожившей непрочные элементы гражданского общества, народное «правосознание» восторжествовало над европеизированной системой позитивного права, которое было принесено в жертву утопическим представлениям масс о «золотом веке». Это сделало возможным появление причудливого явления «социалистического права», которое в принципе правом не являлось, но скорее представляло собой его прямое отрицание (отражая на этапе своего формирования правовой нигилизм и деструктивный анархический протест). В свое время мы определили данный феномен как номинальный конституционализм с целью подчеркнуть его отличие от реального (действующего) конституционализма.

В этой перспективе должна рассматриваться проблема конституционных гарантий права частной собственности на землю в России. Конституционная революция 1993 г. ознаменовала разрыв с традицией номинального конституционализма, стремление общества перейти к реальному конституционализму. Последующее движение к «нормальному» представлению о праве, т. е. к общепризнанным представлениям о гражданском обществе и правовом государстве, вынуждено было считаться с утвердившимися ранее предрассудками. В постсоветский период вновь воспроизводится разрыв правосознания (старого) и позитивного права (нового), который иногда приводит к острым конфликтам. Вопрос о частной собственности на землю – по– прежнему раскалывает общество, несмотря на его решение в позитивном праве (132). Именно поэтому современные дискуссии, проекты аграрных реформ и аргументы, приводимые в защиту той или иной позиции, – оказываются при ближайшем рассмотрении заимствованными из предшествующих дискуссий по той же проблеме столетней давности (а иногда они имеют и более древние аналогии).

Во-вторых, то, что земля являлась традиционным объектом религиозной сакрализации, и, в силу этого, на нее не могли распространяться (во всяком случае, в массовом крестьянском сознании) представления рыночной экономики. Эти настроения были живы на протяжении всей истории и во многом сохраняются в современных представлениях. В соответствии с ними, ценность земли отнюдь не сводилась к ее рыночной стоимости (как в индустриальных странах Запада), а потому здесь совершенно по-другому представлены такие понятия, как рациональное ведение хозяйства, эффективность, ценность и проч. (эти категории в российском контексте

кажутся относительными).

В-третьих, константой русского исторического процесса оказывается отсутствие единого режима применения права частной собственности для всего населения страны. Ключевым здесь является неразвитость института частной собственности на землю в России и интерпретация этого феномена. До сих пор в России при существовании соответствующих правовых норм затруднена фактическая реализация разграничения частной и публичной собственности на землю, а потому не работают такие правовые регуляторы поземельных отношений, как частная и государственная собственность, выкуп за возможное равное возмещение и проч. Даже на высшем этапе развития заимствований из западного гражданского права существовало, как было показано, значительное число изъятий и исключений, очень специфичен был статус таких форм сословной собственности, как вотчинная, поместная, сервитуты (вплоть до публичного сервитута советской эпохи). Собственно говоря, этим объясняется неудача всех попыток кодификации гражданского права в предреволюционный период.

Другой стороной той же проблемы выступает центр и периферия: как совместить единство целей и разнообразие региональных интересов. Стратегические препятствия определяются незавершенностью формирования государственности (по линии концепции федерализма); противоречиями и лакунами в правовом регулировании (например, в области разграничения уровней собственности на землю и так называемого совместного ведения). В результате изменений последнего времени наметилась тенденция к пересмотру всех политико-правовых отношений по линии центр – регионы в направлении усиления централизации. Идет переход от системы раннего постсоветского периода (характеризовавшегося тенденцией к политическому и экономическому обособлению регионов) к их большей интеграции. Однако нет ясности в вопросе о том, до каких пределов должна идти эта интеграция (разброс мнений очень велик – от сторонников теории внутреннего суверенитета до унитаризма).

Для решения вопросов экономической политики это создает ситуацию неопределенности, поскольку продолжают оставаться нерешенными общие вопросы – контроля над сырьевыми ресурсами (несмотря на решения Конституционного суда), бюджетного федерализма, рационального (с экономической точки зрения) административно-территориального деления (и его укрупнения), перераспределения налогов и бюджетного финансирования (регионы дотационные и донорские). Неурегулированность предметов совместного ведения (федерального центра и субъектов Федерации) порождает излишне широкую и неопределенную трактовку конкурирующей компетенции и ведет к размыванию ответственности (в частности, в отношениях между полпредами президента и губернаторами) (133).

Эти споры (например, при обсуждении концепции так называемой региональной «публичной собственности») четко прослеживаются по вопросам собственности на землю и недра, условий национализации и приватизации собственности, роли государства и возможных методов вмешательства правоохранительных органов в дела крупных корпораций. Именно они сделали возможным появление альтернативных концепций собственности, административной реформы, законодательства о коррупции и лоббировании (которое выступает в том числе инструментом «деприватизации») (134).

В-четвертых, слияние власти и контроля над собственностью в одних руках. Данная проблема имеет глубокие исторические корни, восходя к системе отношений служилого государства (с его концепцией условного землевладения). Как отмечают все авторы проектов (включая современных), ситуация слияния власти и собственности характеризует особый режим функционирования правовых норм, которые действуют постольку, поскольку соответствуют установившейся социальной логике (в новейшее время примером могут служить споры о «внутреннем суверенитете» регионов и создании на этой основе концепции региональной публично-правовой собственности на землю и природные ресурсы, которая не без основания интерпретируется как своеобразный ренессанс феодальных норм в постсоветский период).

В-пятых, роль государства (бюрократии) в регулировании поземельных отношений и контроле за земельными ресурсами. Характерно, что все проекты, отстаивавшие идею правовых реформ (в противоположность проектам аграрной революции), апеллируют именно к

бюрократии. Наиболее дальновидные авторы этих проектов указывают, однако, что реализация фундаментальных аграрных преобразований не возможна без параллельного реформирования самой администрации. Они справедливо связывают успех аграрных преобразований (введение нового земельного права) с административной и судебной реформами.

Следствием этих констант развития российского общества становится осознание главной трудности, которое формулируется в парадоксальной форме: реформировать отношения земельной собственности оказываются реально способны именно те бюрократические структуры, которые сами более всего заинтересованы в их сохранении. Возникает ситуация замкнутого круга, на которую пессимистически указывают разработчики реформ: модернизация сопровождается ретрадиционализацией, реформа – контрреформой, а весь процесс саморегуляции системы приобретает характер цикличности (135).

Проблема нашего времени – переход к демократии как новому социальному порядку. Предшествующее традиционалистское общество инкорпорировало индивида в жесткие социальные структуры. В новое время происходит их распад, идет формирование гражданского общества, возникает явление, которое Токвиль называл «феноменом всеобщего равенства». Он приводит к ряду важных следствий – росту влияния масс на принятие политических решений, причем, масс, не подготовленных к политике. Далее – к краху традиционалистских монархических режимов или вообще авторитарных режимов старого типа и их легитимности, сопровождающемуся сменой божественного или идеологизированного права апелляцией к воле народа как основному источнику легитимности власти, использованием новых технических средств манипулирования массовым сознанием.

Переход от авторитаризма как политической надстройки традиционного (в основе своей сословно– бюрократического) общества к современным государственным системам, функционирующим в условиях гражданского общества и демократии, порождает конфликт легитимности и законности. Эта проблема не может быть решена только на правовом материале: здесь необходимо учитывать фактор коллективного сознания или коллективной психологии населения, формирования его политического миросозерцания. В современном мире конфликтность в сфере аграрных отношений остается очень высокой. С ограничением природных ресурсов и ростом населения аграрная составляющая правовой нестабильности перерастает национальные границы и встает в мировом масштабе.

Правовое решение аграрного вопроса в современной России по-прежнему сталкивается с рядом объективных препятствий. К ним относятся, во-первых, отсутствие устойчивых исторических традиций частной собственности вообще и на землю в особенности; во– вторых, неразвитость чувства частной собственности в широких слоях населения (согласно опросам общественного мнения, большинство граждан России выступает против частной собственности на землю, а в сельской местности этот показатель близок к абсолютному); в-третьих, оппозиция реформам со стороны мощных традиционалистских сил (в виде колхозно– совхозного лобби, тесно связанной с ним региональной бюрократии, опирающейся на социальную поддержку коллективистски мыслящего электората). Государство (точнее, просвещенная бюрократия), выступая инициатором аграрных реформ, не может поэтому опираться на широкую социальную базу (или устойчивый социальный консенсус), вынуждено лавировать и прибегать к компромиссам, которые могут обернуться движением вспять. Оно оказывается перед дилеммой, с одной стороны, объективной необходимости реформ, направленных на модернизацию страны, и, с другой, угрозы утраты стабильности, предсказуемости и управляемости ситуацией.

Этим объясняется такая важная особенность аграрных реформ в России, как их волнообразность (цикличность): каждый шаг вперед в области аграрного переустройства сопровождался, по крайней мере до сих пор, возвратным движением и восстановлением прежних институтов в модифицированном виде. В этом смысле вся советская колхозно-совхозная система, разрушить которую призвано современное земельное законодательство, в длительной исторической перспективе выступает как реакция на либеральные аграрные реформы последнего периода существования самодержавия – от Великих реформ 60-х гг. XIX в. до столыпинских реформ начала XX в. (что вполне осознают инициаторы современных реформ). Цикличность аграрных реформ в России действительно

выступает как объективная закономерность, а черный передел – едва ли не постоянная судьба России. Не случайно, современные коммунистические критики Земельного кодекса по существу повторяют аргументы своих предшественников – консервативных помещиков: реформа приведет к дестабилизации и распаду государства, колонизации страны иностранным (и национальным мафиозным) капиталом, росту социального расслоения и бедности, национальным конфликтам, ослаблению обороноспособности государства и падению морали населения. В случае приватизации земли они прогнозируют новые массовые «аграрные беспорядки». Нельзя сказать, что эти аргументы, в основе своей, будучи, безусловно, демагогическими, лишены реальных оснований.

Эти трудности проведения аграрных реформ в России очень сужают возможные рамки выбора механизмов их реализации. На современном этапе реформа объективно необходима и ей нет разумной альтернативы. Однако ее проведение оказывается, как и ранее, возможным лишь при активной направляющей роли государства, берущего на себя ответственность за социальные издержки этого процесса, механизм ее проведения приобретает характер бюрократической реформы, осуществляемой путем аппаратных комбинаций с отстранением широкой общественности и давлением на оппозицию.

Технологии аграрных реформ. Мы говорили главным образом о проектах в узком смысле (как документе, имеющем ряд формальных признаков всякого проекта). Но возможна другая (более широкая) трактовка данного понятия. В современном обществознании и философии расширительная интерпретация данного понятия связана с его пониманием как проекции настоящего в будущее, сознательном конструировании представления о будущем. Это представление может быть неоднозначным у разных исследователей и зависит от того, какие элементы или процессы существующей реальности они считают наиболее значимыми, а также от того, как они понимают возможность их экстраполяции в будущее. Следствием становятся различные (и даже противоположные) прогнозы перспективных ситуаций, обусловленные как разным видением одних и тех же компонентов окружающей реальности, так и выявлением отдельных ее компонентов. В данном контексте можно говорить о проекте в широком смысле и попытаться реконструировать (с современных позиций) его оригинальные черты.

Его эвристическое значение состоит в разработке такой концепции проведения аграрных преобразований, которая давала бы оптимальное сочетание традиционных аграрных институтов с практикой модернизирующегося общества. Социальный конфликт, возникший при переходе от аграрного общества к индустриальному, имел чрезвычайно острый характер и мог быть разрешен в принципе с помощью революции или радикальной реформы. Более оптимальным, с точки зрения социальных издержек и правовой преемственности, был путь социальных реформ. Но в обоих случаях ставились под сомнение сложившиеся отношения собственности и их правового регулирования. Отстаивая путь реформ, авторы сознавали в то же время необходимость сохранения правовой и политической стабильности, утрата которых вела к революционному хаосу и потере рычагов управления процессом изменений. В связи с этим основная проблема получала следующую формулировку: как совместить стабильность, предсказуемость и правовой характер общественного регулирования с необходимостью быстрых и общественно непопулярных изменений. Для этого необходимо было провести изменения системы без нарушения ее внутреннего единства и управления. Эта задача, в свою очередь, требовала постановки таких вопросов, которые даже не возникали в других системах с более развитой рыночной экономикой (или возникали там гораздо ранее).

Данный общественный запрос привел к созданию специальной технологии таких реформ, которая должна быть признана основным научным достижением. Важность и оригинальность этой технологии заключалась прежде всего в отказе от абстрактного и чисто рационалистического подхода к нововведениям (в стиле французского Просвещения), точнее – переосмыслению таких понятий, как «рациональность» и «эффективность» применительно к традиционалистским структурам.

Другой характеристикой данной технологии становилось признание разрыва правовых форм (более консервативных по определению) и социального содержания, открывавшая возможность управления этим содержанием без изменения форм. Третьей – разделение социального и технологического (или инструментального) компонентов в развитии аграрной

экономики. Анализ всего комплекса архивных и опубликованных материалов научного наследия авторов проектов позволяет с этих позиций увидеть как внутреннюю логику размышлений, так и понять основные направления разработки аграрного вопроса в России.

Как показало, в частности, сопоставление взглядов АГакстгаузена (136) и К.Д. Кавелина (137), категория эффективности связывалась ими прежде всего со способностью институтов или норм (как старых, так и новых) действовать в исторически сложившейся культурной среде. Отсюда интерес обоих мыслителей к этнографической (мы бы сказали антропологической) интерпретации институтов традиционного аграрного общества, прежде всего общины, эффективность которой состояла в способности разрешать конфликты на основе обычного крестьянского права без обращения к официальным институтам власти.

Отвергая абстрактное экономическое понимание рациональности и эффективности, данный подход соотносил ее с задачами социальной интеграции, обеспечения ценностной и психологической приемлемости институтов и норм для сельского населения, а потому делал основной упор на возможности их культурной адаптации (новые образовательные и поведенческие ориентации), скептически относясь к насильственному разрушению старых и внедрению новых норм.

Конфликт легитимности и законности – основная причина динамики правового развития и смены теорий, объясняющих природу правовых норм и, в частности, земельного права. Данное противоречие, как отмечалось, имеет принципиальное значение в условиях радикальных реформ и революций, определяя легитимацию новых форм собственности. Его выражением в России стало то, что принято именовать аграрным вопросом.

Сопоставление российской ситуации начала и конца XX столетия по этому параметру (соотношения легитимности и законности) выявляет существенное формальное сходство при различной направленности процессов. В обоих случаях речь идет о радикальном кризисе всей правовой системы – революционных изменениях права, как частного, так и публичного (социальная революция сопровождается конституционной); в обоих случаях, далее, имеет место переход от одной доминирующей формы собственности к другой (в начале века – от плюрализма форм собственности к монизму государственной собственности, в конце напротив – от монизма к плюрализму); наконец, движущей силой изменений отношений собственности оказывается государство (138).

Результатом радикальных перемен конца века стало возрождение проблемы правового дуализма, а также практически всех ранее выдвигавшихся идей его преодоления – от революции до реформы. Очевидно, что динамика частноправовых отношений вновь предстает в разрыве представлений о сущем и должном, действующем праве и тем, которое представляется более справедливым. Теоретически существует только два способа разрешения противоречия. Можно отказаться от модернизированного права и вернуться к реальности, т. е. к старым представлениям о социальной справедливости, но это, очевидно, будет означать шаг назад по отношению к созданному Конституцией позитивному праву (включая право частной собственности на землю). Другой путь – в том, чтобы социальные отношения постепенно подтянуть до уровня правового идеала. Очевидно, что именно второй путь более эффективен для реализации принципов гражданского общества в России. Действительно оказываются нужны радикальные, социальные и политические реформы, способные трансформировать традиционные социальные институты и стереотипы (как коммунистической, так и более ранней феодальной эпохи) в направлении гражданской культуры и рациональных представлений (139).

Основной инструмент этих преобразований следует искать не в принуждении, а в образовании: целесообразно соединить реформу образовательной системы (и преподавания права, в частности) с реформированием социальных отношений и развитием правовой системы. В этом – ключевой элемент реформ. При решении этих проблем можно руководствоваться не только выводами чистой теории, но и сравнительным анализом рассмотренного российского опыта. Его основная формула, как представляется, должна состоять в выделении самостоятельного технологического компонента реформ поземельных отношений в традиционалистском обществе.

Первое правило технологии гласит: новые институты эффективны постольку, поскольку успешно разрешают проблемы традиционного общества. Известно, что проблема земельных

реформ не может быть понята исключительно как экономическая проблема в обществе, где земля является объектом сакрализации, а отношение к ней выступает как легитимирующий фактор любой политической власти. Систематическая десакрализация земли как объекта хозяйственной деятельности (с целью включения ее в хозяйственный оборот и распространение на нее таких понятий, как рациональность, эффективность, коммерческая ценность) должна быть признана фактором легитимации рационального права и институтов.

Второе правило данной технологии – возможность и необходимость практического использования объективного различия между формально-правовой и реальной (социологической) характеристикой традиционных институтов. Если первая остается неизменной и тяготеет к стабильности, то вторая, напротив, подвержена живым изменениям, которые могут иметь принципиально различную направленность. Это свойство социальных отношений опережать развитие правовых форм предлагалось широко использовать в интересах реформ. Примером может служить исключительно важный в методологическом отношении анализ русскими юристами института крепостного права, в ходе которого было показано, как с течением времени «неопределенная зависимость» сменилась «личным рабством», что открывало возможность обратной эволюции без изменения правовой формулы (путем интерпретации крепостного права не как личной зависимости крестьянина от помещика, а как его крепости земле). Другим примером в этом ряду является интерпретация права собственности на землю и прав наследования земли. Здесь также историческая эволюция привела к возможности взаимоисключающих трактовок (учитывая дуализм права собственности в России) – в пользу помещичьего землевладения (в силу закона), крестьянского (в силу исторического обычая).

Третье правило – разделение социальных и технологических (или инструментальных) параметров аграрной реформы. Дело в том, что классическая модель собственности (частной и публичной), сформулированная римскими юристами и закрепленная в последующих крупных кодификациях стран Западной Европы, оказывается практически нереализуемой в условиях переходного периода, а попытки ее механического перенесения становятся деструктивным фактором, поскольку отторгаются населением. Эта проблема стала актуальной как раз в пореформенной России, но продолжает оставаться ею и сейчас (как в России, так и особенно в развивающихся странах с преобладанием аграрного сектора экономики).

В связи с этим русские юристы сформулировали особую концепцию переходных типов собственности. В ее основе – сознательное выведение из рыночных отношений крестьянской земли, наделение ее статусом публичного сервитута, введение моратория на сделки купли-продажи и рыночного отчуждения земли. Данный порядок, не означая отказа от базовой категории собственности (остающейся единой и незыблемой как для физических, так и юридических лиц), предполагает в то же время введение особого правового режима, элементами которого становятся мораторий на быстрое и единовременное введение разных категорий земли в коммерческое использование, налоговое законодательство, политика государственного регулирования земельных цен.

Концепция разграничения социально-правового и технологического компонентов реформы представляется одним из важнейших достижений либеральной политико-правовой мысли, поскольку открывает возможности реформационной трансформации аграрных отношений на технологическом уровне, откладывая на неопределенное время социальные реформы (вплоть до достижения обществом соответствующей культурной стадии). Все три направления данной технологии реформ в традиционном обществе определяли, как было показано, соответствующую социальную практику.

Позиция таких либеральных мыслителей, как Поленов, Кавелин, Кондратьев, теоретиков Конституционно-демократической партии в этой перспективе предстает не идеологической, но прагматической и выражается в стремлении к синтезу положений различных доктрин в интересах практического решения аграрного вопроса. Этим объясняется то, что некоторые современники рассматривали как «эклектический» подход – синтез идеализма и материализма, традиционализма и рационализма, взглядов западников и славянофилов, поиск консенсуса общества и государства, крестьянства и дворянства, просвещенной бюрократии и интеллигенции. Решение проблемы консенсуса, неосуществимое на доктринальном и

идеологическом уровне, выводилось за его пределы путем новой интерпретации теоретических вопросов как технологических, а критерием приемлемости решений становилась их эффективность для модернизации традиционного общества.

Важнейшая политическая составляющая успеха реформ, как показывает опыт ряда проектов (прежде всего негативный), состоит в избежании популизма: сознательном разведении содержательных параметров реформы и ее интерпретации для неподготовленных масс населения. Попытка соединить эти два вида социальной активности приводит к деструктивным следствиям для самой реформы, поскольку реализация непопулярных, но необходимых реформ неизбежно вызывает протест традиционалистского населения с непредсказуемыми последствиями.

Глава 3
Функция социальной защиты: преступление и наказание

1. Спрос на право и отказ от него как индикатор гражданского общества. 2. Преступление и наказание: современные теории девиантности. 3. Норма и санкция в теории уголовного права, социологии и антропологии. 4. Теория правового нигилизма в Западной Европе и России рубежа XIX–XX вв. 5. Социальные корни политического экстремизма и правового волюнтаризма.

В данной главе предметом специального внимания становится одна из важнейших функций права – социальной защиты. С чем связаны явления роста спроса на право и функция отказа от него; как современная криминология объясняет феномен преступности и эффективные формы борьбы с ней; каким образом в уголовном праве, социологии и юридической антропологии интерпретируются такие понятия, как норма и санкция. Эти направления исследований представляют актуальность для понимания теории и практики правового нигилизма – явления, традиционно очень широко представленного в России. Они позволяют сделать выводы о правовом экстремизме и терроризме в истории и на современном этапе.

1. Спрос на право и отказ от него как индикатор гражданского общества

Конфликт позитивного права и правосознания как доминирующий фактор переходного периода. Существо данного конфликта и причин кризиса легитимности позитивного права было показано в старой (дореволюционной) русской юриспруденции. Особенно важен для данной дискуссии анализ Л.И. Петражицкого, противопоставившего позитивное право и так называемое «интуитивное право». Люди следуют тем или иным законам, выполняют в повседневной жизни те или иные предписания права вовсе не потому, что так написано в гражданском кодексе, который они боятся нарушить, а прежде всего потому, что так подсказывает им совесть, нравственное убеждение (выраженное в интуитивно-правовой психике). Поэтому право, полагал он, возникает и в преступных сообществах – разбойничьих, пиратских и воровских шайках, где точно выполняются раз установленные правила. В результате он приходил к расширительной психологической трактовке права, признавая, например, правовым актом договор индивида с чертом о продаже своей души или объяснение в любви.

Конфликт интуитивного и позитивного права – есть основное содержание переходного периода, когда позитивное право по тем или иным причинам не соответствует интуитивному. Более того, трудно даже разграничить интуитивное право от позитивного, поскольку в истории человечества первое не раз переходило во второе (например, в ходе социальных революций XX в. от России и Китая до Мексики и Ирана). Можно констатировать, полагал Петражицкий, большую эффективность позитивного права в процессе социального регулирования и селекции социально желательных привычек, а следовательно, и более сильное воспитательное его воздействие на индивидуальную и массовую психику (то, что последователи Э. Дюркгейма

называли «дрессирующей ролью права»). Однако это не дает оснований говорить о непроходимой грани между двумя видами права. Будучи признана еретической с точки зрения правовой науки, данная теория, однако, позволяла объяснить устойчивость в России феномена правового дуализма и, в частности, тот круг явлений, которые, не будучи правом в строгом юридическом смысле слова (или представляя собой даже антиправовой феномен), фактически составляли основу реальных отношений (отметим, что старая российская судебная практика так и не решила до конца проблему соотношения закона и обычного крестьянского права, по которому жила большая часть населения Российской империи). В современных условиях к числу таких устойчивых квази-правовых обычаев могли бы быть отнесены проявления коррупции, представляющие собой целостный (и по своему рациональный) механизм саморегуляции отношений бизнеса и бюрократии или контракт с наемным убийцей об устранении конкурента, которые не могут быть рассмотрены в суде. Данная система представляет собой некое параллельное праву собрание неписаных норм поведения и даже морали, которая традиционно противопоставляла праву справедливость. Наиболее последовательным выразителем этой анархической позиции был Л.Н. Толстой, а на практике ее реализовал Ленин, начинавший как адвокат, но искренне ненавидевший право и юристов.

Следует подчеркнуть, что негативная позиция в отношении суда разделялась в России не только массами, но и значительной частью интеллигенции. О «поразительном равнодушии нашего общества к гражданскому суду» писал Б.А. Кистяковский: «Широкие слои общества совсем не интересуются его организацией и деятельностью. Наша общая пресса никогда не занимается его значением для развития нашего права, она не сообщает сведений о наиболее важных, с правовой точки зрения, решениях его, и если упоминает о нем, то только из-за сенсационных процессов. Между тем, если бы наша интеллигенция контролировала и регулировала наш гражданский суд, который поставлен в сравнительно независимое положение, то он мог бы оказать громадное влияние на упрочение и развитие нашего правопорядка». Следствием становится особый взгляд на судебную власть: «Судья» не есть у нас почетное звание, свидетельствующее о беспристрастии, бескорыстии, высоком служении только интересам права, как это бывает у других народов. У нас не гарантировано существование нелицеприятного уголовного суда; даже более, наш уголовный суд иногда превращается в орудие мести».

В постсоветский период легитимность судебной власти оказалась даже ниже, чем во времена Кистяковского. Об этом говорят авторы концепции судебной реформы: «Судебное производство и перспектива сотрудничества с правоохранительными органами вызывают у населения не самые положительные эмоции. Мы не имеем суда, доступного населению, пользующегося его доверием и уважением. Суд над человеком должен быть вытеснен судом для человека». Интересно, что выход из ситуации они усматривали в обеспечении общественной функции правосудия, которая может быть реализована путем предоставления места в судебных залах «народному правосознанию». Отстаивая концепцию введения суда присяжных, они столкнулись с критикой, напоминавшей позицию дореволюционных консерваторов по этому вопросу: народное правосознание может оказаться антиправовым феноменом (например, вынесение оправдательных приговоров террористам и убийцам из ревности и осуждение религиозных сектантов или цыган-конокрадов). Эти аргументы идеалистов и реалистов лучше всего выражают дилемму современных судебных реформ, объясняя в то же время ограниченный объем легитимности судебной власти в целом.

В этой перспективе по меньшей мере наивно интерпретировать спрос на право исключительно как обращение в суд для отстаивания своих интересов по закону. Особенно в условиях, когда судебное разбирательство оказывается исходом спора лишь в минимальном числе случаев. Напротив, становятся понятны мотивы отказа от обращения в суд и равнодушия к нему. Чрезвычайно показателен пример скептического отношения к суду обоих сторон – истца и ответчика, а также победителей и побежденных. Это отношение не может быть объяснено (или может быть объяснено только отчасти) очевидными недостатками права и судебных институтов – противоречивостью законодательства, коррупцией, длительностью разбирательства, отсутствием квалифицированной юридической помощи и неэффективностью судебных институтов, т. е. всего того, что принято называть «доступом к правосудию».

Настоящее объяснение состоит в том, что обращение в суд в данном социальном контексте не является рациональным способом разрешения конфликта, а в известном смысле становится даже наименее эффективным из всех существующих способов, учитывая возможность утери даже тех минимальных прав, которыми индивид уже обладает если не юридически, то фактически. В конце концов, как говорил еще судья Оливер Холмс, человек живет не потому, что имеет на это право, но потому, что это ему интересно. Некоторые исследователи полагают, что это явление можно интерпретировать однозначно как правовой нигилизм населения. Мы не спешили бы с этим выводом. Его принятие означает, что большая часть современного человечества отторгает право.

До какой степени универсальна западная модель спроса на право. Исследователи, ограничивая сопоставление российской модели с западной, часто приходят к выводу об уникальности российского опыта. Между тем справедливо как раз обратное. В глобальной перспективе уникальной оказывается именно западная модель, в то время как российская имеет больше черт сходства со всеми обществами переходного типа, находящимися за пределами jus commune. Под западной моделью в самом общем смысле следует понимать здесь все те страны, правовая система которых развивалась под влиянием римского права, рационализма эпохи Просвещения, где в ходе революций нового времени был осуществлен переход к гражданскому обществу и обеспечены конституционные гарантии прав личности и частной собственности. Другая, российская, модель, напротив, наиболее четко выразила отношение к праву в традиционных аграрных обществах, столкнувшихся в новое и новейшее время с необходимостью модернизации и догоняющего развития. Речь идет об аграрных обществах Азии, Африки и Латинской Америки. Фундаментальным общим признаком для всех модификаций данной модели стал правовой дуализм, т. е. разрыв между традиционным обычным правом и новым позитивным правом, заимствованным государством с Запада и насаждавшимся (при активном сопротивлении населения) в целях рационализации и модернизации политической, военной и административной системы. Поскольку Россия встала на этот путь раньше других стран в ходе реформ Петра Великого, а конфликт двух типов права имел здесь наиболее острый характер (и не был разрешен даже в ходе Великой реформы 1861 г.), его осмысление приобрело концептуальный характер, найдя выражение в теоретических воззрениях государственной (юридической) школы права XIX в. Ее представители (К.Д. Кавелин, Б.Н. Чичерин, А.Д. Градовский, С.А. Муромцев) сформулировали целостную концепцию перехода от сословного общества к гражданскому, а единственным инструментом преобразований (в условиях отсутствия гражданского общества) справедливо считали государственную власть. Эти выводы выглядят вполне современно в контексте новейших дискуссий о гражданском обществе и спросе на право в развивающихся странах.

Существо конфликта в сфере аграрных отношений может быть определено как противостояние нового позитивного права и правосознания широких слоев населения. С одной стороны, система позитивного права находится в процессе становления, что подразумевает лакуны, противоречия и неопределенные положения в законах.

С другой стороны, правосознание (как явление социальной психологии) оценивает эти положения позитивного права, опираясь на устойчивые стереотипы аграрного мышления.

В принципе, возможно три типа отношений между позитивным правом и правосознанием общества: последнее может отставать от нового позитивного права (закрепленного в законах и потому неизменного); идти вровень с ним или обгонять его. Если разрыв между правосознанием и позитивным правом становится очень велик, то это может привести к дестабилизации социальной системы. При таком подходе ликвидация данного разрыва – важная задача реформаторов. Развитие права с этих позиций есть социальная селекция определенных норм и ценностей, закрепляемых в сознании и психике моральными санкциями позитивного и негативного характера.

Значительная часть населения в нашей стране, как известно, весьма настороженно относится к реформам – изменениям форм собственности, политических, административных и судебных институтов. Формирование правовых институтов предполагает выработку негативного отношения к одним типам поведения (ложь, кража, обман) и позитивного отношения к другим (уважение к исполнению заключенного договора, признание чужой

собственности, подчинение авторитету закона). Существует, таким образом, необходимость поддержания известного уровня соответствия между двумя составляющими общественного консенсуса.

Это заставляет переосмыслить европоцентристскую концепцию спроса на право. «Почему капитализм, – спрашивает Эрнандо де Сото, – триумфально шествует на Западе и более нигде?» Ответ на него он видит в том, что обеспечения формального правового статуса собственности и даже фактического обладания ею еще не достаточно для того, чтобы она функционировала в обществе в качестве собственности (становясь реальным объектом экспонирования на рынке недвижимости, купли-продажи, залога, акционирования и инвестирования). Он приводит примеры трудности реализации прав собственников в разных странах: на Филиппинах для оформления собственности требуется 170 операций, в Египте для приобретения у государства участка земли – понадобится 15 лет, в Перу – 70 % построек нигде не зафиксированы. Сходные данные можно привести по странам Восточной Европы и России. Для реализации прав собственности, в том числе возможности отстаивания права на нее в суде, он считает необходимым прежде всего наличие консенсуса по вопросу о самом правовом статусе собственности. В связи с этим он использует понятие «метаправа», которое расшифровывается как «право иметь право». Нам представляется, что это условие и составляет в конечном счете необходимую предпосылку реализации спроса на право. Эффективность такого спроса определяется не столько рациональными предписаниями имплантированного права, сколько его соответствием автохтонным представлениям о разумности и справедливости. В современной России можно говорить о различных типах правосознания, включающих весь спектр возможных красок и оттенков: клановые этно-конфессиональные обычаи горских народов, представления, унаследованные от идеологизированного советского права, интеллигентский нигилизм, наконец, чисто западное отношение к праву. Можно, следовательно, сделать вывод о неправомерности априорного подхода, плюрализме как мотивов спроса на право, так и представлений о политике права.

Представляется, что этим объясняются факты, вызвавшие недоумение западных исследователей. Среди них, во-первых, безразличие к некоторым важным законам и институтам (пример антимонопольного законодательства и антимонопольных комиссий, которых никто не заметил) и, напротив, лихорадочное использование других, менее важных (например, изменений в законодательстве, касающихся договорных отношений и позволяющих взыскивать штрафы за задержку платежей, которые начали использоваться столь активно, что их применение пришлось ограничить путем изменения толкования закона); во-вторых, такое их функционирование, которое не имеет ничего общего с изначальной целью (например, разрешение политического конфликта в виде спора хозяйствующих субъектов); наконец, в-третьих, очевидная количественная диспропорция судебных исков (преобладание дел, связанных с трудовым законодательством и вопросами сокращения штатов над всеми прочими и доминирование представителей конкретных социальных групп).

Данная практика спроса на право граничит с дисфункцией, поскольку социальный эффект применения законов либо равен нулю, либо диаметрально противоположен ожиданиям законодателей, либо может иметь такие последствия, которые ставят под сомнение программу экономической модернизации и сами правовые гарантии. Это значит, что общество («молчаливое большинство») проводит незримую селекцию законов, разделяя их на приемлемые для себя и неприемлемые. Первая категория («востребованных» законов) может использоваться для достижения чисто прагматических целей, вторая – просто отодвигается в сторону. Таким образом, законы, не востребованные обществом, даже продолжая формально действовать, отменяются фактически за их «неупотреблением». Является ли данная практика свидетельством спроса на право?

Спрос на право: определение содержания и масштаба понятия. Поскольку рамки дискуссии задаются принятыми терминами, необходимо определить их точное содержание. Прежде всего, дихотомия понятий спроса («demand for law») и предложения вызывает представление о гражданском обществе и рыночной экономике, основанной на незыблемости договорных отношений, закрепленных в праве и сознании. Это та интерпретация договора, которую М. Вебер выводил из протестантской этики и духа капитализма. Именно в данном

контексте выявляется связь предложения и спроса, появляется возможность эмпирического изучения этих явлений, например, с помощью статистики обращений в суд. Возникает, однако, вопрос о том, насколько эти понятия могут быть перенесены в другой социальный и культурный контекст без изменения их содержания? Существует ли вообще спрос на право и если да, то на какое право (позитивный закон или абстрактное чувство справедливости)? В каких формах этот спрос выражается в различных обществах? Тезис о существовании прямой корреляции между предложением и спросом на право в российской ситуации не может быть признан доказанным. Если «предложение» определяется рациональными нормами, заимствованными из западных правовых систем (где они также имеют свою специфику функционирования), которые были имплантированы без создания соответствующих механизмов реализации, то «спрос» – традиционным менталитетом населения, тем «метаправом», которое создает устойчивый общественный консенсус в отношении использования правовых норм. Отсюда – постоянное структурное напряжение между декларированными нормами права и реальностью, между обществом и государством по вопросам использования права. В этих условиях право и судебная система выступают как некоторая внешняя, навязанная сила, которая по многим параметрам отторгается традиционным сознанием.

Сложность понятия «спрос на право» в российском контексте проявилась в двух его трактовках в ходе дискуссии и различной (едва ли не противоположной) интерпретации одних фактов. Эти трактовки условно могут быть определены как узкая и широкая. Первая связывает спрос на право с самим фактом обращения людей в суд. Вторая определяет его как «совокупность взглядов и поступков в отношении права под влиянием исторического опыта, как индивидуального, так и общественного», выражающегося в «признании закона в широком смысле слова как средства защиты и поддержки собственных интересов». Оба подхода, на наш взгляд, имеют тот недостаток, что дают статичную интерпретацию важнейшего фактора – мотива обращения в суд. В первом случае вопрос о мотиве предполагается решенным a priori уже самим фактом обращения в суд (хотя этот мотив может быть в принципе отнюдь не правовым или даже антиправовым). Во втором случае этот мотив выводится из индивидуального и коллективного опыта, причем существует некоторая телеологическая презумпция того, что этот опыт всегда ведет именно к признанию закона как средства защиты. В этом случае объяснение напоминает порочный круг:

признание закона обществом приводит к использованию судебных институтов, а само это использование вырабатывает признание закона. Кроме того, эта теория не дает решения проблемы в тех случаях, когда (как это имело и имеет место в России) исторический опыт (как коллективный, так и, особенно, индивидуальный) как раз не сформировал признание закона как основного инструмента защиты индивидуальных прав.

Мы предложим третье определение: спрос на право есть осознанное (целерациональное, по веберовской терминологии) обращение к нему в ситуации, когда все другие способы разрешения противоречий оказываются социально менее эффективными. Преимущество этого определения состоит, на наш взгляд, в том, что оно позволяет, во-первых, констатировать наличие различных (в том числе иррациональных) мотивов обращения к праву и выявить среди них тот, который основан на сознательном отношении к праву (и закону) как инструменту разрешения противоречий; во-вторых, оно включает возможность разных трактовок самого права (как позитивного закона, так и представлений о том, каким он должен быть); в-третьих, оно вводит критерий эффективности обращения к праву в данной культурно-исторической среде. Этот критерий, в отличие от чисто прагматической его трактовки (как достижение успеха), включает более широкое понимание эффективности – означает быстрое, объективное и справедливое рассмотрение дела с точки зрения конкретного общества и даже различных его сегментов.

К системной теории отказа от права. Рассмотрим с этих трех позиций пример с обращением граждан в суд. Согласно первой позиции уже сам факт такого обращения свидетельствует о возросшем спросе на право. Другая позиция, совершенно справедливо обращая внимание на ограниченность такого подхода, допускает возможность обратной интерпретации. Кампания по обращению в суд, при такой интерпретации, может основываться

скорее на прежнем традиционном коллективистском менталитете, доминирующим мотивом может быть сохранение старых представлений уравнительно-распределительной психологии, движение поддерживаться одной политической силой в условиях острого конфликта ветвей власти, а суды могут разбирать иски не столько по правовым, сколько по политическим мотивам. В результате, мы имеем дело не с ростом спроса на право (если понимать его как защиту личных прав законом), сколько с обратной тенденцией – ретрадиционализации, выражавшейся в популистских действиях, конечным результатом которых могли стать ликвидация прав собственности и политических прав личности.

Наконец, из предложенного нами определения спроса на право вытекает, что ключевыми параметрами анализа данного явления должны быть признаны: соотношение правовых и внеправовых (экстраправовых, например, политических, экономических и т. п.) мотивов обращения в суд, причины, сделавшие судебное разрешение конфликта наиболее приемлемым в данных условиях, и, наконец, рациональность мотива обращения в суд. Даже если принять тезис о доминирующей роли материальных интересов и, следовательно, преобладании чисто экономического мотива, это еще не свидетельствует об уровне правосознания в широком смысле, но говорит, скорее, о рационализации разрешения экономических споров (могущей иметь место и вне изменения ценностного отношения к личным правам). Сходным образом должна решаться проблема рациональности и эффективности: если обращение в суд не связано с осознанным отношением к праву, или эффективность этого обращения вызывает сомнение, то в других обстоятельствах для решения проблемы могут быть использованы уже иные (неправовые) инструменты.

В рамках предложенного нами подхода необходимо анализировать каждый индивидуальный иск исходя из предположения, что доминирующие мотивы могут оказаться совершенно различны, включая в себя как реальный спрос на право, так и иррациональные политические установки.

При таком подходе основная исследовательская задача должна быть сформулирована обратным образом: необходимо выявить, прежде всего, мотивы отказа от обращения в суд в экстремальной ситуации конфликта и понять, какими социальными и институциональными причинами объясняется этот отказ. Нужна, следовательно, новая системная теория отказа от права или отложенного спроса на право.

2. Преступление и наказание: современные теории девиантности

В качестве одного из центральных разделов социологии права выступает криминология – наука о преступлениях и пенология – наука о наказаниях. Периодизация криминологических школ включает следующие направления: классическую школу XVIII–XIX вв., основой подхода которой, начиная с Ч. Беккариа (1), была юридическая квалификация преступления (И. Бентам и др.) (2); позитивистскую школу рубежа XIX– XX вв., отвергавшую юридический подход и выдвигавшую ряд других факторов биологического и социального характера (Ч. Ломброзо, Э. Ферри, Г. Тард) (3); собственно социологию права XX в., выдвинувшую ряд концепций нормы и санкции, природы социальной девиации, причин преступности и способов социальной защиты. В рамках этого подхода сформировалась современная криминология – дисциплина, выдвинувшая социологические теории преступления и наказания, а также представившая ряд конкретных концепций девиации и делинквентности (4).

Однако до настоящего времени отсутствует единое понятие преступления. Основные теории преступления, действующие в современной науке, можно классифицировать на общесоциологические и конкретные, подразделив их в соответствии с основным критерием, положенным их создателями в основу объяснения данного социального явления.

Теории преступления. Происхождение преступления выступает как одна из центральных проблем потому, что позволяет на значительном материале продемонстрировать подходы и методы социологии в изучении социального конфликта, причем как на макро-, так и на микроуровне. Все крупнейшие теории конфликта дали развитию криминологии определенную перспективу, а деятельность таких мыслителей, как К. Маркс, О. Конт, Э. Дюркгейм, Г. Зиммель, З. Фрейд, равно как и современные структурно-функциональные и антропологические

концепции стали отправной точкой различных позиций в криминологических спорах. Общесоциологические теории преступности возникли в рамках классических теоретических подходов и включают: теорию социальной патологии; конфликта культур; дифференциальной связи; социальной дезорганизации; опасного состояния; антропологические (биологические) теории.

Теория социальной патологии, восходящая к Э. Дюркгейму, связывает преступность с социальной и психической деградацией, вызванной изменениями фактов коллективного сознания – моральных и правовых представлений общества. Преступность, полагал он, «связана с основными условиями социальной жизни и именно в силу этого полезна, поскольку те условия, частью которых она является, сами неотделимы от нормальной эволюции морали и права» (5). Преступность, выступая против действующих в обществе запретов и стереотипов поведения, придает обществу гибкость при переходе от одной устойчивой системы права и морали к другой (механизм регулирования – через коллективное чувство). Там, где существуют преступления, заявлял он, «коллективные чувства обладают достаточной гибкостью для того, чтобы принять новую форму, и преступление подчас помогает определить, какую именно форму примут эти чувства. Действительно, сколь часто преступление является лишь предчувствием морали будущего, шагом к тому, что предстоит» (6). Преступность в обществе выполняет ту же роль, что боль – в живом организме. Она есть симптом болезненного изменения, но не его причина. Поэтому она неустранима совсем, но нуждается в систематической профилактике – наказании.

Теория социальной патологии искала ее корни в таких параметрах социальной стратификации, которые создавали предпосылки для отторжения определенных групп и индивидов от доминирующих социальных норм и ценностей. Г. Тард говорил, что преступники – «социальные экскременты», а если в их число попадают лучшие люди (как аристократия или интеллигенция), то это говорит лишь об отторжении обществом лучших слоев и, следовательно, о его болезни. Данный подход был положен в основу сравнительного изучения преступности (7). Поэтому различные концепции социальной дифференциации видят источник социальной патологии в тех конфликтах интересов (и соответственно – поведенческих ориентаций), которые они определяют как доминирующие для данного типа общества – экономических, социальных, расовых, профессиональных и проч. Мы, говорит один из главных представителей данного подхода Э. Лемерт, начинаем с идеи, что лица и группы являются дифференцированными по различным путям, некоторые из которых завершаются социальными наказаниями, отвержением и сегрегацией. Эти наказания и сегрегативные реакции общества или общины являются динамичными факторами, которые повышают, понижают и обусловливают форму, которую приобретает первоначальная дифференциация или девиация. «Этот процесс девиации и социальной реакции с ее структурными и содержательными результатами может изучаться одновременно в его коллективных и дистрибутивных аспектах. В первом случае мы сталкиваемся с социопатической дифференциацией, а во втором – с социопатической индивидуализацией» (8).

Систематическая девиация предстает как субкультура или как система поведения, сопровождаемая специальной социальной организацией и формализованными статусами, ролями, моральными установками и моралью, отличной от более широкой культуры. Среди членов девиантной группы развивается известная профессионализация поведения, наряду с ремесленной гордостью, сходной с той, которую можно найти у интегрированных групп занятости. Неформальный и формальный социальный контроль функционирует в направлении обеспечения конформности со стороны девиантов внутри самой девиантной группы (получается своего рода «девиантность в девиантности»). Иными словами, в преступном сообществе представлены все характеристики любой социальной группы. Главными факторами, обусловливающими существование системы поведения, являются «степень девиации в поведенческом ядре, масштабы дифференциации девиантов, а также размеры и природа неодобрительной социетальной реакции на них» (9). Исходя из этого рассматриваются такие модели девиации (или социально-патологического поведения), которые основаны на физических или психических отклонениях (слепые, люди с речевыми дефектами и люди с умственным расстройством), социальной деградации (проститутки, преступники, алкоголики),

и появление девиантных субкультур, вынашивающих проекты политического переустройства (радикалы, анархисты, коммунисты).

В более модернизированной форме теория патологии пытается комбинировать социальный и биологический компонент, выводя отклонение от нормы преимущественно из социальных факторов. В начале XX в. данная интерпретация преступности была представлена в Германии идеями Ф. Фон Листа (10). Она присутствует и в современной криминологии: «Преступление, – говорит Фокс, – это признаваемый правом симптом социальной или личностной патологии, при которой индивид причиняет ущерб группе. Нанесен ущерб группе или не нанесен, определяется тем, какое поведение в группе считается приемлемым, а какое – неприемлемым» (11). Преступность – социально-политическое событие, а не клиническое состояние. Закон определяет его как поведение, отклоняющееся настолько, что оно наносит ущерб обществу и поэтому заслуживает применения правовых санкций. Но это не болезнь. Поэтому к преступлению возможны различные подходы.

При объяснении патологических отклонений концепции аномии, отчуждения, идентификации и идентичности рассматривают вопросы соотношения мировоззрения индивида с существующей в обществе системой ценностей. Конфликт ценностей, с точки зрения структурно-функциональной школы, становится следствием социальной ситуации, в которой имеет место противоречие между нормами или нормы отсутствуют вовсе. В результате личность сталкивается с противоречивыми нормами, что ведет к социальной дезорганизации. Она выражается прежде всего в трудностях социальной идентификации. Под идентификацией подразумевается принятие ролей в рамках конкретных групп (расовые, этнические, профессиональные, семья, партия, шайка и проч.). Идентификация – отождествление индивидом себя с этой группой. Идентичность – это попытка личности выразить свои уникальные свойства. Поэтому теория преступности как социальной патологии оказалась связана с другими направлениями постольку, поскольку их интересует соответствующая «патологическая» или криминальная идентификация личности, в основе которой могут лежать различные факторы – от экономики и религии до биологической предрасположенности.

Теория конфликта культур является другой наиболее общей концепцией объяснения преступности. Она основана на идущем от Г. Зиммеля представлении о конфликте как форме взаимоотношения в обществе (12). Содержание конфликта может быть различно, но форма его выражения – одна. Данный подход открывает возможность типологизации конфликтов по уровню их разворачивания и социальным факторам – столкновение интересов, самозащита групп, проверка преданности; нейтрализация (человек способен освободиться от привитой в детстве морали, чтобы оправдать свое делинквентное поведение); вектор (колебание между делинквентным и законопослушным поведением); параметры регулирования (соотношение внешних и внутренних импульсов, побуждающих к делинквентному или законопослушному поведению); вовлеченность или принадлежность к референтной группе (это та группа, на которую человек ориентируется и которая служит ему эталоном, независимо от его желания принадлежать к ней). Отправной точкой в конфликте культур признается устойчивая норма поведения и типичная реакция на него. Это предполагает выяснение того, что в данной культурной среде принято считать нормальным или ненормальным (асоциальным) поведением и какова должна быть ожидаемая реакция на него. В свою очередь нормы, определяющие поведение, зависят от социальных ценностей сформировавшей их группы.

Конфликт между нормами различных кодексов культуры, говорит Т. Селлин, может возникнуть в трех случаях: во-первых, когда эти кодексы сталкиваются на границе смежных культурных зон; во-вторых, когда, как это может случиться с юридическими нормами, право одной культурной группы распространяется на территорию другой группы; или, в-третьих, когда члены одной культурной группы переходят в другую группу» (13). Природа этого культурного конфликта интерпретируется по-разному с биологической, психологической и социологической стороны, но форма проявления конфликта остается сходной.

Теория конфликта культур (концепции Т. Селлина, Р. Куинни, В. Чамблисса и Г. Волда) разрабатывается в современной науке на материале различных форм девиации и преступного поведения, связанных с трудностями лиц, принадлежащих к одной культуре, адаптироваться в другой (например, в результате миграций) (14). В этом контексте она часто дополняется

методами интеракционизма, рассматривающего преступление с бихевиористской точки зрения, – как определенный тип взаимодействия (например, в группе эмигрантов или мафии) (15). В. Томас определял его с точки зрения социальной психологии как акцию, которая антагонистична по отношению к солидарности той группы, которую индивид рассматривает как свою собственную (16). С этих позиций в центре внимания Чикагской школы находились городские районы, бедность, организованная преступность. Концепция промежуточных городских районов, неблагоприятных в экономическом отношении, также может интерпретироваться с точки зрения конфликта культур. Теория конфликта культур очень часто становится доминирующей при объяснении преступности, связанной с проявлениями национализма и расизма. Например, немецкий криминолог иллюстрирует ее таким феноменом, как «ненависть немцев к иностранцам» (17).

Данный подход приводит к выводу об относительности понятия «преступления»: его смысл меняется при переходе от одной культуры к другой; он может быть различен в разных государствах (действие, признаваемое преступным в одном государстве, в другом не является таковым); наконец, он меняется с течением времени в рамках изменения соотношения позитивного права и морали (действия, ранее подпадавшие под санкции уголовного закона, перестают быть преступлением в дальнейшем).

Теория дифференциальной связи испытала влияние теории подражания Г. Тарда, пытавшейся связать преступность с распространением определенных стандартов поведения. Криминология, считал он, не что иное, как часть социологии. Ее предмет – исследование распространения преступлений. Данное распространение определяется законами изобретения и подражания. Совершение одного преступного акта еще не говорит о преступности как социальном феномене. Последний становится возможен в результате передачи соответствующих стереотипов поведения на расстоянии. Социальным носителем криминальной культуры становятся толпы – самопроизвольно зародившиеся организации, психологически подготовленные к восприятию деструктивных идей. Достаточно одной «искры страсти», кем-нибудь брошенной в эту наэлектризованную смесь, как возникает особый характер связей между составляющими ее индивидами: «Бессвязность превращается в связь, шум в голос, и тысячи сплотившихся людей превращаются вскоре в безымянного и чудовищного зверя, с непреодолимым упорством идущего к своей цели» (18). Проводником этой социальной энергии становится эффект взаимного подражания (социальной моды, переходящей в традицию), основанный на сходстве убеждений, причем по мере распространения и частоты воспроизводства стереотипов происходит усиление интенсивности данного подражания. Гладиаторские бои в Риме привели к культу насилия, восторжествовавшему в период террора Французской революции, а последний – привел к многократным повторениям грабежей и убийств в Европе последующего столетия, причем каждый раз их инициаторы ссылались на опыт «великих предшественников». Технические средства распространения информации еще более усиливают эту тенденцию: «Заразные эпидемии переносятся с тучами и ветром, эпидемия преступлений передается по телеграфу» (19). В результате, один преступный акт (например, насилие в столичных центрах) может породить целую волну подобных действий в провинциях, приведя к революции и свержению власти.

В завершенном виде теория дифференцированной связи представлена Э. Сатерлендом (20). Социальная дезорганизация ведет к конфликту культур, который в свою очередь порождает дифференцированные связи. Вступая в контакты с другими людьми, полагал он, индивид подвергается воздействию различных социальных ценностей и моделей поведения. Их усвоение происходит во взаимодействии с индивидами в определенной форме общения: специфическому направлению мотивов, побуждений, рациональных объяснений и установок, будь то в сторону преступного или антипреступного, учатся у лиц, которые рассматривают юридические кодексы как свод подлежащих соблюдению норм, и у лиц, установка которых благоприятствует нарушению юридических кодексов. «Лицо становится делинквентом в результате преобладания у него оценок, благоприятствующих нарушению норм права, над оценками, не благоприятствующими нарушениям норм права» (21).

Какие же факторы определяют в конечном счете выбор преступного поведения? Ими признавались традиционно экономическая деградация, неудовлетворенность индивида своим

социальным статусом, психическая или биологическая предрасположенность, влияние преступной среды. На деле, как показывают эмпирические социологические исследования, возможно взаимодействие всех этих факторов или, наоборот, их полное отсутствие. В этом контексте принципиальное значение имела концепция «беловоротничковой преступности», главная особенность которой заключается именно в том, что ее носителями выступают привилегированные лица, уже располагающие всеми возможными благами. В исследовании по этой проблеме Сатерленда опровергается распространенное мнение о связи преступности с экономической деградацией и бедностью. Автор показывает, что наряду с обычной преступностью (ее традиционными видами), в которой преобладают низшие слои, существует и так называемая беловоротничковая преступность – различные нарушения закона и манипулирование им со стороны крупных корпораций.

Данный вид преступности определяется как преступление, совершенное респектабельным лицом, имеющим высокий социальный статус (что исключает представителей обычного криминалитета) в рамках его профессиональной деятельности (что исключает обычные уголовные преступления). Корпорации могут захватывать бизнес конкурентов; вступить в сговор между собой по разделу рынка; они могут заимствовать технологии нарушения права друг у друга с целью обеспечения максимальной конкурентоспособности (происходит «диффузия нелегальных практик», которая объясняется дифференциальной ассоциацией). Поскольку бизнес ставит целью максимизацию прибыли, все возможные методы увеличения прибыли, в том числе технологии нарушения и обхода законов, быстро заимствуются конкурентами. Если ранее корпорации стремились к технологической эффективности (в рамках идеи свободной торговли), полагал американский криминолог, то позднее они все более стали обращаться к манипулированию сознанием потребителей, пропаганде и лоббированию. Вообще их идеология и политика в условиях конкуренции получила вполне макиавеллистический характер (22).

Этот вид преступности, как показали последующие исследования (в том числе из истории российской приватизации), опасен, во-первых, своими огромными размерами (они наносят вред экономике значительно больший, чем обычные виды преступлений), во– вторых, оборачивается еще большим моральным вредом для общества (он ведет вообще к деградации правового сознания и уважения к закону), и, в-третьих, тем, что данные преступления очень трудно раскрыть и преследовать. Существует система социального лицемерия, при которой данные действия трактуются не как преступления, но как отклонения от права; их инициаторы способны блокировать рассмотрение дел на разных уровнях (вплоть до высшей законодательной и судебной власти); наконец, в-четвертых, если дело доходит до суда, то ответственности подвергаются корпорации (юридические лица), а не конкретные индивидуумы (физические лица), и процесс ведется в рамках гражданского, а не уголовного права (как это имело бы место в случае совершения подобных преступлений индивидами).

Теория дифференцированной связи подвергалась критике по следующим направлениям: если говорить об усвоении (и подражании), то усваивается скорее неделинквентное, нормальное поведение (23). Делинквентность поведения не усваивается, но возникает естественным путем. Поэтому остается нерешенным вопрос о том, что именно определяет склонность индивида к вступлению в преступное сообщество. Наконец, подчеркивается, что определяющим фактором делинквентности является квалификация соответствующего действия в законе. Если она отсутствует (как, например, это было в случае корпоративных преступлений), то действие не может быть признано преступным даже в том случае, если присутствуют все остальные параметры преступления.

Теория социальной дезорганизации (концепции структурно-функциональной школы, Н. Лумана, С. Коэна, Р. Клауорда и Л. Оулина) отталкивается от понятия аномии (отсутствия нормативного регулирования или его противоречивости) (24). Р.К. Мертон выдвигает следующую гипотезу: определенные параметры социальной структуры порождают обстоятельства, при которых нарушение социального кодекса является «нормальным» ответом на возникающую ситуацию. Суть конфликта представлена Мертоном следующим образом. Существование в обществе доминирующих и навязываемых индивиду стандартов успеха вступает в очевидное противоречие с возможностью их эффективного достижения законными

путями. Общественные требования, предъявляемые к лицу в данной ситуации, оказываются несовместимыми, а возможно и взаимоисключающими. С одной стороны, существует социально одобряемая установка на достижение индивидом успеха, закрепленная в соответствующих культурных ценностях и символах (ориентация поведения в направлении накопления богатств); с другой – социальная структура общества жестко ограничивает доступ к легальным средствам овладения этими символами для большей части населения. Отсутствие координации целей и средств ведет к аномии (и действию принципа – «цель оправдывает средства»). Следствием становится вытеснение законных (но неэффективных) практик незаконными (но более эффективными). Результатом такой структурной непоследовательности является формирование конфликта идентичности, следствием которого может стать антисоциальное поведение и даже революционная деятельность. «Равновесие между определяемыми культурой средствами и целями, – полагает Мертон, – становится весьма неустойчивым по мере того, как усиливается акцент на достижение имеющих значение для престижа целей любыми средствами» (25).

Концепция социальной дезорганизации (широко используемая в криминологии) вызывала критику по следующим параметрам: в ней отсутствует точное определение понятия социальной дезорганизации; концепция часто включает этические (ценностные) параметры, вступающие в противоречие с ее полезностью в качестве аналитического инструмента; констатируется невозможность эмпирической проверки гипотез; отсутствие объяснения содержания делинквентного поведения или причин конфликтности стандартов. Две теории – социальной дезорганизации и дифференциальной связи – характеризуются взаимодополняемостью и противоречивостью. Социальная дезорганизация может проявиться в двух формах – в форме отсутствия стандартов (аномия) или в форме конфликта стандартов (связанных с различными параметрами дифференциальной связи). В рамках данного подхода представлены описания конфликтов стандартов, но отсутствует объяснение генезиса конфликтов.

Теория опасного состояния, основоположником которой принято считать Р. Гарофало, ставит в центр конфликт подсознания и сознания как основу неврозов, ведущих к девиантному и делинквентному поведению. Гарофало развивал концепцию естественного преступления и определял его как нарушение превалирующих чувств сострадания и честности (26). Обращение к ней предполагает использование достижений таких дисциплин, как психоанализ, психология, судебная психиатрия, виктимология. Все они, однако, могут быть использованы только в ограниченной мере. Вклад психологии незначителен в силу отсутствия достаточной доказательной базы ее выводов (в настоящее время ее использование возможно по линии психодиагностических и психометрических методов, особенно в диагностике методом тестирования). Психологические подходы, не создавшие своих теорий преступности, в отличие от социологов, используют, как и они, тестирование, экспериментальные методы – изучение поведения, гештальт-психологию, клинический подход (оценка эмоциональных конфликтов и попытка их разрешения).

Психоанализ с его стремлением понять преступника в его душевной детерминированности вступает в конфликт с уголовной юстицией, не способной рассматривать преступника с гуманистической точки зрения исключительно как пациента. В то же время он пытается объяснить логику цикла – «порочного круга», который возникает из невротического стремления к власти, престижу и обладанию: «тревожность, враждебность, снижение самоуважения; стремление к власти; усиление враждебности и тревожности; отвращение к соперничеству (с сопутствующими ему тенденциями принижать себя); неудачи и расхождения между потенциальными возможностями и достижениями; возрастание чувства собственного превосходства (со злобной завистью); усиление представлений о собственном величии (со страхом зависти); возрастание чувствительности (и возобновление склонности избегать соперничества); рост враждебности и тревожности, которая вновь запускает этот цикл» (27). Изучение структуры невроза приводит к выводу, что мотором, запускающим весь невротический цикл, является тревога и выстраивание индивидом защитных механизмов против нее. Одним из проявлений невроза может стать склонность к насилию (28).

В этом контексте происходит обращение к наблюдениям этологии – научному направлению, изучающему биологические факторы поведения, в частности, к сравнению

инстинктивных и наследственно передаваемых поведенческих реакций высших позвоночных животных и человека. Констатируется их сходство в таких областях, как страх, агрессия, борьба за места на иерархической лестнице, территориальные притязания, половые отношения (29).

Судебная психиатрия, которую определяют как «ядро криминологии», представляет собой дисциплину о душевных болезнях, связанных с ними отклонениях и их преодолении. Ее вклад состоит в определении вменяемости и социальной опасности при решении вопроса о помещении лиц в психиатрические учреждения. Психологический и психиатрический анализ преступления возможен с позиций жертвы, что пытается выяснить виктимология – особое направление, теоретические основы которого оформились в работах Х. Хентинга (30). С чисто этимологической точки зрения виктимология (victimology) происходит от латинского слова – victima и греческого корня – logos. «Жертва» имеет два основных значения: первое – живое создание приносится в жертву божеству или предлагается во исполнение религиозного ритуала. Второе значение использует криминология и близкие области. Это лицо, страдающее, пораненное или разрушенное действием другого при достижении объекта или цели, для удовлетворения страсти или в результате событий или обстоятельств. Основные вопросы данного направления исследований: определение масштабов и границ дисциплины – занимается она только жертвами преступлений или вообще всеми жертвами, независимо от источников, природы и степени их виктимизации; создание значимой типологии жертв – важного инструмента для дальнейших исследований; роль жертвы в юридическом и судебном понимании; отношения преступи ика-жертвы, в частности с точки зрения уголовных преступлений; наконец, вопрос о том, как улучшить реакцию общества в отношении жертвы – должны это быть компенсация, гарантии, предотвращение или лечение. Затрагивается вопрос о преступнике как жертве (общества, обстоятельств и проч.) и превращении жертвы в преступника. Вопрос о том, как истеблишмент виктимизирует членов общества за рамками уголовного права. Все это, как полагают представители данного подхода, важно в обществе, где «честность сама начинает рассматриваться как патологическая аномалия» (31).

Антропологическая (биологическая) теория – в первоначальной трактовке связывала преступление с врожденными и наследственно передаваемыми биологическими свойствами организма. Данная теория претерпела определенную эволюцию в момент создания. В 1897 г. Ломброзо выдвинул теорию «прирожденного преступника» (32), затем – ключевыми параметрами объяснения последовательно становились – атавизм; дегенерированность и эпилепсия; умственная неполноценность; психическое заболевание; наконец, за традиционными психиатрическими объяснениями последовали психо-аналитические концепции предрасположенности к преступлению в результате формирования комплекса вины.

Критика классического ломброзианства времени его возникновения подчеркивала метафизический характер данного учения, утверждающего, что люди с определенными физическими данными во все эпохи и во всех социальных условиях стали бы преступниками.

Ч. Ломброзо, по мнению его критиков (например, Г. Тарда), стремился отыскать единое объяснение для всех возможных форм преступности – связать кровными узами холодную жестокость «породистого» убийцы, действующего без страха и угрызений совести; исступление помешанного, рыдающего над совершенным убийством; губительную вспышку виновного в преступлении по страсти или в состоянии опьянения; несчастное заблуждение фанатика или маттоида; профессиональную рутину случайного вора, попавшегося в рецидиве; безнаказанное злодейство скрытого преступника, бандита – государственного чиновника, этого «привилегированного представителя эпохи равенства, или придворного временщика, смотря по форме правления» (33). Френология, физиогномика, графология становились отправной точкой для конструирования аутентичного «преступного типа». Однако, даже по мнению критиков, вклад биологической теории в криминологию оказался очень значителен, поскольку она впервые обратилась к таким параметрам социологического изучения преступности, которые ранее полностью игнорировались, например, психология, физическая антропология (измерение черепов), язык, татуировка, антропофагия, сравнение с дикими народами, возможность типологизировать характеры преступников.

В целом, теория преступления развивалась от биологии через психологию к социологии. В настоящее время социологические и социально-психологические концепции преступности

получили преобладание, однако деление на биологические, психологические, психопатологические и социологические теории остается одной из самых известных классификаций. В разное время антропологическая теория делала акцент на достижения таких наук, как биология, география (влияние погоды, климата, луны), экономика (причины концентрации делинквентов в определенных регионах), физиология и эндокринология, нейрохирургия, анализ умственного развития. Эти исследования сопровождались сопоставлением биометрических и социометрических данных, анализом взаимодействия различных факторов – экономических, расовых, возрастных и проч. В соответствии с полученными выводами выдвигались различные концепции пресечения преступности – от смертной казни до медицинского обслуживания, в ряде случаев особые методы хирургического вмешательства (например, кастрация для насильников). В настоящее время возрождение интереса к теории происходит в условиях процесса генной инженерии (в частности, попытки выявить хромосомы преступности) (34).

Критика антропологической теории Ч. Ломброзо и последующих криминологов этой школы была связана прежде всего с ее стремлением выдвинуть один фактор (биологический) в качестве решающего, отбросив действие всех остальных; трудностями в разграничении таких явлений, как индивидуальная и массовая преступность (в частности, феномен преступных толп); недостатками эмпирической проверки выводов, а также известной тенденциозностью выводов данного направления.

Общесоциологическим теориям преступности (на макроуровне), в принципе, соответствуют теории, объясняющие данный феномен с собственно криминологической точки зрения (на микроуровне). Вторая группа теорий может быть подразделена в соответствии с их практической направленностью на выяснение структур, конфликтов и механизмов действия преступных сообществ.

В первую категорию могут быть отнесены теории, подчеркивающие структурные основы феномена преступности и усматривающие возможность ее преодоления соответственно также в структурных факторах. К ним относится теория уменьшающих преступление человеческих ценностей, которая связывает преступление и борьбу с ним со степенью нравственного просвещения. Этой позиции соответствуют формулы преступления, разработанные Ф. Листом и Е. Мецгером (35). Преступление является продуктом сочетания окружающей среды и индивидуального предрасположения личности и условий, способствующих преступлению. Опираясь на гуманистический пафос теории естественного права и просветительский альтруизм, данная теория рассматривает преступление как продукт несовершенства социальной системы, а основной инструмент исправления ситуации видит в воспитании общества, внедрении новых нравственных понятий, формировании личности. Теория субкультур продолжает структурную логику, стремясь выявить социальные и ценностные параметры, способствующие интеграции индивидов в определенные субкультуры. Теории субкультуры включают следующие параметры: человек развивается в группе равных себе, у членов которой есть устойчивая система ценностей, отличающаяся от системы ценностей, существующих в большом обществе. Порожденные обществом отверженные, изгои объединяются и создают девиантную субкультуру, обеспечивающую социальную поддержку для преступного поведения (неуспех в существующей системе статусов; собственная система статусов как противоположность официальной; поддержка делинквентного дрейфа – переменной величины, выражающей взаимосвязь между неуспехом в системе статусов и делинквентностью). Наконец, теория контроля (концепции Д. Матзы, Т. Хирши, В. Реклесса) (36) связывает участие или неучастие индивида в преступлении со степенью его социальной интегрированности и эффективностью систем социального контроля. Согласно данной теории, индивид испытывает множество соблазнов, влекущих его к выгодному преступлению. Он не совершает его в силу существования социального контроля, ключ к пониманию которого включает четыре параметра – привязанность (эмоциональная близость, личные обязательства); приверженность (рациональный компонент социальной связи, который индивид рискует потерять в случае делинквентного поведения); ангажированность (участие индивида в конформной деятельности); убежденность (признание установленных в обществе норм и желание следовать им) (37).

Другой подход выдвигает конфликтную модель преступности, исходя из этого стремится предложить способы разрешения конфликта. К теориям этого типа относятся прежде всего теории, релятивизирующие само понятие преступности, определяющие ее как неустойчивый социальный феномен, способный колебаться под воздействием внешних факторов. Все эти подходы базируются на общих теориях социальной дезорганизации. Сюда относится теория возможностей (Р. Мертон, Л. Оулин) (38). Происхождение преступного поведения усматривается в конфликте между усвоенными индивидом общепринятыми целями (например, достижением материального успеха в Америке) и отсутствием легитимных средств их достижения. В результате происходит обращение к нелегитимным средствам. Другая теория того же ряда – теория обучения. Преступление – это выбор, делаемый правонарушителями в том случае, когда последствия преступления оцениваются ими как более предпочтительные в сравнении с последствиями другого действия. Это происходит, когда представления, благоприятствующие нарушению закона, преобладают над представлениями, не благоприятствующими этому. Решающее значение имеют при этом представления, усваиваемые в социальных группах (члены которых связаны тесными отношениями). Трансляция криминального знания идет через субкультуры: итальянская мафия, британские бритоголовые, японские ямагучи гуми, американские «ангелы ада», индийские банжары, новозеландская «банда дворняжек», китайские «триады», новогвинейские мошенники – есть такие транслирующие субкультуры. Сюда относится и теория восстановительного стыда Дж. Брейтуэйта: внушение чувства стыда является формой социального контроля и рассматривается как предупреждение правонарушений. Механизм его действия состоит в том, что индивид гораздо больше боится потерять уважение своего ближайшего окружения, нежели отдаленных властных структур (39). В основу этой теории положен японский опыт, исследователи которого подчеркивали социально-культурные факторы: к ним, помимо социальной структуры и психологии, относилась особая присущая японцам логика взаимоотношений – «подчеркнутое чувство стыда и достоинства, требование самоотречения и самовоспитания, ценностные ориентации, вызывающие не соперничество в обществе между своими и чужими, а сочувствие и гармонию»; «чувство солидарности и взаимной заинтересованности», которое проявляется в основном среди жителей сельской местности и старых городов; традиционный характер «взаимоотношений родителей и детей», выражающийся в стандартах внутрисемейной дисциплины, психологической зависимости и чувстве вины. Найти эмпирическое подтверждение влияния этих стереотипов национальной культуры на ситуацию с преступностью достаточно трудно, однако, рассматривается как аксиома, что надлежащее функционирование локального общества является эффективным средством предупреждения преступного поведения, прежде всего молодежи, а также предупреждения рецидива (40). Коммунитарность выступает как основа теории умеряющего стыда: плотно переплетенные отношения взаимозависимости, взаимные обязательства и доверие, основанные на чувстве верности группе, но не на индивидуальных удобствах и выгоде, уменьшают шансы совершения преступления. Напротив, упадок коммунитарности, становящийся следствием урбанизации, становится фактором, усиливающим социальную атомарность и ведущим к ослаблению социального контроля над девиацией и преступностью. В традиционном обществе восстановительный стыд (перед родственниками, соседями, сослуживцами) значит больше, чем формальная ответственность перед официальными государственными структурами. Основной способ воздействия на индивида поэтому не судебные решения, а осуждение, выраженное в сплетнях и слухах. Данная модель существует и работает в Японии. Чувство стыда разделяет с индивидом коллектив: семья, компания, школа, в особенности – глава организации.

Третий подход, остающийся наиболее интегративным до настоящего времени, выражается в теории стигматизации (Labeling approach). Согласно данной теории (теории Г. Беккера, Р. Эриксона, Е. Шура, в частности его исследование «преступления без жертвы», а также последующие доктрины так называемой критической криминологии): ничто не является преступлением, н о общество определяет некоторые поступки как преступные и клеймит их, человек становится преступником потому, что его поведение признано таковым в результате стигматизации, осуществляемой системой уголовной юстиции (41). Девиантность – не свойство деяния, а последствие применения норм и санкций, которыми человека клеймят как девианта.

Смысл теории: определяя индивида как преступника (с последующим остракизмом), общество стигматизирует его – наклеивает на него ярлык, что вольно или невольно ведет к принятию им на себя этой роли. Эта практика, однако, не учитывает латентной преступности, которая достаточно велика, но не признается таковой только потому, что эти преступления остаются не раскрыты. Вывод – в релятивизации карательных мер и необходимости либерализации уголовной системы. Интересно, из всех западных теорий в японской криминологии «прижилась лишь теория стигматизации (или «клеймения»).

Придавая важное значение процессу «клеймения» индивида как субъекта с отклоняющимся поведением, эта теория дает возможность воспринимать преступника не в свете заданных правовых норм, а с точки зрения динамичных общественных отношений. Под ее воздействием сама деятельность правоохранительных органов стала объектом криминологических исследований, а требования депенализации стали выдвигаться и в плане уголовной политики» (42). Таким образом, усиление контроля и уголовной репрессии, согласно данному подходу, лишь усиливает отторжение части общества и невозможность для нее восстановления.

Все криминологические теории преступности – это своего рода теория рационального выбора наоборот, т. е. описание ситуаций, когда происходит одно из трех – либо осуществленный выбор не является рациональным, либо он рационален, но тогда он не является социальным, поскольку преследует антисоциальные цели, либо, наконец, существенное значение имеет не сам выбор, а последующие формы самореализации преступной личности. Существо проблемы – социальный запрет (выражаемый нормами позитивного права) и стремление преодолеть его: в чем причины этого стремления (является ли оно социально, психологически или биологически детерминированным); в какой мере это стремление связано с несовершенством самих правовых норм (например, их окостенением и противоречием жизни), а в какой – с индивидуальными амбициями преступников; наконец, почему, добившись преодоления определенных норм, победители (бывшие делинквенты) создают новые, подчас более жесткие? В конечном счете, все эти теории (даже в их сочетании) недостаточно объясняют взаимодействие таких факторов, как любопытство, инстинкт (в частности, инстинкт подражания), формы социальной девиации и социального контроля (в частности, наказания).

Теории наказания. Периодизация школ теории наказания соответствует общему развитию криминологии, она включает – классическую теорию (от Ч. Беккариа до начала XX в.), которая считала, что наказание ставит преступника перед выбором, поскольку позволяет ему калькулировать пользу и вред от преступления; неоклассическую (считала классическую теорию в принципе верной, но вводила исключения – лунатиков и т. п., которые не могли рационально выбирать); позитивистскую (или социологическую школу, которая ставила задачей выявление факторов преступности, отводя на начальном этапе существенную роль антропологии и биологии).

Классические теории наказания не утратили своего значения: это теории – возмездия (retribution), устрашения (deterrence), исправления (rehabilitation) и интегративная (integrative theory) (43). Первая из них отстаивает желательность карательного ответа преступнику, утверждая, что пунитивная (карательная) реакция есть боль, которую преступник заслуживает; что весьма желательно создать условия для правильного коллективного выражения естественной воли общества на реакцию по отношению к нарушению уголовного закона. В пользу этого подхода его сторонники выдвигают наказание как защиту уголовного закона, что помогает объединить общество против преступления и преступников. Это возмездие в подлинном значении слова, которое придает смысл понятию преступника, поскольку именно этот аспект нашего ответа преступнику помещает его на более низкий статус по сравнению с законопослушными гражданами. Противники данного подхода всегда указывали на его сходство с местью (принцип талиона).

С течением времени, с эволюцией теории нравственности, выдвигались различные обоснования теории возмездия. Во-первых, апелляция к институтам в широком смысле: для решения вопроса о том, является ли данный тип деятельности хорошим или плохим, долгом и проч., нужно не рассуждать, а просто «увидеть» ответ (так считает большинство современных

теорий, принадлежащих к этой группе). Во-вторых, возможна фактическая калькуляция общего количества удовольствия и боли, которые связаны с этой акцией (гедонистический утилитаризм в стиле И. Бентама). В– третьих, это обращение к тому, что поведал Бог через Откровение (исходя из того, что добро – это то, что угодно Богу) (телеологизм); или соотнесение с мнением об этом (т. е. о божественной воле) большинства общины (теория о том, что мораль есть социальный договор) (контрактуализм); или простая констатация того, что сам говорящий принимает или осуждает и хочет, чтобы другие думали также (субъективизм). В– четвертых, установление того, соответствует ли действие человеческой природе и конечному назначению человека: это установление проводится путем изучения нашего внутреннего интуитивного отношения к действию и рассуждению исходя из того, что мы уже знаем о человеческой природе и предназначении (томистская теория). В-пятых, проверка того, насколько действие согласно с нравственным законом или истинными моральными правилами исходя из набора специфических критериев различного рода, предоставляемых общей философской теорией (Кант) (44). Теория возмездия включает ряд оговорок: возмездие (как распределение боли) должно рассматриваться в культурном контексте. Карательный ответ и его интерпретация относительны во времени и месте. Для этой теории существует проблема, как измерить жестокость наказания: понятие боли изменяется со временем, кроме того, определенное наказание может иметь различный смысл для разных людей. Наконец, данная теория признается негуманной (поскольку оправдывает жестокие наказания).

Вторая теория – устрашение. Она была развита классической школой криминологии в течение XVIII и начала XIX вв. и видела основную цель наказания в достижении большего счастья для наибольшего числа людей. Устрашение рассматривается как путь достижения этого условия. Теория устрашения берет свое начало из рационального взгляда на человека как такого создания, которое в принципе стремится к поиску удовольствия и избежанию боли. Прагматическая цель теории – поступать с преступником таким образом, чтобы это послужило уроком для последующих правонарушителей. Для этого упор делается на назначение соответствующего наказания, его четкую математическую калькуляцию, это наказание должно быть ни больше, ни меньше того, что необходимо для удержания потенциального преступника от совершения преступления (45). Центр тяжести системы наказаний должен приходиться на так называемое «вторичное устрашение», которое (в отличие от «первичного») имеет дело с потенциальным преступником, а не с тем, который уже совершил преступление (в его случае это – первичное устрашение).

Следует помнить, что классическая модель устрашения появилась как ответ на чрезмерную индивидуализацию и непредсказуемость наказания, которые имели место в XVII в. Многие не согласны с этой теорией, но следует признать, что устрашение является главной целью государственных санкций. Недостатками теории признаются: реализация теории требует одновременно быстроты и определенности в понимании преступника, что трудно достижимо, если вообще возможно. Эта теория рассматривает человека как рациональное существо, способное к ценностно-ориентированному поведению и осуществлению выбора между различными ценностями. Но даже если признать этот вывод в принципе, то и тогда следует оговорить, что он относится не ко всем людям и, кроме того, предполагает их информированность и способность мыслить (которая бывает исключена эмоциями).

Третья теория – теория реабилитации. Главное в этой теории, приобретшей распространение в XX в., – индивидуализация наказания или, можно сказать, лечения. Речь идет о работе с индивидом таким образом, чтобы достичь у него удовлетворительной или, во всяком случае, некриминальной установки, когда он выйдет из-под власти государства. Поскольку большинство нарушителей возвращается в общество, а некоторые технически и не покидают его, то имеет смысл работать с правонарушителем таким образом, чтобы он не приобрел вновь криминальных склонностей. Сторонники теории реабилитации видят ее основные преимущества в том, что она обоснованно отрицает факт прямой корреляции преступления и наказания, а потому не имеет недостатков двух предшествующих теорий – возмездия и устрашения. От первой она отличается тем, что концентрирует внимание не на репрессии, но на общем предупреждении преступности; от второй – тем, что исключает ошибки в распределении боли. В частности, известный сторонник либерализации уголовных санкций,

Н. Кристи, писал о невозможности точного экономического расчета распределения боли, если подходить к этой проблеме в исторической ретроспективе: санкцией за одно и то же преступление в разное время могло быть отсечение руки, десять лет тюрьмы или штраф, но возможно ли признать, что эти три санкции эквивалентны друг другу? Позитивный вклад теории реабилитации усматривается в отсутствии неправомерной стигматизации, а практический эффект – в либерализации пенитенциарной системы, поиске альтернативных методов наказания и, как следствие, в сокращении числа заключенных (46). Недостатки данного подхода указаны критиками: сторонники теории забывают, что реабилитация как цель наказания – также есть идеал. Их идеализм выражается в формуле – «преступление как наказание» и «наказание как преступление». Но далее они утверждают, что реабилитация не есть наказание. В результате, вопрос о том, как понимать термин «наказание», – размывается. В целом поведение преступника, считают критики, очень трудно поддается определению и часто не совпадает с пожеланиями этой теории.

Четвертая теория – интегративная – утверждает, что желательно и возможно разработать теорию наказания, которая сочетает различные функции наказания. Возмездие, устрашение и реабилитация – все они рассматриваются как цели пенальных программ. Сторонники интегративной теории считают, что реалистично и разумно настаивать на том, чтобы машина исполнения наказаний в современном обществе была призвана выполнять несколько целей. Наказание включает работу с правонарушителем таким образом, чтобы он мог вновь ассимилироваться с обществом. Поэтому возможен баланс различных мер, который варьируется в зависимости от дела и личности преступника (47).

В рамках данного подхода стремятся реализовать три основных модели борьбы с преступностью, выдвинутые на практике. Социогенная модель считает, что преступление – следствие воздействия социологических факторов (экономическая деградация, социальная дезорганизация, конфликт культур, негативная роль социального окружения, отчуждение личности), а методом воздействия должно стать изменение социальных условий, порождающих преступление (в том числе посредством просвещения, изменения культурных стереотипов, создания новых рабочих мест). Модель контроля (регулятивная) исходит из того, что поведение изменяется под воздействием внешней среды, существенным элементом этой среды становится пенитенциарная система, а цели исправления достигаются мерами контроля за индивидом (выявлением преступлений, арестом, судебным разбирательством, наказанием и поощрением). Медицинская (психогенная) модель предполагает, что преступник – это человек с эмоциональным расстройством, обращение с ним должно быть как с пациентом, причем его нужно не наказывать, а скорее лечить (с помощью психотерапии, индивидуального обращения, воспитания и проч.) (48). Эти модели дополняют друг друга (ни одна не является лучшей). Поэтому некоторые говорят о наказании частично как искусстве.

Теории наказания в ряде исследований связываются с этапами развития права. Периодизация в развитии общего права (англосаксонской модели), предложенная Р. Паундом в виде четырех стадий правовой эволюции, включает, фактически, смену четырех типов теоретического обоснования наказания: первая (в примитивном обществе) характеризовалась стремлением обеспечить удовлетворение мести (теория возмездия); вторая – государство вытесняет самостоятельные действия индивидов практически во всех ситуациях за отдельными исключениями. Устанавливается четкое (строгое) право – неэластичная, негибкая, формальная система норм, которая характеризуется индифферентностью к моральным аспектам поведения, или действий, которые удовлетворяют его букве. За счет этого достигается унификация, карательный эффект и определенность права (теория устрашения). Третья стадия – стадия справедливости (беспристрастности) или естественного права. Ключевыми словами этой стадии представлялись мораль, справедливость и хорошее сознание. На этой стадии право отождествляется с моралью, а моральные обязательства становятся правовыми обязательствами (теория реабилитации). Четвертая стадия – счастливое соединение двух предыдущих – определенности и справедливости права (интегративная теория). Пятая стадия виделась в будущем как социализация права, в которой будет преобладать интерес и защита публики в большей мере, нежели индивида. Вообще он критиковал чрезвычайный индивидуализм англо–американской правовой традиции (49). Разумность конкретной теории наказания, заключают

авторы обобщающего труда по этой теме, зависит от предположений, которые делаются о природе человека; информации, которая принимается в качестве полезного знания; характера и размеров того знания, которых, как ощущает исследователь, он способен достичь; оценки требований к применению частной теории и вероятности действительной возможности реализовать эти требования.

3. Норма и санкция в теории уголовного права, социологии и антропологии

Проведенный анализ теорий преступления и наказания показывает направления их конфликтности на методологическом уровне.

Во-первых, сохраняются противоречия классических и позитивистских подходов к преступлению и наказанию в теории уголовного права. Классическая теория видит смысл уголовного права в создании механизма социальной защиты от нарушений права или причинения вреда индивиду; другая теория выводит уголовное право из рационального процесса унифицированного общества; третья рассматривает его как кристаллизацию нравов; четвертая полагает, что уголовное право проистекает из конфликта интересов различных групп; пятая выдвигает принятие статута как выражение чувства. Эти теории находятся в противоречии друг с другом и трудно найти позитивное решение проблемы их соотношения.

Во-вторых, трудности возникают при соотнесении юридического (нормативистского) и социологического (антропологического) подходов. Преступление с правовой точки зрения есть нарушение права. Уголовное право определяется обычно как совокупность специфических правил в отношении человеческого поведения, которые были промульгированы политической властью, применяются единообразно ко всем членам общества или соответствующих классов и обеспечиваются наказаниями, осуществляемыми государством. Уголовное право, однако, – это не только совокупность писаных предписаний. Сюда входит определенная политическая составляющая (хотя политичность является неотъемлемым элементом уголовного права, ее очень трудно четко определить). Политическая составляющая проявляется уже в том, что в разных странах масштаб применения уголовных санкций может быть совершенно различен; одни и те же нарушения могли трактоваться с позиций уголовного права, других отраслей права или (как показывает обращение к примитивным обществам) вообще морали.

В-третьих, сомнения в чисто юридическом подходе к проблеме связаны с историческим и этимологическим изменением масштаба и смысла основных понятий уголовного права. В истории изменяется место норм, регулирующих то или иное неправовое действие: квалификация одних и тех же деяний (например, супружеской измены) может переходить из сферы уголовного права в сферу гражданского, а из нее – в область моральных норм. Уголовное право обычно дает жесткую дефиницию определенного акта, поэтому имеет более узкий и специфичный характер, гражданское право, напротив, – более общий характер. В целом, констатируется тенденция к сужению действия норм уголовного права за счет декриминализации определенных действий (т. е. выведения их из сферы действия уголовных санкций). Кроме того, в истории происходит изменение трактовки соотношения действия и преступного намерения или *mens rea* (интерпретация которого зависит, в свою очередь, от доминирующих теорий преступления и наказания).

Открытия XX в. в области антропологии позволили сформулировать следующие гипотезы в исследовании нормы и санкции: что не норма, но поведенческие установки составляют существо правового феномена; как происходит генезис права – норм и санкций у примитивных народов; возможность существования различных правовых систем в одном обществе; отрицание прямой взаимосвязи права и государства; возможность права (норм) без санкций; возможность санкций без норм, т. е. формирования правовой нормы в результате систематического применения санкций к определенным видам поведения; возможность сравнительного изучения различных комбинаций правовых, квазиправовых и политических способов социального регулирования.

Первая гипотеза. В определении существа правового феномена антропология (как ранее социология права) отошла от нормативизма в поисках концепций, дающих динамическую интерпретацию. Теоретическими основаниями антропологии стали социология права М.

Вебера, теория «живого права» Е. Эрлиха и теория юридического реализма в том виде, как она была сформулирована О. Холмсом и Б. Кардозо, а также скандинавской школой права. «Живое право», писал Е. Эрлих, не есть часть содержания документа, которое суды признают в качестве наделенного связывающей силой, когда они разрешают юридический спор, но только та часть, которую стороны действительно соблюдают в жизни (50).

Для того чтобы достичь понимания этого права, следует изучать поведенческие принципы, совершенно независимо от вопроса, получили ли они уже выражение в судебном решении или в статуте или там, где они когда-либо могли найти его. Подчеркивая принципы, которые действительно выражены в человеческом поведении, Эрлих открывал новую область исследования социального контроля и новую возможность для формы права. Форма живого права не присуща ведущим философским представлениям различных обществ; она ведет свое происхождение от действительного поведения, а не от официально признанных норм, которые являются достоянием академической юриспруденции. Эти идеи получили развитие в антропологических трудах К. Лоуэллина и Е. Хебеля (51).

Вторая гипотеза связана с переосмыслением генезиса права – норм и санкций – у примитивных народов. Речь шла о функциональном подходе к праву и возможности на основании этого отыскать аналоги его современных форм у диких народов. В функционалистских концепциях А. Редклиффа-Брауна выдвигалась идея, согласно которой понять назначение объектов культуры можно не путем сопоставления их обозначений, но лишь выяснив их функциональное назначение, которое в свою очередь определяется некоторыми базовыми потребностями (в еде, общении, защите и проч.) (52). Б. Малиновский, другой представитель функционализма в антропологии, считал, что «тотальность культурного процесса включает материальный субстрат культуры, т. е. артефакты: человеческие социальные связи (т. е. стандартизированные способы поведения) и символические акты (т. е. влияние одного организма на другой через обусловленные условиями рефлексы); они представляют собой тотальность, которую мы не можем представить изолированными объектами материальной культуры, чистой социологии или языка как самодостаточной системы (53).

На основе функционального метода были поставлены под сомнения выводы предшествующей антропологической школы, считавшей, что все право примитивных народов сводится к обычаю и регулирует его нарушение, а потому есть исключительно уголовное право, построенное на системе запретов. Этот взгляд получил обоснование в работах Г. Мэна, Л. Хобхауза, Е. Хартленда в Англии (54), во Франции – Э. Дюркгейма и М. Мосса (55) и др. Они считали, что примитивное право есть лишь система запретов и табу, закрепленных коллективной психологией, создающих атмосферу террора, направленную на сохранение племенных обычаев. Вслед за 3.Фрейдом внимание антропологов было привлечено прежде всего к явлению «табу» – системе запретов (данное полинезийское слово означает одновременно священный объект и нечто запретное, угрожающее), нарушение которых ведет к применению квази-правовых санкций, которые могут рассматриваться как известный прообраз норм последующего уголовного права (56). Для диких народов характерно только уголовное право с системой жестких предписаний и автоматического подчинения. Редклифф-Браун также определял преступление как нарушение обычая, которое ведет к введению уголовной санкции.

Согласно Малиновскому этот вывод (об атмосфере террора) характерен лишь для узкой группы священных норм, а в остальном можно говорить о существовании специфической машины примитивной юриспруденции, проявляющейся не только в уголовном праве, но и в более широкой сфере своеобразного «гражданского права». Между двумя видами права нельзя провести резкой грани. На основании исследования аборигенов Тробрианских островов в Меланезии, он пришел к следующему выводу: «гражданское право», позитивное право, которым управляются все фазы племенной жизни, состоит из совокупности связывающих обязательств, которые рассматриваются как право одной частью и признаются в качестве долга – другой. Эти обязательства поддерживаются в силе специфическим механизмом взаимности и публичности, укорененных в структуре племенного общества. Данные нормы гражданского права эластичны и обладают определенной широтой. Они предусматривают не только наказания за упущения, но и поощрения за превышение достижений. Их строгость обеспечивается путем рациональной оценки причин и следствий действий со стороны

родственников, объединенных рядом социальных и личных чувств, таких как честолюбие, тщеславие, гордость, желание самовозвеличивания путем представления, а также привязанность, дружба, преданность и лояльность роду. «Право – это специфический результат соотношения обязательств, которые делают невозможным для родственника уклониться от его ответственности, не понеся за это ущерба в будущем» (57).

Право примитивных народов представляло для Малиновского «аспект племенной жизни», «совокупность связывающих обязанностей, рассматриваемых как право одной частью и как долг – другой» в большей степени, нежели декреты и предписания, принадлежащие к «самодостаточным социальным установлениям» – «независимым институтам». Обязательная сила этих норм увеличивается за счет церемониального характера исполнения предписаний, что включает общественный контроль и критику. Эти обязательства предположительно соблюдаются, не потому что существует система санкций или судебных процедур, но в силу взгляда аборигенов на их жизни в длительной перспективе. Им присуще понимание, заставляющее их принять спорное решение, поскольку они осознают, что в будущем именно они могут оказаться стороной, выигравшей от применения права.

Третья гипотеза – о возможности существования различных правовых (нормативных) систем в одном обществе. Данная идея в целом вытекает из рассмотрения правовой нормы как кристаллизации коллективного сознания, ценностей и установок социального поведения. Этот подход опирается во многом на русскую школу социологии права (Л.И. Петражицкого, П. Виноградова, Г. Гурвича, П.А. Сорокина и Н.С. Тимашева) (58). Право в этой трактовке переставало быть автономным образованием, не связанным с общественной системой разделения на группы и присущим только обществу как целому. Этот традиционный взгляд, при всей его устойчивости, был поставлен под сомнение теми исследователями, которые на антропологическом материале показали феномен дискретного единства в обществе как целом. П.Г. Виноградов различал два типа изменений в праве – стихийные изменения законов и системные изменения, связанные с отношениями норм и институтов в их доктринальной связи (59). Это открывало возможность вывода о существовании социальных структур и различных уровней права в одном обществе. Появлялась возможность говорить о «множественности правовых систем» в одном обществе. Сторонник этой теории – Л. Поспишиль категорически утверждает, что всякая функционирующая группа или подгруппа общества обладает не только лидером, но также своей собственной правовой системой, которая позволяет группе функционировать, принуждая ее членов соответствовать общим принципам поведения. Поскольку эти принципы по необходимости различаются от одной подгруппы к другой, в обществе существует столько правовых систем, сколько есть функционирующих подгрупп.

Полнота принципов, включенных в решения правовых властей, формирует правовую систему группы. Социетальная структура не только определяет ранг специальной власти, но также создает конфигурацию правовых систем общественных подгрупп. Согласно типам и включенности различных групп, относящиеся к ним правовые системы формируют иерархию. Внутри такой иерархии мы находим на одном уровне правовые системы групп одной степени включенности. Поскольку правовые системы создают иерархию, отражающую степени включенности соответствующих подгрупп, можно определить агрегат правовых систем одного типа и степени включенности (семья, родство, община или политическая конфедерация) как правовой уровень (60).

Поскольку индивид в обществе обычно принадлежит к нескольким из этих подгрупп различных типов включенности, он является субъектом различных правовых систем всех тех групп, к членам которых относится. Право в обществе различается от одной группы к другой, результатом чего становится перекрещивание прав различных типов и уровней, которыми может обладать один субъект в силу своего места в социальной стратификации. В результате индивид может находиться (и часто действительно находится) под управлением нескольких правовых систем, различающихся вплоть до противоположности. Так, например, регулирование инцеста у папуасов Западной Новой Гвинеи выглядит неоднозначно: вступление в брак с родственником в рамках одной линии родства наказывается смертью; в другой – избиением, а в третьей (боковая линия) – вообще является не преступлением, но предпочтительным союзом (61).

Четвертая гипотеза – отрицание прямой связи права и государства – нормы и санкции. Этот взгляд восходит к Дюркгейму, а в целом принадлежит – Л. Петражицкому, Г. Гурвичу и П. Сорокину. Те, кто отрицает прямую связь между правом и государственным суверенитетом, отвергают также прямую связь правовых санкций с физическим насилием. Традиционный подход (о необходимой связи нормы и санкции, с одной стороны, санкции и насилия, с другой) оставляет многие племенные сообщества без права или отрицает существование такового у них, поскольку их власти опираются в основном на экономические и социопсихологические санкции, такие как штраф, высмеивание, остракизм и порицания. Если считать, что эффективность социального контроля – определенно, единственная важная квалификация правовой санкции, то не имеет значения фактор насилия. Некоторые психологические санкции, как осмеяние, остракизм, избегание, изгнание из общины или утрата расположения, хотя часто являются незаметными и неформальными, в ряде случаев оказываются более эффективными и устрашающими, нежели физическое наказание, даже если включить в эту категорию экономические санкции, как, например, штраф и компенсация за причиненный вред.

Право (в рамках данного направления) понимается скорее как функциональный, нежели как дескриптивный концепт. Если принять предположение, что социальный контроль как функция института права составляет единственное общее основание, на котором зиждется большинство существующих дефиниций права, то феномен, который не осуществляет социального контроля (как мертвые нормы), не должен признаваться правом. Между тем так называемые мертвые нормы (которые не являются действующими, а часто и вообще не известны публике) начинают, вопреки подлинному поведению большинства людей, рассматриваться наряду со всеми остальными при описании права данной страны. Л. Поспишель предлагает четыре критерия для определения феномена права: власть, намерение всеобщего применения; обязательность (принудительная сила) и санкция. Эти критерии, однако, применимы как к праву в традиционном понимании, так и к нормам группового поведения (62).

Понятие права получает при таком подходе столь широкую интерпретацию, что начинает охватывать все формы социального контроля и поддержания порядка, в том числе в так называемых безгосударственных обществах, где отсутствуют принудительные санкции, или они имеют столь завуалированный характер, что их трудно выделить из магии, ритуала, политических и моральных стимулов самого разного свойства (63).

Пятая гипотеза – предположение о возможности существования права (норм) без санкций. С позиций классической школы эта идея кажется бессмысленной, поскольку именно наличие санкции рассматривается как ключевой элемент отличия правовых норм от моральных. Данная постановка вопроса становится возможной, однако, в случае применения психологической или реалистической теорий права, усматривающих его смысл прежде всего в определенных поведенческих установках. Под правом, говорил О. Холмс, я понимаю предсказание того, что будут фактически делать суды, и ничего более (64). Продолжая эту теоретическую позицию, Б. Кардозо определил право как «принцип или норму поведения, установленную таким образом, чтобы обосновать, с разумной долей уверенности, предсказание того, что будет осуществлено судом в случае, если его власти будет брошен вызов» (65). В кардозовской формулировке находим четыре важных компонента: 1) нормативный элемент; 2) регулярность; 3) суды; 4) реализацию.

Антропологический подход к определению права, опиравшийся на данную конструкцию, вносил в нее некоторые модификации, связанные со спецификой эмпирического материала: «Социальная норма является правовой в том случае, если ее отрицание или нарушение регулярно сопровождается применением физической силы или угрозой ее применения со стороны индивида или группы, за которыми общество признает привилегию поступать таким образом» (66). Здесь также присутствуют четыре указанных выше элемента, но отлично (более неопределенно) их формальное выражение. Вместо суда как постоянного института – индивид или группа, наделенная привилегией действовать в качестве суда. Недостаток определения – указание на выраженные санкции (в виде применения физического насилия).

В дальнейшем было показано, что возможно «право без санкций» или, точнее, с такими санкциями, которые не имеют ничего общего с физическим насилием или угрозой его

применения. Речь идет о таких санкциях, как возбуждение стыда, остракизм, коллективное осуждение в разных формах, угроза применения магических средств, которые вообще размывают границу между правом (в классическом понимании) и моралью (67). Эмпирический материал – право эскимосов, ифугао, каманчей, киова и чейеннов, а также данные Малиновского по Тробрианским островам и законодательство ашанти (говорится о «конституционной монархии и триумфе публичного права») (68). Мэн говорил о взаимосвязи религии и права, но не выводил автоматически права из религии (69). Даймонд выступил с критикой этого вывода (70). Определяя общий вектор развития права, Хебель солидаризируется с выводом Мэна: «можно сказать, что прогресс обществ состоял, следовательно, в движении от Статуса к Договору». Упор был сделан на разнообразие форм социального контроля. С. Робертс толкует о ведении споров: межличностном насилии, переведении конфликта в ритуал, устыжении, обращении к сверхъестественным силам, остракизме, беседах. Выделяются беседы, направленные на достижение решения: двусторонние переговоры, медиация (посредничество), властные отношения. Наблюдается различное отношение в современной антропологии к понятию права (применительно к архаичным обществам) (71).

Шестая гипотеза – возможность существования санкций без норм: теория возникновения правовой нормы в результате применения санкций к определенным видам поведения (которые признаются неприемлемыми с точки зрения доминирующих в обществе или группе представлений). В результате систематического повторения сходной социальной реакции на схожие действия происходит формирование обычаев. Последние, в случае их закрепления и систематического применения, превращаются в нормы, закрепляются в статусах или судебных прецедентах. Тем самым, в основу объяснения происхождения права положена модель «вызова-ответа»: не нормы определяют санкции, а напротив – санкции в результате их однотипного и регулярного применения определяют нормы.

В основе этой концепции лежит представление о праве как форме социального контроля. Последний необходим в любом обществе, но может приобретать различные способы выражения. Вопреки представлениям о предыстории как состоянии анархии, Сервис утверждает, что «примитивное общество было, тем не менее, не анархическим, поскольку социальное поведение подвергалось жесткому сдерживанию».

Выводя право из обычая, данный подход, однако, не считает нужным игнорировать различие между двумя видами права – догосударственным и формирующимся после образования государства. Различие это, однако, не качественное, а скорее количественное. Возникновение государства может сопровождаться появлением нового типа правового регулирования – неожиданным возрастанием числа жестких репрессивных законов, причем очень вероятно возникновение более видимой формализованной системы карательноправовых санкций. Но это не значит, что до возникновения государственной машины подобных санкций не было вовсе. Право, по крайней мере на начальной стадии, проявляет себя на уровне статуса вождя. Этот факт, очевидно, связан с существованием системы центральной власти и управления. Система власти нуждается в правилах (нормах) социального контроля для обеспечения эффективного функционирования в обществе. С другой стороны, люди нуждаются в помощи для разрешения насущных проблем социальной жизни, разбора столкновений между сегментами родственных групп.

В этой связи очень вероятно, что публичное право, связанное с делами «об оскорблении величества», – стало первым объектом формализации со стороны центральной власти, а санкции, которые вводились за нарушение этих норм, носили исключительно негативный и репрессивный характер (они были скорее сверхъестественными, нежели светскими и физическими). Данное объяснение возникновения норм и санкций подчеркивает функциональный аспект. Именно функция управления определяет необходимость социального института (власти), формирование которого идет по линии репрессивного контроля – санкций за возможные отклонения от создаваемых норм (72).

Седьмая гипотеза – возможность сравнительного изучения различных комбинаций правовых, квазиправовых и политических способов социального регулирования у современных, древних и диких народов. Одна позиция состоит в полном или частичном отождествлении права аборигенов с рациональным правом западного типа. Эта концепция исходит из идеи

«разумного человека», действия которого могут быть признаны рациональными с точки зрения современной юриспруденции. В качестве правовых норм, – считал Малиновский, – могут рассматриваться обычаи пользования землей, обычно-правовые нормы коммунального хозяйства, сезонные движения, вообще нормы, определяющие производство, распределение материальных благ, межобщинные отношения и отношения внутри общины, семейно-родственные отношения и отношения социального контроля, церемонии и символы, отношения власти (т. е. использование силы, как физической, так и духовной). В самых примитивных обществах политических группировок нет, но есть культурные, выделяемые по различным критериям. Характер племенного государства определяется неписаной, но очень действенной конституцией власти, системы управления и отношений вождя с племенем. Следует учитывать региональное подразделение, половое и возрастное деление, особенности религиозной традиции, мифов и преданий, отношения таких институтов, как совет старейшин, вождь и шаман.

Этот анализ может быть проведен более четко и верифицирован на сравнительном материале благодаря функциональному принципу – четкому выделению базовых потребностей общества, функций их удовлетворения и вычленению ведающих этим структур и институтов. В рамках функционального подхода преодолевается биологический, психологический, культурный детерминизм. Глюкман, изучавший племя Баротсе в Северной Родезии, говорил о существовании у него corpus juris (свода общего права), который в принципе остается стабильным, а некоторая неопределенность юридических решений связана с чрезвычайной гибкостью юридических концепций. Сами аборигены верят, что у них есть права, этим руководствуются как судьи, так и тяжущиеся стороны. Исследователь подчеркивает, что судебный процесс исследуемых аборигенов имеет скорее больше черт сходства, чем отличий с судебным процессом в Западном обществе: констатируется сходство источников права, которые используют судьи в обоих случаях (обычай, закон, прецедент, законы природы и наций, публичная политика, мораль); способов установления истины (манипулирование различными типами правовой нормы, которая может быть применена к частной ситуации; и неопределенность концепций применения правовых норм, в попытках достижения правосудия в их свете).

Судьи аборигенов используют те же методы развития права, что и англо-американские – рассуждение по аналогии; эволюционный метод согласно линиям исторического развития и метод традиции по линии обычаев сообщества. Наконец, они используют даже своего рода социологический метод, который работает по линии правосудия, социального благосостояния, добрых нравов и публичной политики. Отличия права аборигенов от западного усматриваются в эгалитарном и недифференцированном характере социальных отношений, отсутствии защиты, адвоката и сложной процедуры, а также в неписаном характере права (73).

Поспишель стремится реконструировать «правовую грамматику» обществ аборигенов Новой Гвинеи, определить место в ней системы законов, регулирующих использование земли. Методика автора состояла в выявлении конкретных конфликтных ситуаций у аборигенов (данные, собранные местными информаторами автора), которые рассматривались им в качестве аналога судебных конфликтов и разбирательств в современном обществе. Данный материал включал как «мертвые нормы», вышедшие из употребления, так и действующее право; все виды судебных споров, религиозных табу, мирного разрешения конфликтов, равно как и столкновений, дела, в которых решения авторитетных представителей племени служили руководством к действию, и те, где это решение совершенно игнорировалось (74).

Здесь присутствовали конфликты различного уровня – от отношений внутри семьи до споров между представителями различных социальных групп и от них – до столкновения политических интересов различных племен. В результате были отобраны 176 примеров применения местного права, которые классифицировались по отраслям права (гражданского, земельного, уголовного и проч.) и рассматривались фактически по аналогии с прецедентами судебных решений в англосаксонских странах. Этот метод подвергался критике в последующей антропологической литературе как фактическое конструирование судебных дел по образцу американской судебной практики. На самом деле отсутствие стабильных норм и обилие исключений из правил, которые присутствуют при решении вопросов собственности

(например, конфликты из-за земли, семейных отношений, наследственного права и проч.), включают значительный комплекс как правовых, так и «политических» или экстраправовых факторов, не позволяющих усмотреть в этих конфликтах стабильного права.

Позиция отождествления рационального западного права и права примитивных народов находила практическое выражение в ряде попыток кодификации обычного права в разных регионах мира. Эта работа, начавшаяся еще в 20–30-е гг. XX в. (75), включала определение территориальной, племенной и групповой принадлежности правовых норм (создание карты общественных отношений в традиционном обществе и его стратификации) для выяснения различий в правовом статусе между привилегированными и непривилегированными группами с целью последующей их унификации (76). В центре внимания данных исследований находилось, как правило, соотношение писаного права и обычаев, позднее – даже отдельные отрасли правового регулирования (особенно семейное право) (77).

Для кодификации обычного права была предложена специальная программа по выявлению и записи обычного права африканских народов с целью последующей систематизации и унификации этого права. Выводы антропологов касались земельной реформы (распределение земли в традиционном обществе) и семейного права (тип семьи и ее реформирование) (78).

Другая позиция выражается в том, что нормы социального контроля, существующие в примитивных обществах, должны быть определены скорее как политические, но не правовые. Этот подход, обоснованный на материале земледельческих племен Аруша Северной Танганьики, считал неправомерным переносить на аборигенов представления об английском суде: ключевое отличие он усматривает в том, что разрешение споров между представителями Аруша достигается не властным решением, но через достижение соглашения, являющегося результатом дискуссии и переговоров между партиями, находящимися в конфликте. Каждая партия (сторона) выступает защитником своего представителя.

Исследователь приходит к выводу, что данный процесс разбирательства имеет такую природу, которая может быть охарактеризована как главным образом политическая, а не юридическая: речь идет о конфликте и борьбе между противоположными сторонами в попытке достичь решения по практическому предмету (в рамках формулы о том, что политика – искусство возможного). Кроме того, аборигены склонны рассматривать каждый новый спор как уникальный феномен, для разрешения которого идеальная норма и предшествующий прецедент дают только начальный базис для переговоров. Обе партии используют все возможные способы давления на противника (за исключением оружия), и решение становится состязанием в этой борьбе (79).

Наконец, ряд исследователей исходит из того, что решение проблемы определяется скорее самой дефиницией права, которое может получать более широкую и узкую интерпретацию. Эти авторы говорят, что проблема решается путем выявления различных содержаний понятия права, например, путем вычленения права в этнографическом смысле – как описания конкретных процедур и как сконструированной аналитической системы, представляющей его как одну из разновидностей системы социального контроля. Они отвергают упрощенный подход к сравнению, в результате применения которого те черты, которые один антрополог рассматривает как различия, другой определяет как сходства. «Думать, что существуют сходства и различия между английским правом и правом Тив и все что нужно, это сравнить их, – есть социологическое упрощение самого грубого вида» (80).

В целом антропологический подход XX в. (ныне утративший значение в силу исчезновения самого объекта исследования – примитивных обществ, не подверженных внешнему влиянию) оказался чрезвычайно продуктивен для понимания относительности таких категорий, как норма, ее нарушение и санкция, показав культурно-историческую, географическую и социальную детерминированность их интерпретаций. Понятие социальной нормы в современной науке включает обычаи, моральные и правовые нормы. В соответствии с отношением к социальной норме можно разделить поведение на следующие категории: не нарушающее социальной нормы (конформное) и нарушающее какие-либо нормы и, следовательно, отклоняющееся (девиантное). В свою очередь понятие девиантного поведения (охватывающее все виды норм) включает в себя в качестве своих разновидностей поведение,

нарушающее различные правовые нормы (делинквентное поведение), и поведение, нарушающее специально нормы уголовного права (преступное или криминальное поведение).

Такое разграничение, однако, возможно только с принятием ряда допущений – о стабильности и определенности понятия «социальная (правовая) норма» (которое, как было показано, ставится под сомнение социологией и антропологией); об устойчивости соотношения нормы и девиации в системе ценностей данного общества; наконец, об отсутствии такой непредсказуемой динамики делинквентного поведения, которая вносит качественно новые параметры в отношении существующей социальной и юридической нормы. Поскольку на деле эти допущения не реализуются или реализуются в ограниченной степени, актуальна целостная теория девиации.

Типология преступлений и концепция девиантного поведения. Существующие классификации преступлений, исходя из этого, выстраивают их в соответствии с различными критериями. Один из них представлен формально– юридическим критерием – типология, исходящая из норм действующего уголовного законодательства. Обычно их делят по тяжести (в соответствии с санкциями за нарушение норм) – на более серьезные (felonies), которые наказываются смертной казнью или длительным сроком тюремного заключения, и менее серьезные (misdemeanors), наказываемые заключением в местной тюрьме или штрафом.

Другой критерий представлен социальными характеристиками, находящими выражение в статистических исследованиях (например, преступления против собственности, публичного порядка, общественных приличий и правосудия, преступления против личности). В российской криминологии представлены более общие критерии классификации – преступления подразделяются на экономические, политические, против личности, что приводит иногда к неоправданному априоризму в использовании статистических данных. Модификацией данного направления классификации можно признать типологию преступлений, исходя из их опасности для общества, связанной с профессионализмом преступников. В отличие от прочих преступлений, профессиональное преступление выделяется как особый вид, отличный от других преступлений регулярностью этого поведения, развитием техники и сотрудничеством между преступниками с последующим развитием криминальной групповой культуры.

Особое значение имеют социологические (антропологические) подходы, стремящиеся выстроить классификацию интегративного типа, выявляющую взаимосвязи между ценностным, нормативноинституциональным и поведенческим аспектами преступности. Для социологических целей, как справедливо отметил Сатерленд, необходима такая классификация, при которой каждый класс представлял бы собой социологическое единство, отличное от других классов вариациями в исходных процессах. Для построения единой классификации он предлагал три основных критерия – наличие ценностей, доминирующих в социальной группе или ее политически значимой части (эти ценности, как правило, выражены в позитивном праве); конфликт между доминирующими ценностями группы и той ее части, которая не разделяет или подвергает их сомнению (соответственно, возникает конфликт права и правосознания); агрессивное применение санкций со стороны группы по отношению к диссидентам (т. е. использование правовых санкций в отношении преступников). Преступление, исходя из этого, есть результат социального взаимоотношения неиндивидуальной природы, поскольку квалификация одного и того же деяния в качестве криминального или легального вытекает из доминирующих в обществе (или группе) ценностей (81).

Понятие преступления оказывается тесно связано с концепцией социальной (и правовой) нормы. Все социальные группы создают правила (нормы) и пытаются осуществлять их на практике. Социальные нормы определяют ситуации и способы поведения как правильные или неправильные. Нормы могут иметь различный характер. Они могут быть формально закреплены в праве, и в этом случае их обеспечение становится делом государственной власти. В других случаях они представляют неформальные соглашения, вновь созданные или освещенные традицией; нормы этого рода обеспечиваются неформальными санкциями различного рода.

Если эти нормы начинают применяться (вступают в действие), то определенная категория лиц оказывается за пределами социально приемлемого поведения. Так возникают аутсайдеры –

лица, которые определяются в качестве таковых обществом. При этом сами они могут иначе смотреть на эту ситуацию: не признавать норм, на основании которых они были осуждены, и не рассматривать тех, кто их осудил, в качестве компетентных и легитимных вершителей своей судьбы. Возникает второе значение данного понятия: нарушитель норм может считать своих судей аутсайдерами.

Существуют три различных подхода к определению того, что является девиацией: самый простой – статистический (какое-либо явление, которое слишком сильно отличается от среднестатистического уровня); медицинский (определение девиации как болезни или патологии в отличие от здорового состояния организма); социологический (определяет девиацию как отказ от подчинения установленным групповым нормам).

Один из создателей современной теории девиации, Г. Беккер, усматривал недостаток этих подходов в отрицании ими социальной природы девиации. Вопрос о том, что является отклонением от нормы, подчеркивал он, зависит не столько от характера действий индивида, сколько от реакции на них со стороны общества или социальной группы. Именно общество создает феномен девиации, определяя нормы, нарушение которых признается наказуемым с применением моральных или правовых санкций. Девиант, следовательно, – это тот, к кому данное определение было успешно применено, девиантное поведение – есть «поведение, которое так определяют люди» (82).

Эти направления критики традиционной формально-юридической концепции в рамках структурного функционализма и структурализма (например, в трудах Т. Парсонса, Н. Лумана) впоследствии получили новый импульс в концепциях так называемого постмодернизма, оказавшего (к примеру, в лице М. Фуко) (83) негативное влияние на криминологию, отказавшись от поиска каких-либо объективных оснований преступления и наказания. Критический пересмотр с этих позиций концепций нормы и девиации не устранил, однако, возможности сравнительных исследований, опирающихся, в сущности, на предшествующие концепции функционализма (84).

Важным положением данной теории стал тезис об относительности понятия девиации (той степени, с которой общество рассматривает те или иные акты как девиантные). Во-первых, существует вариация этой категории во времени; что в одну эпоху было девиантным (как, например, азартные игры), в другую перестало им быть, и наоборот. Во-вторых, степень признания действия девиантным зависит от того, кто совершает это действие и кто судит об этом (например, различное видение ситуации неграми и белыми). В-третьих, на эту степень оказывают влияние обстоятельства (некоторые законы вступают в действие только при наличии определенных последствий).

Динамическая модель предполагает раскрытие механизмов, ведущих от отдельных случайных экспериментов к стабильным образцам девиантной активности, развитие соответствующих мотивов, интересов и образцов поведения. Ключевая стадия на этом пути – замена конвенциональной оценки определенного поведения как девиантного, и человека как аутсайдера, представлением о соответствии его действий внутренним стандартам поведения, характерным для данной группы или субкультуры. В результате девиация сама становится нормой поведения, создается свой внутренний мир, корпоративное единство, иерархия и квазиправо, с точки зрения которого девиация становится нормой, а ее отрицание, наоборот, начинает рассматриваться как отклонение (нарушение внутренних неформальных норм может вести к более жестким санкциям, чем нарушение норм формальных). Это балансирование между официальным правом и неофициальными нормами поведения (формальными и неформальными нормами) может завершиться в конечном счете торжеством неформальных норм над формальными – превращением подпольных социальных практик (например, внутри бандитской шайки или революционной организации) – в официальное право. Рассмотрим с этих позиций явление правового нигилизма.

4. Теория правового нигилизма в западной Европе и России на рубеже XIX–XX вв

Одним из основных направлений философии права в Европе и России рубежа XIX–XX вв.

явилось становление концепции преступной личности и правового нигилизма. Тема генезиса отклоняющегося и преступного поведения оказалась центральной в философских поисках оптимальной формулы консенсуса личности и общества, а также объяснения природы индивидуальной агрессии, насилия, преступления и наказания. Обращение к этим темам было связано, несомненно, с революцией и кризисом в праве рассматриваемого периода.

Новая «генеалогия морали» не только отрицала непреходящий характер ее ценностей, но усматривала в них проявление слабости. Различные волюнтаристские теории права от Маркса до Ницше при всем различии их содержания сходились в отрицании за ним какой– либо нравственной составляющей, видели в предписаниях права исключительно выражение силы – классового, национального доминирования, воли государства, партии или вождя. Основными понятиями новой эпохи становились «восстание масс» (Х. Ортега-и-Гассет), «трагическое чувство жизни» (М. Унамуно), «новое средневековье» (Н. Бердяев), которые постепенно получили преобладание над представлениями XIX в. о смысле существования как поиске нравственного идеала или «борьбе за право» (Р. фон Иеринг).

В учениях Г. Еллинека, Г. Кельзена, Е. Эрлиха, Д. Дель Веккио, Р. Каррее де Мальберга, Г. Ласки, О.В. Холмса и других крупнейших юристов начала XX в. присутствует осознание кризиса в праве, и эти мыслители пытаются найти выход из него. Обращение к этой теме продемонстрировало неэффективность классической позитивистской юриспруденции, господствовавшей ранее, и привело к размежеванию нескольких направлений, делавших упор на этику, правовую норму или обычай, судебное конструирование права, – школы возрождения естественного права; чистого учения о праве (ставшего основой нормативизма); теорий «живого права», «правового реализма» и т. д. В русской философии права эти споры выражены в учениях представителей возрождения естественного права, – В.С. Соловьева, П.И. Новгородцева, С.Н. Трубецкого и др., социологической школе права (С.А. Муромцев, М.М. Ковалевский, Г.Ф. Шершеневич), психологической школе права (Н.М. Коркунов, Л.И. Петражицкий), но прежде всего – антропологической школе уголовного права и психологии (в основном группировавшейся вокруг Психоневрологического института) (85).

Наиболее четко проблема выражена в знаменитом сборнике – «Вехи», где в статьях Н.А. Бердяева, С.Н. Булгакова, М.О. Гершензона, Б.А. Кистяковского, П.Б. Струве, С.Л. Франка, А.С. Изгоева дается всесторонняя критика правового нигилизма русского общества, отрицания интеллигенцией демократических способов разрешения конфликтов, тяготения к противопоставлению масс и власти, ведущих к крушению ценностей свободы личности (86).

Предмет данного раздела исследования – выявление семантических проблем интерпретации преступной личности в правовой мысли эпохи революции. Именно в данном контексте возникла научно оправданная комбинация методов таких дисциплин, как философия, юриспруденция, криминология, уголовная антропология, психиатрия и судебная психопатология (занимающаяся психическими отклонениями, ведущими к совершению преступного деяния). Ключевая проблема заключалась в том, чтобы разграничить социальное, правовое и медицинское понимание преступности, возникающей в условиях революционной аномалии, а методом становилось исследование мотивации поведения и его ориентиров.

Революция как преступление. Революция, с точки зрения европейской и русской правовой науки данного периода, представляет очевидную социальную патологию, но в то же время содержит угрозу патологии в медицинском смысле для общества и индивидов, становящихся ее жертвами. «Революция» определяется в словаре В. Даля как «внезапная перемена состояния, порядка, отношений; смута или тревога, беспокойство», а синонимами ей выступают понятия смуты, восстания, возмущения, мятежа, крамолы, «насильственного переворота гражданского быта» (87). Преступник – человек, нарушивший этот порядок, зафиксированный в религиозных заповедях или государственных законах, «переступивший закон» (88). Наконец, личность – человеческое существо, основным признаком которого является способность самостоятельного принятия решений (89). В Уголовном уложении 1903 г. находим аналогичное понимание преступления, в частности такой его разновидности, как политические преступления (90). Таким образом, преступная личность – понятие, охватывающее все формы нарушения закона, от самых ничтожных до стремления к ниспровержению всей их системы.

Определяющим ориентиром является отношение к праву. Существует римская формула –

«nullum crimen nulla poena sine lege». Она означает то, что природа и состав всякого преступления (и наказания) могут быть определены только законом. Если его нет, то нет и преступления. Соответственно, одно и то же действие может получать и получает диаметрально противоположную квалификацию в зависимости от того, как оно воспринимается обществом, а точнее, законом определенной эпохи и государства. Это создает трудности при интерпретации революционного поведения, которое по определению является противозаконным (поскольку направлено на свержение существующего закона), но в то же время всегда апеллирует к некоему высшему праву, существовавшему в прошлом или возможному в будущем.

Отношение к соблюдению позитивных законов (в случае невозможности оспорить их в суде) может выражаться в трех типах поведения – законопослушном (конформистском); отклоняющемся от нормы (девиантном) – критике действующего права с позиций необходимости его изменения правовыми средствами (например, в ходе кампаний гражданского неповиновения, которые, однако, идут в рамках действующего позитивного права), или, наконец, преступном – сознательных попытках насильственного ниспровержения позитивного права (в рамках свержения существующей власти). Крайним выражением последнего служит революционный радикализм (а также связанный с ним терроризм).

Данная проблема представляет идеальный объект для современного исследователя: в силу ее важности в России рубежа XIX–XX вв. она оказалась на пересечении различных научных направлений и школ – философии и социологии права, криминологии (становление которой как особой дисциплины происходит в Европе рассматриваемого периода), юридической антропологии, психологии и психиатрии, судебной медицины. Эти теоретические споры концентрировались на проблеме преступного индивида – L'uomo delinquente (термин, введенный итальянской школой Ч. Ломброзо) (91).

Конфликт позитивного права и правосознания как основа феномена нигилизма. Доминирующим направлением в объяснении кризиса права стали философские и социологические конструкции правового дуализма – конфликта легитимности и законности (М. Вебер), естественного и позитивного права (Г. Кельзен), живого права и мертвого (Е. Эрлих), интуитивного права и закона (Л.И. Петражицкий) (92).

Отправной точкой для ряда русских авторов стала концепция моральных фактов Э. Дюркгейма, различавшего с этих позиций позитивное право и правосознание общества как две разновидности фактов коллективного сознания. В результате он пришел к парадоксальному выводу о неискоренимости и даже полезности преступности, функция которой состоит в том, чтобы (подобно боли в живом организме) сигнализировать необходимость изменений консервативных правовых норм в соответствии с изменившимся правосознанием общества или его значительной части (93).

В динамичном и гибком обществе преступления выступают основным противодействием окостенения (аномии) и в этом смысле могут оказаться предчувствием морали будущего. Отсюда тезис о гениальных преступниках – пророках и революционерах (как Сократ), отрицание которыми позитивного права вело к последующему превращению их собственных идей в право и, следовательно, означало революцию в нем.

Другой основатель современной криминологии Г. Тард, развивая концепцию конфликта позитивного права и правосознания, видел в феномене преступности, в том числе революционной, – одно из проявлений закона подражания, лежащего в основе селекции определенных социальных норм и институтов. Определяя преступников как отбросы общества, Тард указывал, что уровень этого слоя может существенно различаться в зависимости от типов общества и степени его морального здоровья. Если в одних случаях отброшенными оказываются подлинные негодяи, то в других – это могут быть лучшие люди эпохи (94). Патологическая ситуация в развитии общества была представлена для него периодами революций, когда темные толпы, исходя из своего представления о справедливости, разрушают культуру: «презренные негодяи, те же тигры и гиены, но нового и более сложного вида. Так появилась и распространилась секта Maillotins, Ecorcheurs или Cabochiens во время анархии Столетней войны, заговор якобинцев в начале французской революции, парижская коммуна в 1871 г. или еще более недавно заговор нигилистов» (в древности заговор Каталины имел ту же окраску) (95).

Наконец, третий мыслитель, Ч. Ломброзо, специально анализировал проблему политической преступности как проявление конфликта инерции и прогресса, консервативных ценностей, отрицания нововведений (мизонеизма) и стремления к их осуществлению (филонеизма). При столкновении этих ценностей, которые мы определили бы как традиционализм и модернизацию, и возникает феномен нигилизма – стремление к скорейшему осуществлению прогресса революционным путем, не считаясь с моральными и правовыми ограничениями этой деятельности. Именно поэтому революционеры-нигилисты относились им к категории преступлений «по страсти» (96). Определение данного феномена такою: «Политическим преступлением для нас является всякое насильственное нарушение закона, установленного большинством для поддержки уважения к политической, социальной и экономической организации, этим большинством излюбленной» (97). Речь шла о возможности особой дисциплины – «антропологии и социологии политических преступлений и революций».

В русской философии права общую теорию конфликта интуитивного и позитивного права как источника правового развития дал Л.И. Петражицкий. Будучи спорной с точки зрения классической правовой доктрины, она позволяла, однако, объяснить конфликты и изменения в праве, а также специфическое явление превращения неправовых (моральных) отношений в правовые (закрепленные нормативно). В преступных сообществах, например, разбойничьих, пиратских, воровских шайках и т. п., полагал Петражицкий, действует свое право: вырабатываются и беспрекословно исполняются свои специфические нормы (к примеру, определяющие организацию, раздел добычи и проч.). Например, можно допустить существование некоторого права в пиратской шайке или революционной партии, которая, захватив власть в результате революции, может создать новое право, построенное на совершенно иных принципах, нежели предшествующее (98).

Данный подход, очевидно вытекавший из ценностно– нейтрального отношения к праву, может рассматриваться как своеобразное предчувствие крушения либеральной системы позитивного права в эпоху тоталитаризма.

Этот конфликт (интуитивного и позитивного права) оказывался возможен как между различными группами общества, так и между одним индивидом и всем обществом. Поскольку Петражицкий отождествлял право не только с коллективной, но и индивидуальной психикой, у него получалось, что в виде юридических сделок могут выступать моральное обязательство вернуть карточный долг, драться на дуэли, объяснение в любви (декларация любви, с одной стороны, и признание, с другой, есть «революция взаимных правоотношений») или подписание договора между индивидом и дьяволом о продаже собственной души.

Классическая и социологическая школа в уголовном праве. Одним из проявлений кризиса права стал конфликт классической и социологической школ в уголовном праве. «Мы,– писал известный немецкий криминолог Ашаффенбург, – переживаем теперь такой момент, когда солидные, по-видимому, основания уголовного права начинают колебаться, когда чувствуется потребность в построении нового знания, камни для которого еще не испробованы, а материал только отчасти найден. Только естественно-научный метод может предложить путь к познанию преступности и преступников» (99).

Классическая школа считала, что в основу науки уголовного права следует положить само уголовное право, т. е., как считает В.Д. Набоков, «совокупность юридических норм, коими регулируется преступление и наказание, как юридические отношения. Это истинная область юриста» (100). Соответственно общая часть всякого курса уголовного права представляла следующую структуру: 1) уголовный закон; 2) преступление; 3) наказание. Состав преступления (Corpus delicti, Thatbestand des Verbrechens) – совокупность слагаемых бытия преступления, определяемых законом. Закон – выражение воли государственной власти. Его действие заканчивается с отменой или изменением этой воли или путем не юридическим, а фактическим постепенного установления неприменения (desuetudo). Юрист может выходить за пределы правового анализа исключительно для проверки того, насколько выработанные понятия соответствуют социальным и антропологическим данным.

Напротив, социологическая школа права видела смысл юридической науки в выяснении социальных факторов, определяющих правовое или неправовое поведение личности. Причем данное направление исследований должно было завершиться научным конструированием

системы эффективных норм, способных отразить вызовы нового времени. Так, Д.А. Дриль констатировал существование трех социологических законов, в соответствии с которыми развивается право: эволюции, борьбы за существование и селекции (101). В книге профессора Психоневрологического института С.К. Гогеля обосновывался отказ от уголовной политики и выдвигалась концепция уголовной социологии как основного направления реформ правовой системы (102).

Конфликт классической и социологической школ развивался как в Германии, так и в России. Он проявился, в частности, на Петербургском конгрессе криминалистов, где традиционные взгляды были подвергнуты критике новой школой во главе с Листом (103). В дискуссии приняли участие министр юстиции Н.В. Муравьев, Дриль, Вульферт, Закревский, Пржевальский, Набоков (104). В данный период прослеживаются попытки согласовать подходы классической и социологической школы к пониманию личности преступника. Например, А. Принс (представитель классической школы) выступал за большую гибкость подходов, мотивируя ее возможность расширением судебного толкования, а также за смягчение наказания, полагая, что преступление обусловлено социально, вообще отстаивал дифференциацию наказаний в соответствии с различием характера преступлений (105). В России сходный подход был представлен И.Я. Фойницким – автором классических трудов по уголовному праву и председателем русской группы международного союза криминалистов (106).

Существо спорных вопросов двух школ схематично представлялось следующим образом. Классическая школа со времен Беккариа (107) считала, что: 1) человек одарен в большей или меньшей мере свободой воли или нравственной свободой; 2) преступнику свойственны идеи и чувства, одинаковые со всяким другим человеком; 3) главным результатом наказания является противодействие распространению преступлений.

Этим положениям социологическая школа противопоставляла следующие тезисы: 1) так называемая свободная воля есть субъективная иллюзия (по наблюдениям позитивной психологии); 2) преступник, не будучи нормальным человеком, составляет особый социальный класс, сознание которого соответствует его статусу в обществе; для школы уголовной антропологии это специальный класс в биологическом смысле, с органическими и психическими аномалиями, воспроизводящий в известной доле атавистические признаки первобытных диких рас. Нравственные чувства или отсутствуют у преступника полностью или представлены лишь в эмбриональном состоянии; 3) возникновение, увеличение, уменьшение преступлений не зависит никак (или лишь опосредованно) от наказаний, определяемых кодексами и применяемых судьями, но зависит от совершенно других (социальных, экономических или биологических) причин (108). В результате из двух концепций возникают совершенно различные стратегии реформирования уголовного права, соотношения преступления и наказания и интерпретации личности преступника.

Преступление и наказание в западных и русских теориях. Ключевая проблема заключалась в следующем: является ли преступная личность особым типом личности (с соответствующими естественными, социальными и психологическими особенностями) или представляет собой совершенно нормального индивида, квалификация которого как преступника определяется исключительно отношением общества (и действующей правовой системы) к его поведению. Например, должен ли революционер-бомбист рассматриваться как обычный уголовный преступник или как герой, в действиях которого возможно обнаружить признаки нового права, которое восторжествует в будущем?

Трудность вопроса проявилась в отсутствии единого определения преступления. История вопроса включает следующие имена – Беккариа, Ломброзо, Ферри, Лист, Тард, Жоли, Принс. Русские авторы – Н.А. Неклюдов, М.В. Духовской, И.Я. Фойницкий, Д.А. Дриль. Далее, уголовная социология представлена в трудах Д.А. Дриля, М.Н. Гернета, А.А. Пионтковского, Е.Н. Тарновского, А.Ф. Кистяковского, М.Н. Чубинского. Они дали анализ факторов, определяющих развитие преступности и возможности прогноза (например, дорожаение хлеба, плотность населения и проч.) (109). В целом, под преступлением понимается стремление навязать обществу или другим индивидам свою картину мира и порядок общественных отношений, отвергая при этом порядок реализации этих целей, зафиксированный в

действующем позитивном праве.

Классические немецкие теории преступления и их русские последователи шли от нормативной базы: 1) действие, нарушающее охраняемую уголовным законом правовую свободу и, следовательно, нарушающее право – Rechtswiedrigkeit. Право государства (публичное преступление) или отдельных лиц (частное преступление); 2) нарушение обязанности, соответствующей праву (Pflichtswiedrichkeit); 3) единовременное нарушение права и обязанности; 4) нарушение уголовного закона – Gesetzwiedrigkeit (раз не существует запрещения законом того или другого деяния под страхом наказания, не существует и преступления, не может существовать и наказания); 5) нарушение нормы (Normwiedrigkeit). Н.С. Таганцев, один из представителей классического подхода в России, так понимает преступное деяние: «Деяние, чтобы быть наказуемым, в смысле уголовно-наказуемого, должно быть воспрещено законом под страхом наказания, причем этот страх не есть что-либо отвлеченное, не есть фантом, только пугающий того, кто посягает на нормы права, а реально им ощущаемое последствие такого посягательства, есть действительное наказание, как проявление того особого юридического отношения, которое возникает между карательной властью и ослушником велений авторитетной воли законодателя» (110).

Теории наказания в целом соответствовали классическим или социологическим подходам. Они включали: 1) абсолютные теории (категорический императив Канта); 2) относительные теории (наказание – полезность); 3) теории соединительные (соединение справедливости и пользы); 4) теории, отрицающие право наказания. В немецкой и русской литературе выделялись теории возмездия; полезности; устрашения; предупреждения; исправления; заглаживания вреда; общественной охраны; различные смешанные теории (111). Проведя их анализ, Таганцев отрицает абсолютные теории и выдвигает идею рационального обоснования системы наказаний, соответствующей определенному этапу эволюции общества и личности: «Необходимо, – писал он, – искать основания карательного права в условиях общежития, в разумности целей его бытия, в свойстве средств, необходимых для достижения этих целей, в особенностях правового порядка, как принудительного уклада общежития» (112). Этот принцип был положен в основу его практической деятельности по подготовке проекта Уголовного уложения Российской империи (1903 г.) (113).

Основоположник социологического подхода, Дюркгейм (и его русские последователи в уголовной социологии), напротив, определял преступление безотносительно к состоянию правовой базы, как деяние, которое порицается большинством, народной совестью, национальным сознанием и чувством солидарности. Это определение, вытекающее из общей дюркгеймовской концепции, как отмечалось, релятивизирует состав преступного деяния, увязывая его не с позитивным правом, но скорее с состоянием общества и его социальной психологией. Революционное действие для него поэтому отнюдь не всегда преступно само по себе. По определению французского криминолога Жоли, преступным следует признать человека, желающего подчинить своим страстям отношения, которые у него возникли с другими лицами, но не обладающего ни храбростью, ни терпением для закономерной и честной борьбы. Примером реализации данного подхода могут служить речи известных русских адвокатов, защищавших преступников, в частности, террористов, на основании главным образом моральных аргументов и тех особенностей их личной психологии, которые делали их деяние морально приемлемым для суда присяжных (114).

Для сторонников теории естественного права было свойственно стремление объединить правовой и социологический подходы, исходя из формулы о праве как «гарантированном минимуме нравственности» (В.С. Соловьев). Так думал, например, В.М. Бехтерев, по которому «преступным следует признавать вообще все то, что приводит к нарушению minimum'а, установленных норм общежития, причем, однако, юридическое толкование преступления требует, чтобы упомянутое нарушение было предметом ведения Уложения о наказаниях» (115). Бехтерев считал, однако, важным тезис психиатрической школы – требование разграничить подлинный преступный умысел (в уголовно– правовом смысле) от болезни, усматривая родство между преступлением и сумасшествием (душевным расстройством и вырождением).

В целом, противоречие классических и социологических подходов наиболее определенно проявлялось в отношении к наказанию. Первый, даже если принимал тезис о социальной

обусловленности преступления (как Таганцев), усматривал в наказании социально необходимую меру защиты, второй (Гогель) отказывался от теории наказания в пользу идеи перевоспитания преступной личности и, соответственно, выступал за ограничение сферы действия уголовно-правовых норм (сужение их действия и упрощение). Наконец, выдвигалась теория о взаимной связи и обусловленности преступления и наказания: «наказание как преступление и преступление как наказание». А. Гольденвейзер соглашается с тезисом Л.Н. Толстого (высказанном в его романе «Воскресенье»), что «наказание – худшее из преступлений» (116). Данный подход получил распространение в либеральной юриспруденции особенно в связи с проблемой смертной казни. Если ряд либеральных мыслителей (например, Б.Н. Чичерин) считал (вслед за Кантом и Гегелем) смертную казнь вполне оправданной, то либеральная мысль в целом (С.А. Муромцев, М.Н. Гернет, А.Ф. Кистяковский и др.) категорически отвергала этот путь наказания, рассматривая его как воспроизведение элементарного принципа талиона, недостойного современного образованного общества (117).

Расширение рамок юридического подхода к проблеме формирования преступной личности. Данный поиск идет по линии преодоления формально-юридических подходов путем обращения к социальным факторам (М.М. Ковалевский, С.А. Муромцев, Н.М. Коркунов, Г.Ф. Шершеневич). С юридической точки зрения разнообразные отношения человека к человеку разделяются на три главных сферы: частно-гражданскую; общественную и государственную. Как говорит И.Я. Фойницкий, классификация преступлений может проводиться по трем признакам: тяжести наказания; составу преступного деяния; природе правовых норм, охватываемых уголовной угрозой. Фойницкий анализирует их все, в частности – способ действия: «Способ действия имеет важное значение для определения состава многих преступных деяний и даже для вменения их в уголовно– юридическую вину. По мнению римских юристов, все преступления учиняются или насилием (vis), или обманом (fraus). Ни одна классификация не может обойтись без этого признака; однако, он может иметь лишь видовое, а не родовое значение, потому что один и тот же способ деятельности возможен при различных преступлениях и наоборот» (118). Наиболее удобным признаком классификации по Фойницкому, который затем получил развитие в науке, является объект посягательства. «Уже римские источники по этому признаку делили все преступные деяния на cr. Publica del. Private, смотря по тому, направлялись ли они против прав публичных или частных».

Ограниченность чисто правового подхода стала очевидна в условиях социальных потрясений: «Ныне выяснилось, – замечает Фойницкий, – что собственно объектом посягательства должны быть почитаемы нормы или заповеди, которые имеют своим содержанием известные отношения, составляющие условия общежития: например, заповеди «не убий», «не покидай в опасности», «помогай погибающему» установляют отношения третьих лиц к жизни человека; заповеди: «не укради», «не присваивай чужого» – отношения их к имуществу; заповеди: «относись осторожно к жизни, здоровью и имуществу ближнего», «не вступай в связи с людьми, питающими преступные умыслы», «снискивай пропитание честным трудом» содержат в себе запрет неосторожности и разных опасных действий, каковы бродяжничество, противозаконные сообщества и т. п.» (119).

Обращение к социальным факторам стало ответом на неэффективность традиционных подходов. Истинная и перспективная миссия международной юридической науки, говорил Фойницкий в докладе на международном конгрессе, состоит в кооперации национальностей для того, чтобы получить социальную картину преступлений (un tableau social des crimes). Фойницкий говорит о необходимости так организовать криминологические исследования, чтобы изучать тотального человека (l'homme total), совершившего преступление во всех ситуациях, в которых он выступает нарушителем общественного порядка. Другими словами, криминальная статистика должна прекратить группировать цифры по различным концепциям (параметрам), установленным законодателем, различным странам, с тем, чтобы заниматься живой личностью тех, кто находился в данный момент за приготовлением преступления. Только при таком взгляде можно учесть глубокие различия, которые существуют между правовыми предписаниями различных стран по отношению к юридическим понятиям (120). Необходимо изучать среду и условия (le milieu et les conditions). Три параметра оказывают влияние на деятельность человека: а) социальные условия как семья, образ жизни, социальная

позиция, религия; б) индивидуальные физические и моральные условия как пол, возраст, физические несовершенства, физические особенности; в) космические условия, способные вызвать инкриминируемые акты, как точная топография места, где было совершено преступление.

Рассматривая традиционные юридические направления классификации преступных деяний (по тяжести наказаний, по органам судебной власти, по объектам, по которым они направляются, по порядку судебного преследования), представители социологической школы права обращают внимание на тот принципиальный момент, что субъект и объект преступления подвержены исторической эволюции, семантический смысл этих понятий связан с масштабом применения норм уголовного права (которые развиваются от чрезвычайно абстрактных к более узким, так что многие деяния, ранее рассматривавшиеся как преступные, перестают рассматриваться как таковые, начинают регулироваться другими отраслями права или вообще – моральными нормами), наконец, подчеркивается, что субъектом могут выступать исключительно физические личности. Ранее субъектами и объектами преступлений могли быть продукты религиозной фантазии (в виде потусторонних сил, изучавшихся теологией и демонологией), абстрактные юридические лица (народы, государства и проч., за которыми признавалась только историческая ответственность), неодушевленные предметы (которые по древнему законодательству подлежали высылке из страны в случае причинения смерти человеку); животные и даже насекомые (например, средневековые процессы против крыс, гусениц, саранчи, шпанских мушек и т. д., которые велись в суде присяжных по всей форме с привлечением адвокатов и экспертов-теологов и заканчивались вынесением приговоров) (121).

Социологическая школа: преступная личность как выражение социально-экономических аномалий. Становление европейской и русской социологии шло по линии перехода от метафизических монистических теорий к плюралистическим, многофакторным моделям объяснения общественных явлений (М.М. Ковалевский, Е.В. де Роберти, П.А. Сорокин). Классификация преступлений разрабатывалась как часть этой проблемы и могла проводиться на основе различных критериев, сама разработка которых стала предметом обсуждения в рассматриваемый период. Международный союз уголовного права в Гейдельберге (1897 г.) устанавливал три группы преступных типов в соответствии с интенсивностью мотивов совершенного деяния: 1) преступники под влиянием минуты (случайные); 2) преступники, способность которых подчиняться правовым нормам существенно ослаблена (в силу самого характера преступления и прошлой жизни); 3) преступники, в отношении которых нет надежды на возвращение к нормальной общественной жизни. Ашаффенбург, изложив эту классификацию преступлений, представил другую, включавшую семь групп: преступления по небрежности; под влиянием аффекта; случайные преступления; умышленные преступления; преступные рецидивисты; привычные преступления; профессиональные преступники (122). Анализ факторов преступности в русской литературе включал: факторы внешней природы – климат, время года, цены на хлеб, эпидемии; социальные факторы – густота населения (в особенности населения, находящегося в возрасте, когда человек способен совершать преступления), экономическое положение – бедность и богатство, мир и война, жизнь в городе и в деревне, влияние школы, церкви, печати, значение явлений народной безнравственности – алкоголизм, увеличение половой безнравственности в виде проституции, склонность к разводам, число незаконных рождений; наконец, факторы индивидуальные – возраст и пол, наследственность, здоровье и болезнь, образование и специальность, занятие (123). Эти факторы рассматривались во взаимодействии, причем, как правило, выделить одни из них в качестве решающего не представлялось возможным.

Вслед за Ф. фон Листом, писавшем о преступлении как «социально-патологическом явлении, Чарыхов делил факторы преступности на две группы – социальных и индивидуальных факторов (отрицая физические факторы). Он давал следующую классификацию преступлений: преступность экономическая (признававшаяся основной); патологическая; по страсти и по случаю. Предлагались, исходя из этого, различные методы решения проблемы: в первом случае – преодоление экономических причин преступности, во втором – организация социальной профилактики и гигиены, в третьем и четвертом – развитие культуры и эмансипация индивида. «Культурный человек будущего, – полагал Чарыхов, – окажется в состоянии сдерживать свои

гневные порывы и тем самым не доведет себя до преступления» (124).

Вклад антропологической школы: преступная личность как особый биологический вид. Суть антропологической школы в криминологии – соединение юриспруденции с естественными науками и медициной. Антропологическая школа сформировалась под влиянием Дарвина (теория естественного отбора), Спенсера (ее перенесение на общество) и Галля (френология) (125). Основные представители итальянской антропологической школы – Ч. Ламброзо (создатель ее общей аутентичной доктрины), Р. Гарофало (специалист по реформе уголовно– правовой теории и пенологии), Э. Ферри (автор учения об общественных условиях преступления) (126) – пользовались известностью в России, причем не только в специальной криминологической области, но также в общей социологической литературе. Успеху этих идей способствовала шокирующая новизна концепции: интерпретации преступления как естественного и необходимого явления, подобного зачатию, рождению, смерти, душевным болезням; необходимости изменения методов его исследования (переход от юридического анализа к статистическому и антропологическому); наконец, обоснование радикального реформирования всей системы борьбы с преступной личностью (L'uomo delinquente) (127).

Критика итальянской антрополого-позитивной школы уголовного права с позиций традиционного подхода в России (как и Германии) включала следующие аргументы: смешение юридической дисциплины уголовного права с вспомогательными дисциплинами – антропологией, психологией, социологией; преувеличение значения опытного метода естественных наук для уголовного права (в силу общей несовместимости методов естественных и нравственных наук); необоснованная эволюция объясняющих схем поведения личности от антропологии к психологии. Новое направление было признано несостоятельным в следующих основных выводах: биопатологический генезис преступности, социальная ответственность, классификация преступников, естественное преступление и позитивный критерий наказуемости (128). Поэтому признавались не утратившими силу положения классической школы: нравственная свобода и нравственная вменяемость, исследование и установление понятия преступления, в связи с которым только и может изучаться преступник; идеальные черты, присущие наказанию и уголовному процессу.

Причины популярности Ломброзо в России объяснены современниками. «Влияние Ломброзо на научную мысль криминалистов было громадно», – констатировал Гернет (129). «Особая популярность учения проф. Ломброзо объясняется и тем, – писал В.М. Бехтерев, – что оно явилось первой по времени серьезной попыткой применить закон причинности к явлениям, известным под названием преступных действий человека. В корне подрывая и опровергая классическую или догматическую школу права, оно, естественно, не могло не возбудить к себе особенного интереса» (130). «Итальянская антропологическая школа,– отмечал В.В. Пржевальский,– впервые в широком объеме применила позитивный метод исследования к преступному люду и, доказав путем точных научных данных неприложность карательной системы, построенной по рецепту классической школы, развернула перед изумленным взором почившей на старых лаврах теории и закореневшей в рутине практике мрачную картину грозной социальной беды – неустанного роста преступности» (131). Ломброзо, – по словам Гогеля, – «открыл живую личность преступника и ее значение для учения о преступности и борьбы с нею. Это – открытие громадное. Оно вызвало целый переворот в науке о преступлении и борьбе с ним, науке, которая до того была исключительно представлена юридическо-догматической школой» (132). Отметим, что теория Ломброзо прошла ряд этапов, которые не остались незамеченными в России. В 1897 г. Ломброзо выдвинул теорию «прирожденного преступника», затем в качестве ключевых объясняющих формул выступали – атавизм, дегенерированность и эпилепсия, умственная неполноценность, психическое заболевание; за традиционными психиатрическими объяснениями – психоаналитические концепции криминалистичности «из чувства вины».

Поэтому принятие доктрины Ломброзо было возможно с оговорками относительно большей или меньшей жесткости следования его постулатам о биологической детерминированности преступной личности. Так, близкий ломброзианству Дриль не может быть отождествлен с ним (поскольку допускал возможность перевоспитания преступника и занимался этим практически). В поле его внимания находились и предшественники Ломброзо –

Кабанис, Галль, и френология. Его интересовали не только биометрические показатели, но также критерии умственного и нравственного вырождения личности, психические отклонения (в частности, в связи с немотивированными или интуитивными преступлениями), связь между преступлением и психической болезнью.

Отметим, что русская правовая мысль отвергала те жесткие выводы антропологической школы, которые вступали в противоречие с либеральными политическими идеями: тезис о невозможности перевоспитания преступника; идею замены суда присяжных консилиумом врачей; трактовку «социальной гигиены» в пользу смертной казни для опасных преступников (например, террористов).

Позднее эти выводы стали основой отрицания ломброзианства марксистской правовой доктриной. Она объясняла его появление наступлением реакции после подавления Парижской коммуны 1871 г., связывала его с «морганистско-вейсманистским реакционным идеалистическим учением о наследственности», ставила в один ряд с физиономистикой (Лафатера) и френологией (Галля) и признавала неправомерным тезис о том, что «наследственная склонность к совершению преступлений существует сама по себе независимо от отдельного человека» (133). Современная наука, не склонная с порога отвергать идею передачи наследственных признаков, способных обострить влечение индивида к преступлению, оставляет этот вопрос открытым.

Если дореволюционная наука не принимала Ломброзо из-за негуманности некоторых его выводов, то советская – прежде всего из-за индивидуалистического подхода, отрицания возможности социального перевоспитания преступника, а также (что особенно важно) из-за отождествления им революционеров с преступниками.

Психиатрическая школа: преступность как сумасшествие. Для семантического анализа преступной личности существенное значение имеет тот синтез антропологического и психопатологического подходов, который был представлен в психиатрии рассматриваемого периода (134). В исследованиях Ломброзо о политических преступниках (к которым он относил революционеров, коммунаров, анархистов, террористов) (135) проводилась мысль о том, что все они в той или иной степени обладают рядом общих свойств – признаками вырождения, предрасположенностью к душевным расстройствам, манией величия, кровожадностью, стремлением к тирании, т. е. теми параметрами, которые определяются в современной литературе понятием «авторитарной личности».

Ломброзо, эмпирически изучив проявление данного синдрома во многих странах мира, в том числе в виде русских нигилистов, сформулировал проблему, которая остается центральной при анализе современного терроризма – как соотносятся социальные и биологические причины, определяющие появление данного типа личности; являются ли действия подобных индивидов рационально спланированными преступлениями или проявлением болезни; наконец, какие меры должно предпринять общество для своей защиты от них?

В психиатрии ответ на этот вопрос был дан в исследованиях различных типов психических отклонений (136), выражающихся в форме бреда. «Смотря по содержанию идей бреда, – отмечал немецкий психиатр Крафт-Эбинг, чрезвычайно популярный в России, – можно различить несколько видов первичного сумасшествия: а) сумасшествие с бредом преследования (paranoia persecutoria), или собственно так называемый «бред преследования»; б) сумасшествие с бредом преобразований, или «политическое сумасшествие» (paranoia reformatoria s. politica); в) религиозное сумасшествие (paranoia religiosa); г) любовное сумасшествие» (137).

Важнейшая категория – «политическое сумасшествие или бред преобразований». Воззрения подобных реформаторов отличаются часто своеобразием и новизной (как и гениев), но в отличие от последних – это имеет мнимый характер. «Множество этих ненормальных людей, – констатировал исследователь, – остается всю жизнь на ступени невинного политиканства и теоретических мечтаний об усовершенствовании человечества, но эта ступень служит для них уже порогом к тяжелой, неизлечимой душевной болезни, к так называемому «сумасшествию с бредом величия» (paranoia expansiva). И легко случается, что такие люди, поддаваясь посторонним внушениям, или под влиянием общего брожения умов, охватывающего массы в смутное время, теряют последний остаток самообладания. Тогда они начинают чувствовать непреодолимое стремление – поступать в смысле своих идей и являются

народными ораторами, вожаками восстаний, основателями новых политических партий, или новых вероучений, делая тем самым и себя и других несчастными» (138).

«Судебное значение этой категории «резонирующих помешанных» (aliénés lucides) чрезвычайно велико. Мало того, что они подстрекают к беспорядкам окружающих их людей, возбуждают племенную и сословную ненависть, совершают изуверства в виде динамитных покушений, – они, в своем безумном ослеплении, нередко стремятся и успевают осуществить свои революционные идеи в убийстве главы государства» (139). С этих позиций анализируются политические убийцы, политические и религиозные фанатики, которые не страшатся смертной казни. В трудах В.М. Бехтерева (140), П.И. Ковалевского (141), П.А. Сорокина (142) можно найти сходные формулировки этих явлений.

Так, П.И. Ковалевский в своей «Судебной психопатологии» и многочисленных исторических диагнозах Ивана Грозного и других лиц говорит, что в основе преступности лежит вырождение, которое может выражаться и анатомически, и биологически, и социально (идиотизм, сумасшествие, преступность). Но прирожденные преступники встречаются редко. Из этого делался вывод о необходимости полного психиатрического исследования всех подсудимых. Все эти выкладки имели следующее практическое значение: от них зависело отношение к суду присяжных, решение вопроса о предварительном освобождении и условном осуждении лица.

Свобода воли, вина и ее вменение. Ключевая проблема интерпретации личности – вопрос о свободе воли. Классическая школа склонялась к тому, что индивид наделен качеством свободной воли, способен выбирать между законопослушным и преступным поведением. Напротив, социологическая школа отрицала (или ставила под сомнение) свободу воли, говоря о детерминированности поведения индивида биологическими или социальными причинами, к которым относились экономические и проч. Соответственно, делались различные выводы о генезисе преступления и природе наказания.

В теории уголовного права представлено три позиции – фаталистическая, волюнтаристская и компромиссная (рассматривающая понятие «свободы воли» как условное, идеальный тип, исследовательскую конструкцию). Свободное проявление воли, как условие вменяемости, предполагает: способность свободы суждения (libertas judicii) – понимания существа и последствий своего действия; способность или свободу выбора (libertas consilii), т. е. возможность решимости на совершение действия или на отказ от него на основании мотивов, даваемых свободою суждения. Когда существуют оба эти психологических условия, существует и способность к вменению, когда одного из условий нет – вменяемость отсутствует, поскольку нельзя доказать субъективную зависимость факта наказуемости деяния от воли его виновника (143).

В русской правовой мысли проблема установления наличия или отсутствия вины – оказалась одной из центральных. Как показал П.А. Сорокин, не существует абсолютных критериев для таких понятий, как «преступление и кара, подвиг и награда» – они подвержены исторической эволюции, как и понятие вины. В русской юриспруденции поиск критериев вины был связан с установлением самосознания личности, альтернативой которой выступали юридические критерии невменяемости (как детство, старость, идиотизм, сомнамбулизм, душевные болезни и аффекты). Наряду с этим фигурировали социальные критерии, как, например, «дикость». Последняя определялась как состояние «полного отсутствия нравственной и умственной культуры, а с нею и понимания значения и свойств поступков и действий» (144). Учитывая, что большая часть населения страны (крестьянство) находилась по существу в дополитическом состоянии, понятие дикости могло получить и более широкую трактовку, будучи отнесено к агрессивным революционным толпам, члены которых не могли быть оценены как носители сознания (вопреки идее М. Рейснера о «народном правосознании» или «революционном правосознании масс»).

Анализируя самосуды агрессивных толп периода революции, М. Гернет сравнивает данный феномен с поведением австралийских дикарей, но приходит к выводу о внешнем характере сходства между ними: «В действительности, – заключает он, – между темными убийствами толпою дикарей и современными самосудами только внешнее сходство: в том и другом случае убийства совершаются толпою. Внутреннее же различие глубокое: толпа

дикарей действует вполне законно, так как она не имеет других способов борьбы с обидчиками и не знает их, а современная русская толпа, растерзывающая человека на улицах столиц, городов и деревень, совершает преступный самосуд, так как в России революция не упразднила тех властей, на которые возложена обязанность судить преступников и наказывать виновных из них» (145). Судебные уставы 1864 г. поставили Россию на путь правового государства, а революция перечеркнула его.

Противопоставляя фаталистическим и волюнтаристским теориям либеральную концепцию личности, русские ученые фактически приходили к выводу о том, что свобода есть возможность следовать голосу разума: «нравственная свобода состоит в способности следования человека внушениям своего разума, отклоняясь от которого человек отдает себя во власть чувственных побуждений» (146). Сходным образом, судья, если он не находит однозначного решения в законе, должен руководствоваться внутренним нравственным убеждением (147).

Реконструкция теоретических и семантических параметров преступной личности способствует выявлению устойчивых и значимых философских, правовых и семантических конструкций, демонстрации их смысла для нравственной свободы человеческой личности.

5. Социальные корни политического экстремизма и правового волюнтаризма

Переход от традиционного аграрного общества к массовому (индустриальному) повсюду создает предпосылки социального конфликта. Социальная основа конфликта – трудность для традиционного сознания приспособиться к реальности глобализирующегося, коммерциализирующегося и индивидуализирующегося мира. Одни усматривают выход в его разрушении, другие – в конструктивных преобразованиях и адаптации к объективным изменениям. Данный конфликт, как показывает история, может быть разрешен двумя способами – революцией и реформой. Революционная модель получает обоснование в теориях правового нигилизма и волюнтаризма, а ее инструментом становится политический экстремизм. Реформационная модель (в основе которой лежит либеральная концепция преобразований), напротив, отстаивает путь правовой преемственности, рациональных изменений, осуществляемых государством.

Предпосылки для столкновения этих двух моделей общественного развития были представлены в России начала XX в.

Модели разрешения социального кризиса. Сопоставление двух моделей разрешения социального конфликта традиционного общества в России и других странах XX в. показывает не только их своеобразие, но и типичные свойства, повторяемость. Во всех случаях избрания стратегии аграрной революции (Франция, Россия, Китай) это означало срыв конструктивной работы по преобразованию общества, который объяснялся как трудностями реформ, так и консерватизмом правящего класса. Уже за революцией в России 1905–1907 гг. следовали революции в Турции (1908), конституционная революция в Иране (1908–1911), Мексике (1910–1925) и Китае (начиная с 1911). К ним относятся также крестьянские восстания в британской Индии (1905–1908), исламское движение в Индонезии (1909). Русская революция 1905–1907 и затем 1917 гг. оказала влияние, как непосредственное, так и опосредованное, на все крупные социальные конфликты развивающихся стран. В литературе о крестьянских войнах XX в. проведено сравнение крестьянских революций в России, Мексике, Китае, Алжире и Вьетнаме XX в. В новейшее время данная модель политического устройства (хотя и в различной степени) была реализована в таких модернизирующихся странах, как Мексика, Балканы, Вьетнам, Куба, Боливия, Алжир, Мозамбик, Эфиопия, ведя повсеместно к созданию авторитарных однопартийных режимов.

Другая модель политического устройства модернизирующихся государств представлена в тех странах, где социально-политический конфликт традиционных аграрных обществ был выражен не столь отчетливо и получил другую форму разрешения – путем «революций сверху» или радикальных экономических реформ, осуществляемых самим государством. Важнейшим критерием, разделяющим революцию и реформу, является в связи с этим судьба правящего

класса – в первом случае происходит его разрушение, во втором он сохраняет свои позиции. Важнейшими предпосылками успешной революции сверху являются слабость (в идеале даже отсутствие) привилегированного класса землевладельцев, играющего доминирующую роль в политической системе, относительная автономность государственного аппарата, независимое и достаточно самостоятельное положение бюрократии в госаппарате. Примером реализации подобной стратегии служат реформы в Пруссии, революция Мейдзи в Японии, преобразования Кемаля Ататюрка в Турции. Примерами служили также военные диктатуры Египта и Перу.

В отличие от революционной модели, трансформация и модернизация общества в этом случае была достигнута не за счет массовой мобилизации (как в ходе Французской или русской революций), а за счет вмешательства государства (бюрократии) в регулирование отношений собственности, манипуляции элитными группами и эффективной управленческой деятельности. Механизм процесса реформы состоял в следующем: отмена структур старого режима была проведена не через экстенсивное применение массового или военного насилия, а главным образом политическими средствами; изменения совершались не путем радикальной ломки, а путем ряда последовательных и ограниченных нововведений, сочетания бюрократического контроля для отмены власти консерваторов и манипулирования умеренными элементами для обеспечения поддержки более радикальных преобразований. Примерами осуществления данной стратегии «революций сверху» признаются некоторые военные диктатуры новейшего времени.

Природа революционного экстремизма и его теоретическое обоснование в России. Политический экстремизм (от extremum – крайний предел) представляет собой попытку преодоления фундаментального социального противоречия модернизирующегося общества путем сознательного провоцирования конфликта и использования его для захвата власти. Данная теория и практика повсюду имеет ряд устойчивых параметров: упрощенная механистическая картина мира; противопоставление абстрактного социального идеала (как правило, основанного на ценностях доиндустриального общества) действующей социально-политической системе; использование существующих в обществе линий социального напряжения для сталкивания различных социальных групп; мобилизация социальных сил на основе негативных ценностей социального разрушения; апология деструктивного протеста вне зависимости от его социального смысла; отрицание институтов (парламентаризма), политических форм (гражданского общества и либеральных политических партий), процедур (переговорного процесса), способных стать инструментами достижения консенсуса; использование малейших ошибок власти для ее дискредитации и изоляции; наконец, стремление к диктатуре во всех проявлениях социальной жизни как способ остановить объективное развитие гражданского общества.

Отсюда фанатичное стремление к тотальности власти и контроля: интеграции и унификации общества (закрытие его от проникновения внешних импульсов;

отрицание культурного и идеологического многообразия, политического плюрализма и разделения властей). Важной характерной чертой всех форм политического экстремизма является отрицание права, стремление к тотальному разрушению существующего общества и его культуры и готовность к использованию насилия против политических оппонентов в невиданных масштабах. Все эти черты, представленные в той или иной мере различными радикальными течениями, получили особенно полное выражение и теоретическое обоснование в ленинизме, а их оформление и провозглашение относится к периоду первой русской революции.

Эти черты политического экстремизма, проявившиеся уже в период революции 1905–1907 гг. в России, очевидно имеют объективный характер, поскольку повторяются в истории – от средневековых религиозных сект до тоталитарных политических движений нового и новейшего времени. Привлекательность политического экстремизма для широких масс заключается в том, что в условиях непонятного, сложного и противоречивого переходного процесса от одного типа социальной интеграции (например, традиционного сословного общества или сельской общины) к другому (массовому обществу индустриальной эпохи), он предлагает доступные для массового сознания (и соответствующие традиционным архетипам аграрного общества) формулы достижения социального единства. О том, что эти формулы не способны дать

реальное решение проблем, но лишь отодвинуть их на более или менее продолжительное время, массовое сознание оказывается не способно судить в периоды апогея социальной конфронтации.

Попытки Коминтерна повторить опыт русской революции 1905 г. в глобальном масштабе. Концепция мировой революции, положенная в основу деятельности Коминтерна, была в сущности попыткой применить опыт российских революций в мировом масштабе. Конфликт двух направлений (индустриальной и аграрной тенденций) выражал различные представления о стратегии движения. Победа «аграрной» стратегии (после провала революции на Западе) означала перенесение центра деятельности с целью направить мощный деструктивный потенциал аграрных революций против ведущих индустриальных держав. Сложность ситуации определялась нерешенностью аграрного вопроса в постреволюционной России. Ставка Коминтерна на аграрную революцию за границей была сделана как раз в период мощного крестьянского движения внутри страны. Главной оказалась проблема, подходит ли стратегия большевиков периода русской революции 1905– 1907 гг. для осуществления аналогичных переворотов в других аграрных странах – от Мексики до Китая. Постановка этой проблемы стала побудительной причиной к изучению социальной структуры восточных обществ, нетипичных отношений собственности и власти в них (азиатский способ производства), а главное – поиска того мобильного социального элемента, который мог (в условиях слабости городов) стать инструментом захвата власти.

Концепция мировой или перманентной революции, выдвинутая Марксом, не только не содержала представления об аграрной революции, но скорее – представляла собой антитезу ей. Для классического марксизма разрешение фундаментального социального конфликта нового времени виделось в победе пролетарских революций в наиболее развитых индустриальных странах. Исторический парадокс состоял в том, что революции, совершавшиеся от имени марксизма, победили (или достигли наибольшего развития) именно в странах, имевших к моменту начала революций традиционное аграрное общество.

Теоретической формулой, которой выражалась эта социальная практика, становился ленинизм, впервые сформулировавший идею использования аграрной революции для захвата власти. Данная теория обобщила опыт российской аграрной революции 1905–1907 гг. Суть этой теории заключалась в том, чтобы использовать движение темных крестьянских масс, недовольных своим изменившимся положением (в условиях развития рыночных отношений и разрушения структур традиционного сельского общества), для ниспровержения существующей политической системы и установления однопартийной диктатуры.

В рамках официальной марксистской традиции постреволюционного периода ленинизм выступал как ее новая историческая модификация. Новизна ленинизма предстает по таким параметрам, как значение крестьянства в осуществлении революции, национально-освободительное (антиколониальное) движение и роль партии. Если Маркс и Энгельс были предтечами социальной революции, то Ленин стал ее вождем. Традиционный марксизм обобщил опыт революций в Западной Европе – Франции, Англии, Германии, а ленинизм – развивающихся стран с большинством крестьянского населения (России, Америки, Японии, Китая и Индии). Формула ленинизма – «крестьянская революция под руководством пролетариата» (1905 г.) или различные ее модификации в виде, например, «рабоче-крестьянской революции» (1917 г.), «демократической диктатуры пролетариата и крестьянства», «революции пролетариата, ведущего за собой крестьянство». Если Маркс очень сдержанно относился к программе такого союза, то теоретики большевизма видели в нем «суть политической тактики ленинизма». Как известно, эта тактика, рассматривавшаяся Г. Плехановым как народнический ингредиент ленинизма, легла в основу теории «соединения рабочей революции с крестьянской войной» и «перерастания» одного типа революции в другой – модель, противопоставлявшаяся в ходе идеологических дискуссий 20-х гг. концепции перманентной революции Парвуса-Троцкого. В данной интерпретации ленинизм действительно оказывался теорией аграрной революции для колониальных стран, выражая идею «Пугачева с дипломом».

Ведущие теоретики Коминтерна (Г. Зиновьев, Н. Бухарин, К. Радек) обосновывали идею о том, что национальные революции в колониальных странах Востока (Китае, Индии, Египте, на

Яве) есть лучший способ ослабления империалистических держав Европы – Англии и Франции. Весь мир представал как сцена, на которой разворачивалась борьба «мировой деревни» с «мировым городом», а гарантия победы усматривалась в идее «рабоче-крестьянского блока» в том виде, как он начал формироваться в России 1905 г. и реализовался в 1917 г. Особые надежды возлагались при этом на революцию в Китае. Как в свое время русская революция 1905 г. оказала дестабилизирующее влияние на Турцию, Персию, Китай, так, полагали они, аграрная революция в Китае будет воздействовать на Индо-Китай, Индию, Мексику и английские доминионы. Обращает на себя внимание сознательное использование фактора отсталости колониальных стран для организации периферийных аграрных революций против индустриальных центров в метрополиях. Развернувшаяся колониальная война с Испанией в Марокко (1925 г.) позволяла делать прогноз об эффективности революционной стратегии в отсталых странах Азии, Африки и Латинской Америки.

Причины неэффективности российской революционной модели в обществах традиционного типа. Ключевыми параметрами плана экспорта революции стали – подготовка крестьянских восстаний с помощью направленной агитации; создание крестьянских советов под контролем партии в мобилизационных целях; использование люмпенизированных слоев и уголовного элемента. Интегрирующими лозунгами становились идеи черного передела (уравнительно-распределительная модель). Фактически это была попытка экспорта модели российской аграрной революции (причем модели, не адекватно понятой и интерпретированной в ее реальных чертах, описывавшихся скорее терминами Французской и других европейских революций). Провал этой программы в рассматриваемый период объяснялся неприменимостью российской модели в странах Востока (неразвитость коммуникаций, слабость городов, децентрализация управления, фактическое отсутствие единой государственной власти и роль армии).

Неэффективность модели российской революции 1905–1907 гг. объясняется, во-первых, тем, что не учитывался фактор незавершенности формирования национальной государственности в развивающихся странах и, соответственно, недооценивался фактор национализма (особенно, в Китае); во-вторых, игнорировалась специфика отношений собственности и структуры общества, которая не только не вписывалась в жесткую классовую стратификацию (что очевидно на примере Китая), но имела уникальные черты в разных регионах мира (от Японии до Испании), а в некоторых случаях вообще не сформировалась (как в Африканских колониях или племенных обществах Океании); в– третьих, не была принята во внимание связь социальных отношений в традиционном обществе и поведения различных его сословий или групп с религиозными представлениями (исламом, конфуцианством, буддизмом, языческими верованиями диких племен); в– четвертых, обусловливалась трудностью применения чрезвычайно абстрактной и идеологизированной трактовки государства к тем странам, где бюрократический аппарат не сформировался или отличался от рационализированных европейских представлений; в-пятых, определялась трудностями реализации из единого центра (Коминтерна) идеологических постулатов, которые оказывались непонятны на периферии социального конфликта. Так, те аграрные движения, которые рассматривались как новые формы демократической революции, на деле мало отличались от традиционных крестьянских войн (от Китая до Мексики) с их идеями уравнительного передела земли, региональной ориентацией и коллективизмом или проявлений элементарного аграрного бандитизма, возникавшего во все эпохи ослабления власти; попытка реализовать в них идею классового блока (даже в той абстрактной и неопределенной форме как она была создана в ходе русских революций) оказывалась неадекватной, а создаваемые институты революционной власти и армии (в виде «советов», «арбитражных бюро» или местных «хунт») отторгались населением или приобретали иное социальное содержание (что затрудняло их мобилизацию в целях Коминтерна).

Крушение данной парадигмы в рассматриваемый период имело не только внешние, но и внутренние последствия. Невозможность навязать другим странам программу уравнительного передела земли вела в свою очередь к отказу от нее внутри страны – переходу к возрождению модифицированной модели служилого государства в новых условиях. Осуществление этого замысла в ходе коллективизации и форсированной индустриализации стало возможным лишь

при условии отчуждения земли у производителей и создания мощного слоя агрономенклатуры.

Демократический цезаризм как эффективная формула выхода из кризиса. В демократическом цезаризме справедливо усматривали главное препятствие программе революционного экстремизма. Данный тип политического режима (в новое время наиболее полно выраженный бонапартизмом) осуществил синтез двух направлений легитимности власти в переходный период: народной легитимности, проистекающей из демократического принципа, и династической, имеющей тенденцию к обоснованию с позиций священного права. Данный тип авторитаризма, сочетающего новую, демократическую легитимность с сохранением старой неограниченной единоличной власти, оказался той моделью, которая позволяла политической власти преодолевать раскол в обществе и осуществлять непопулярные социальные преобразования. Именно поэтому данная идеология впоследствии неоднократно реализовалась в ходе социальных революций нового и новейшего времени.

Обвинения партийной элиты в термидорианском перерождении и бонапартизме, выдвигавшиеся в России 1920-х гг., были фактически косвенным признанием реальности и значимости данной альтернативы. Троцкий, используя образы Французской революции, действительно сравнивал Чан Кай-Ши с Кавеньяком и обвинял его в бонапартизме, а позицию лидеров Интернационала – с воззрениями Ледрю-Роллена, Луи– Блана и других умеренных. Ортодоксальная линия в Интернационале устами сталинистов, напротив, провозглашала ошибочным сравнение Китайской революции с предшествующими в Европе XIX в. и с русскими революциями начала XX в. В Испании критика сталинизма леворадикальными группировками (Х. Маурина, А. Нина) использовала тезис об отступлении от якобинских традиций и ленинизма в направлении «гоминданизации» коммунистов, выражавшейся в соглашении с умеренными силами, а в конечном счете – готовности уступить власть режиму бонапартистского типа. Перерождение революционной власти усматривалось в сближении ее позиций с теми, которые выдвигались в программе реформ П. Столыпина.

Бонапартизм повсюду воспринимался как альтернатива революции большевистского типа: идеологии коммунизма он противопоставлял национализм; революции – реформы сверху; классовому расколу – единство общества (на основе патриотизма); коллективизму – сохранение частной собственности; социальной анархии – сильное государство. Режимы данного типа, прообразом которых были политические системы Наполеона III, Бисмарка и Столыпина в Европе, становились реальной альтернативой стратегии Коминтерна в других регионах мира. В XX в. они были представлены Кемалем в Турции, Чан Кай-Ши в Китае, отчасти авторитарными военными режимами в Южной Европе и Латинской Америке (при всей условности интерпретации их как бонапартистских).

Результаты всех так называемых аграрных революций с точки зрения решения вопроса о власти были далеки от российской модели диктатуры ленинского типа. Это были авторитарные режимы националистической направленности (как Кемаль Ататюрк в Турции и Чан Кай-Ши в Китае); военные диктатуры каудилистского типа (Ф. Франко) или традиционалистские монархические режимы, вставшие на путь модернизации (Япония). Все они отвергали идею социальной (аграрной) революции, осуществляемой массами, выдвигая в качестве альтернативы концепцию модернизации традиционных обществ, осуществляемой путем последовательных реформ сверху. Примером данной стратегии является выход из цикла аграрной революции в Мексике, завершившейся установлением авторитарного военно-бюрократического режима, последовательно осуществлявшего стратегию социальных реформ сверху. Конституция Мексики 1917 г., положившая конец гражданской войне и крестьянским движениям, открывала возможность постреволюционной стабилизации и легитимного проведения реформ. Режим В. Каррансы – это «революция сверху», осуществленная как альтернатива предшествующей аграрной «революции снизу». Данный режим поэтому может быть определен как эквивалент китайского Гоминдана. Завершением аграрных реформ в постреволюционной Мексике стало создание рациональной и технократически ориентированной бюрократии.

В данном контексте такие реформаторы, как Бисмарк, а позднее Карранса, Кемаль и Чан Кай-Ши показали, каким образом радикальные социальные и аграрные реформы выступают эффективной альтернативой революционной модели образца 1905 г. «Революция сверху»,

которую в России планировал Столыпин, может оказаться по своим последствиям гораздо более значимой, нежели революционная модель, ведущая к ретрадиционализации общества.

Уроки революции 1905–1907 гг. столетие спустя: технологии защиты общества от политического экстремизма. Осмысление уроков революции 1905 г. столетие спустя позволяет констатировать неэффективность революционного проекта как способа разрешения социальных противоречий и вступления страны в глобализирующийся мир XX в. Революционный процесс стал выражением социальной катастрофы, отбросившей страну на столетие назад. Необходимо, следовательно, проанализировать уроки контрреволюции или, точнее, механизмы недопущения возникновения данной социальной аномалии.

Спонтанная аграрная революция (как антитеза рациональной аграрной реформе) повсюду в мире выступала фактором ретрадиционализации общества – восстановления архаичных институтов и представлений (например, советов), становившихся тормозом устойчивого и разумного процесса социальных преобразований. Революционное решение аграрного вопроса (который рассматривался как главный в период первой русской революции) выявило свою неэффективность в большинстве стран, которые эксперты Коминтерна считали готовыми к аграрной революции. Опыт аграрного движения в Испании эпохи кануна и развития гражданской войны продемонстрировал опасность такого движения анархического протеста, которое имело больше сходства с идеями Бакунина, нежели Маркса. В Китае реализация идеи аграрной революции породила социальную катастрофу, выход из которой был найден лишь в результате отказа от идеологических постулатов маоизма. Напротив, стратегия реформ, реализованная в Индии, Японии, а также некоторых странах Латинской Америки, где она осуществлялась авторитарными режимами в XX в., оказалась более продуктивна уже тем, что позволила избежать коммунистической революции и гражданской войны.

В результате революционного процесса, что очевидно через столетие после его начала, не была снята ни одна проблема. Напротив, обращает на себя внимание тот факт, что цели, которые ставят перед собой современные реформаторы, и методы их достижения фактически воспроизводят идеи их либеральных предшественников начала прошлого века – С.Ю. Витте, П.А. Столыпина и конституционных демократов.

Данный взгляд на итоги революции 1905 г. и последующий революционный процесс в России делает актуальным анализ технологий зашиты общества от политического экстремизма.

Первое направление их разработки связано с осмыслением социально-психологической основы конфликта и способов его разрешения. Психологический срыв населения в условиях перехода от традиционных социальных структур к массовому обществу, использованный экстремистами для усиления поляризации общества и установления своего доминирования, теоретически может быть снят путем направленного использования информационных технологий: существо вопроса, раскалывающего общество, может быть переформулировано в иных, ценностно нейтральных и более прагматических параметрах. Социальный дискомфорт общества от непопулярных, но объективно необходимых реформ рыночного характера должен компенсироваться сохранением символов и мифов, привлекательных для массового сознания и способствующих интеграции вокруг легитимных носителей власти. Иначе говоря, новые институты должны быть максимально адаптированы к традиционному сознанию.

Второе направление – преодоление исторически сложившегося правового дуализма, когда в обществе существуют параллельные и даже противоположные интерпретации таких понятий, как закон, собственность, справедливость. Для решения этой проблемы целесообразно использовать объективное различие между формально-правовой и реальной (социологической) характеристикой традиционных институтов. Если первая остается неизменной и тяготеет к стабильности, то вторая, напротив, подвержена живым изменениям, которые могут иметь принципиально различную направленность. Это свойство социальных отношений опережать развитие правовых форм целесообразно использовать в интересах реформ (отбирая тем самым у экстремизма питательную среду социального протеста против «несправедливых» законов).

Третье направление – разделение социальных и технологических (или инструментальных) параметров социальных реформ. Данное направление чрезвычайно важно, поскольку открывает возможности реформационной трансформации, например, аграрных отношений на технологическом уровне, откладывая на неопределенное время социальные реформы (вплоть до

достижения обществом соответствующей культурной стадии).

Четвертое направление – создание эффективных институтов обеспечения консенсуса не только на центральном, но и на региональном уровне (судебная реформа, административная реформа, особенно с упором на местное управление и административную юстицию).

Пятое направление – мобилизация всех сил общества (в том числе оппозиционных правительству) на основе противодействия экстремизму и правовому нигилизму. Политические партии (независимо от идеологии) могут быть связаны в этом отношении определенными договоренностями и процедурами, зафиксированными в документах, содержащих взаимные уступки. В этом и состоит здравый смысл политики лавирования.

Шестое – силовое противодействие экстремизму на основе принципа государственной монополии на легитимное насилие. Режим авторитарной модернизации оказывается предпочтительнее социального хаоса: он может осуществлять как подавление революционной оппозиции, так и конструктивную работу с отдельными ее слоями и элементами.

Седьмое – тактика борьбы с политическим экстремизмом может многое позаимствовать у его представителей. Новые технологии противодействия революционным переворотам возникли в XX в. именно под влиянием данной угрозы. Эти технологии (как и вызвавшие их угрозы) сохраняют значение для современного глобализирующегося мира.

Разумеется, в условиях глобализации и информационного общества рассмотренные факторы действуют иначе (больше влияние информации, скорость ее распространения, иная сила оружия и проч.), однако базовые принципы стратегии и тактики преодоления революций сохраняют свое значение.

Главный урок революции в том, чтобы не запускать болезнь, а лечить ее по мере появления симптомов. Необходима диагностика таких социальных аномалий, какими являются революции. Научный подход к их анализу позволяет установить причины, по которым они могут реализоваться или не реализоваться, разработать эффективные технологии их преодоления.

Терроризм и государство: границы допустимой самообороны. Проведенный анализ теоретических и практических форм и методов неповиновения праву, правового нигилизма и волюнтаризма в истории позволяет сформулировать некоторые выводы в отношении крайней формы правового нигилизма – терроризма.

Логика терроризма с юридической точки зрения включает вопрос о праве на неподчинение «несправедливым» законам. Никакое право, однако, не может без внутреннего противоречия легализовать феномен права на сопротивление праву. Теория «конституционного права на революцию», как показала ее критика, неопределенна, поскольку страдает отсутствием у этого права субъекта и санкции. Внутреннее противоречие теории: если допустить существование данного права, то законность его осуществления зависела бы от успеха самой антиправовой акции.

Терроризм может рассматриваться как специфическая форма гражданского неповиновения. Его целью является продемонстрировать властям (и обществу) радикальное неприятие определенных правовых или моральных норм. Гражданское неповиновение есть не право, а ситуация факта. Формы гражданского неповиновения могут быть различны – совместимые с демократией и несовместимые с ней, мирные и вооруженные, законные и преступные.

Центральной проблемой, как было показано, является конфликт позитивного закона и фактического неповиновения (как проявление конфликта легитимного и нелегитимного насилия). Мотив с криминологической точки зрения – внутреннее состояние личности, детерминированное ее потребностями и являющееся побуждением к активным действиям по достижению преступной цели. С этих позиций возможен анализ мотивов к совершению террористических акций (месть, протест, рациональное преследование политических задач). Принципиальное отличие актов терроризма от всех других форм гражданского неповиновения состоит в характере используемых средств их достижения, а не в мотивах и целях. Это акция, направленная на радикальное разрушение правовой (и политической) системы с целью ее изменения в определенном направлении, демонстративно осуществляемая посредством морального и физического насилия для устрашения общества. Насилие – физическое или

психическое воздействие на общество, группу или индивида, нарушающее право на личную неприкосновенность (физическую или духовную). Главная проблема состоит в ценностной интерпретации этого насилия: то, что для одних означает криминальный акт, для других – выступает как борьба за право.

Возможна классификация, исходя из этого, различных типов данных явлений – как нелегитимного насилия, применяемого государством, и как насилия со стороны оппозиционной группы или индивида. Логика их противостояния и взаимовлияния развивается по формуле «вызов-ответ». С этой точки зрения представляет интерес обращение к дискуссиям в социологии права и криминологии начала XX в. в России, обсуждавшим именно эти проблемы. Существо дилеммы – как остановить экспансию конфликта, результатом которого становится переход от правовых инструментов к политическим, в конечном счете – силовым (полицейско–карательным)?

Фундаментальное значение, с нашей точки зрения, сохраняет различение права в объективном смысле и права в субъективном смысле. Их конфликт может быть прослежен достаточно отчетливо. Классические теории субъективного права могут быть использованы для защиты личности: субъективное право как юридически защищенная воля (Савиньи); как юридически защищенный интерес (Р. фон Иеринг); как простое выражение юридического обязательства (Кельзен). Но одновременно они могут выступать как теории, легитимирующие защиту субъективного права против его нарушений государством. Существуют возможности манипулирования различными доктринальными трактовками субъективных прав со стороны государства и политической власти.

В контексте социологии права информативен вопрос об иерархии субъективных прав, в частности, подразделение их на абсолютные и относительные. В некоторых классификациях они делятся на личные (право на жизнь); реальные (право на имущество) и относительные (обязательства). Однако редукционистские теории субъективных прав (сводящие их к конкретным видам и проявлениям) подвергаются критике с позиций естественного права и абстрактного нравственного идеала.

Актуальны такие проблемы, как концепция необходимой самообороны в уголовном праве и возможности ее расширительной трактовки (на публичное право); право государства (общества) на сопротивление насилию (терроризму) и законные пределы самообороны; понятие превышения допустимых пределов самообороны в отношении государства. Оно может пойти на ограничение относительных субъективных прав (расширительная трактовка обязательств), но не может пойти на ограничение (и тем более отмену) абсолютных прав. В противном случае его действия ничем не будут лучше действий его оппонентов.

С этой точки зрения целесообразно обсуждение классических теорий преступления и наказания (возмездия, устрашения, реабилитации и интегративная теория).

В этом контексте чрезвычайно информативно обращение к сравнительному анализу современного антитеррористического законодательства в США и России, других стран, столкнувшихся с этой угрозой. Различие определяется как политической культурой, так и трактовкой прав (негативная и позитивная концепции); сходство – характером вызовов и, особенно в последнее время, – реакцией на них (направления реформирования сектора безопасности).

Общий вывод с учетом исторического опыта состоит в том, что борьба может быть эффективна лишь в том случае, если государство в ее планировании и осуществлении четко представляет границы своих прерогатив. Оно не может (и не должно) пойти на ограничение фундаментальных конституционных прав в рамках делегированных полномочий. Наибольшая опасность создается в тех случаях, когда возникает юридическая неопределенность в отношении чрезвычайных полномочий и независимого контроля над их реализацией. Ослабление контроля над исполнительной властью со стороны других ветвей власти или гражданского общества в целом провоцирует сворачивание правового пространства и может иметь следствием фактическое (если не юридическое) ограничение конституционных прав и свобод.

Если признать, что терроризм есть симптом болезни, то следует иметь в виду, что применение государством жестких санкций (действительно необходимых и, вероятно,

неизбежных) еще не означает лечения. Оно возможно, скорее, по линии гражданского просвещения, морали и публичной этики.

Глава 4
Функция разрешения конфликтов: механизмы взаимодействия права и политики

1. Право в условиях кризиса: возможные способы преодоления. 2. Технологии конституционных переворотов. 3. Конституционное правосудие как политический институт. 4. Между нейтрализмом и активизмом: типология политических функций институтов конституционного контроля. 5. Гражданское общество и государство: модели взаимодействия.

Предметом рассмотрения в данной главе становятся механизмы права и политики при разрешении социальных конфликтов. Речь идет об экстремальных ситуациях, когда необходимо сделать выбор между юридическими (и, следовательно, более легитимными) и политическими (но при известных обстоятельствах более эффективными) действиями. В связи с этим рассматривается проблема кризиса в праве, как она представлена в теоретической юриспруденции XX в., раскрывается теория и практика конституционных переворотов, типология и технологии их осуществления. Взаимодействие права и политики представлено на материале институтов конституционного правосудия разных стран, позиция которых оказала решающее влияние на исход конституционных кризисов. В заключительной части данной главы поставлен вопрос о моделях взаимодействия гражданского общества и государства при определении правового статуса неправительственных организаций. В целом, речь идет о таких перекрестных процессах, как юридизация политики и политизация права, развитие которых не исключает различных форм манипулирования правом со стороны власти.

1. Право в условиях кризиса: возможные способы преодоления

Когда говорят о праве как универсальном достижении эпохи глобализации, осознают нестабильность этого достижения и возможность его утраты: с одной стороны – констатируют принятие права как важнейшего источника легитимности власти (что вытекает из самого принципа демократии); с другой – постоянное отставание права от быстро меняющейся действительности, растущие трудности его эффективной реализации. Конфликт права и реальности делает чрезвычайно привлекательным (а часто и более эффективным) для динамичных социальных сил обращение к таким формам политического действия, которые являются по сути неправовыми (иногда – антиправовыми), но в то же время имеют все внешние атрибуты юридической легитимности, балансируют на грани конституционности, сознательно манипулируют правовыми нормами или имитируют их.

Современный политик, испытывающий «голод по власти», оказывается перед дилеммой: стремясь к новым горизонтам, он неизбежно приходит к напряженности с действующим позитивным правом (консервативным по определению) и старается минимизировать или пересмотреть его ограничения; но, с другой стороны, не может, подобно Князю Макиавелли, опираться исключительно на принципы целесообразности – искусства политической интриги, игнорируя право как самостоятельный инструмент влияния. Напротив, его успех в борьбе за власть определяется способностью доказать обществу юридическую правомерность (законность) своего пребывания у власти (особенно в спорных случаях ее достижения).

В условиях политических переворотов современности победителем оказывается в конечном счете не тот, кто имеет большие политические ресурсы, а тот, кто докажет, что его действия «конституционнее» действий его противников. Означает ли это, что публичные конституционные дебаты в современном обществе есть лишь утонченная форма политической пропаганды?

Мы считаем возможным выделить особый новый тип технологий, применяемых в борьбе за власть, которые не могут быть однозначно отнесены к традиционным политическим или

юридическим, но представляют собой их соединение, своего рода политическое конструирование юридического дизайна. При очевидной актуальности проблемы, она не становилась предметом специального исследования ни в юридической, ни в политической науке.

Технологии манипулирования правом как предмет исследования. В современном обществе возникает новый тип социального регулирования, основной характеристикой которого становится размывание четкой границы между правом и политикой, что ведет к появлению «серой зоны» неопределенности в их отношениях. Другие характеристики: пересекающееся взаимовлияние права и политики (что выражается в процессах юридизации политики и политизации права); конституционный релятивизм (размывание юридического понятия конституционности); ослабление институтов законодательной власти (парламентов) при растущей роли делегированных полномочий исполнительной власти и конституционного толкования, которое становится фактически постоянным институтом политической коррекции основных юридических норм в быстро меняющейся ситуации.

Важнейшим инструментом реальной политики в условиях информационной демократии становится манипулирование правом – процессом принятия, изменения, толкования правовых норм в интересах той или иной политической силы. Подобно тому, как в состязательном судебном процессе хороший адвокат может «переиграть» прокурора, используя исключительно юридические и квази-юридические аргументы для убеждения присяжных, в политике сходного результата достигает сторона, лучше владеющая технологиями манипулирования конституционным правом. Именно в результате их применения государственный переворот оказывается «защитой конституционного строя», а защита этого строя – «государственным переворотом».

Очевидно, что конституционный переворот (как и вообще государственный) имеет свою логику развития и отработанные технологии, включающие целый арсенал юридических аргументов и политических рекомендаций. Следует подчеркнуть ценностно-нейтральный характер данных технологий: они могут использоваться как во имя демократии, так и против нее. Знание этих технологий, очевидно важное для тех, кто готовит конституционные перевороты, несомненно, представляет интерес и для их противников – тех, кто эти перевороты предотвращает.

Почему происходят конституционные перевороты? Для избежания порочного круга при определении соотношения политического и правового подходов, современная наука рассматривает перевороты как политически нейтральное явление: переворот может выступать как первый шаг революционного процесса (когда конечной целью являются социальные и экономические преобразования), как попытка остановить его или повернуть вспять (например, с целью реставрации), или вообще не ставить других целей, кроме захвата и перераспределения власти. При таком подходе переворот предстает как метод завоевания власти, причем без определенной политической или социально– экономической атрибуции. Это определение концентрирует внимание на технике переворота, сознательно исключая анализ его последствий для политической системы.

Важно разграничить юридическое и политологическое понимание переворота. Первое исходит из его понимания как разрыва правовой преемственности, второе – из факта захвата политической власти в государстве иной группой. Таким образом, конституционный переворот – это всегда политический переворот (в той мере, в какой правовая система определяет политическую); но политический переворот отнюдь не всегда является конституционным (захват власти может быть осуществлен в рамках действующей конституции и без ее формального нарушения).

Под конституционным переворотом мы понимаем ситуацию целенаправленного изменения конституционного строя в искомом политическом направлении, которое не опирается на зафиксированные формально юридические процедуры пересмотра Основного закона или внесения поправок в него. Уничтожая старые юридические нормы, переворот создает ситуацию правового вакуума, который может быть заполнен различными способами, но всегда – неизбежно с разрывом конституционной преемственности.

Социальная функция конституционных переворотов состоит в разрешении кризисов в

праве. Конституционный кризис может быть определен как возникновение раскола в обществе в отношении ценности норм Основного закона, выражающегося в принципиально различном представлении о необходимости его сохранения или изменений. Конституционный кризис всегда затрагивает в той или иной форме легитимность конституционных институтов государственной власти, когда существенная часть общества не только отвергает эту легитимность, но и готова предпринять активные действия для пересмотра конституции. Эти инициативы по пересмотру конституции могут выражаться в противопоставлении одного правового миросозерцания другому или даже одних норм действующей конституции другим, но могут иметь выраженный антиправовой характер. В центре дискуссии в ходе многочисленных конституционных кризисов новейшего времени оказывалась поэтому проблема соотношения двух различных методов изменений Основного закона – конституционной реформы и конституционной революции (переворота), которые позволяют обобщить все известные ситуации изменения политического строя с юридической точки зрения.

Острота кризиса и подготовленность общества (его правовой системы) и правящего класса определяют способы выхода из него. Существенными факторами оказываются, во-первых, существующие в данной политической культуре традиции отношения к праву и способам его изменения, во-вторых, гибкость или жесткость конституции (очевидно, что второй вариант более подвержен переворотам); в-третьих, позиция элитных групп – их готовность к принятию результатов переворота или нет. Эти три фактора выражают основные требования к стабильной правовой системе – она должна отвечать критерию справедливости (во всяком случае, в тех рамках, которые устанавливаются публичной этикой); быть выражена в нормах позитивного права; быть эффективной (право должно быть реализуемо на практике).

С точки зрения права способы разрешения кризиса сводятся к трем основным моделям – правового, внеправового и антиправового изменения. К неправовым изменениям обращаются в тех случаях, когда невозможно осуществить изменения правовым путем (в рамках конституционной легальности) или экстраправовым (например, прибегая к широкому толкованию конституции, граничащему с ее изменением). Следовательно, конституционный переворот есть инструмент вынужденного изменения конституции.

Если конституционный кризис может быть определен как объективная стадия при переходе от одной фазы конституционного цикла к другой, то конституционный переворот (в одной из многочисленных форм) – возможный механизм этого перехода. В этом смысле конституционный переворот – это частный случай общей теории конституционных циклов (1).

Конституционный переворот как проблема теоретической юриспруденции XX в. При изучении конституционных переворотов центральной проблемой оказывается соотношение права и силы. Дискуссия по этой проблеме позволяет выделить пять основных теоретических конструкций: верховенство власти над правом (традиционная концепция суверенитета, сформулированная Боденом и Гоббсом); верховенство права над властью (взгляд классической школы естественного права); отождествление права и власти (взгляд Кельзена и вообще юридического позитивизма); разделение права и власти, основанное на отрицании факта влияния права на власть (взгляд американского реализма, рассматривающего право как продукт конкретного судебного решения); наконец, компромиссный тезис о взаимной интеграции и координации власти и права (принятый более или менее во всех современных демократиях). В зависимости от позиции в этом теоретическом споре формулируются различные подходы к переворотам в праве.

Особенно важен вклад позитивистской теории, искавшей на рубеже XIX–XX вв. решения проблемы кризиса права в условиях революционной трансформации традиционного общества. Концентрированным выражением этих дискуссий является, вероятно, теория легитимности М. Вебера, продемонстрировавшая возможность разрыва между такими понятиями, как легитимность и легальность (законность), а следовательно, существование имманентного конфликта между ними, задача разрешения которого является делом политики (2). Этот тезис получил развитие у таких мыслителей, как Г. Еллинек, Р. Сменд и К. Шмитт в Германии, А. Эсмен, Л. Дюги и Р. Карре де Мальберг во Франции, Г. Ласки в Англии, В. Парето и Д. Дель Веккио в Италии, Л.И. Петражицкий, М.Я. Острогорский и Б. Кистяковский в России.

Общая теория конституционных изменений и конфликтов в праве была предложена известным австрийско-германским юристом Г. Еллинеком. В конфликте старого и нового права Еллинек выделял три возможных ситуации: во-первых, столкновение новых правовых идей с действующим (позитивным) правом, составляющее суть дебатов в парламенте и академических кругах; во-вторых, столкновение двух правопорядков в одном государстве; в-третьих, столкновение неправовой силы с бессильным правом, когда в результате, например, государственного переворота победа новой силы придает ей характер правосозидающего фактора.

Г. Еллинек различает два способа модификации конституции – преобразование и изменение. Под первым понимаются изменения, формально не меняющие текст конституции, но наполняющие его положения новым смыслом в ходе спонтанных (не предпринимаемых целенаправленно) действий, в ходе самой социальной эволюции. Под вторым – изменения, сделанные в тексте конституции путем преднамеренного волевого акта. Революции и нарушения конституции всегда были исходным пунктом новых правовых образований. Больше того, исходя из этого, вся история права оказывалась историей переворотов в праве, разрывом преемственности отдельных правопорядков. Только путем фикции может юриспруденция сохранить видимость преемственности развития права. Революции являются выражением целенаправленного изменения конституций путем насильственных переворотов, осуществляемых снизу или сверху, – «каждая удавшаяся революция творит новое право» (3).

Д. Дель Веккио видел причину кризиса в праве (и науке права) в растущем разрыве правового идеала и позитивного права, с одной стороны, отставании кодифицированного права от реальности – с другой, а в революционных переворотах усматривал необходимую корректировку этого несоответствия. Подобные революции выражаются прежде всего в разрушении старого позитивного права, но одновременно в создании нового, которое в свою очередь проходит проверку на соответствие реальности. Революции выступают как «ultima ratio» правового развития. Не следует отрицать возможность и, в известном смысле, необходимость в критические часы истории социальных потрясений, в ходе которых новый порядок устанавливается на руинах предшествующего. В такие периоды возникает, говоря словами Локка, «обращение к небесам», проявлением чего становится расхождение идеального права и позитивного права. Издержками этого подхода становятся идентификация факта и права, надежд людей с их позитивными законами. Рассмотрение революций с точки зрения их отношения к праву делает возможной их разделение на прогрессивные (способствующие принятию более совершенной правовой системы) и регрессивные (ведущие к принятию более примитивной системы). Часто более глубокие и плодотворные революции оказывались менее кровавыми. Это подтверждает, в конечном счете, что революции не могут быть легитимными, если они не приносят действительно нового и более развитого права. Право, в своей сущности, содержит, как говорит Дель Веккио, «принципы порядка, равновесия и социальной гармонии» (4).

Карре де Мальберг решает проблему конфликта права и силы их объединением. Право в целом предполагает начальный факт, являющийся отправным пунктом всякого юридического порядка: этот факт – появление созидательной мощи права, т. е. самого государства. Государство с юридической точки зрения получает свое существование с момента появления конституции. Важен, таким образом, сам факт образования государства, а не меняющиеся формы конституционализма и правительства. Введение данной конституции не соотносится с каким-либо предшествующим ей порядком и не зависит от последующих изменений. Юриста не должны поэтому интересовать предыстория и обстоятельства возникновения конституции. Конституционные перевороты могут быть интересны лишь постольку, поскольку затрагивают принципы, воплощенные в первоначальной конституции, составившей основу национальной воли – государства как юридического лица (5).

Согласно Г. Кельзену революция (в широкой трактовке включающая также государственный переворот) есть всякое изменение конституции или всякое изменение и замена конституции, которые осуществляются вопреки предписаниям действующей конституции. Именно феномен революции, согласно Кельзену, ясно показывает значение основной нормы. Г. Кельзен показал, что государственный переворот всегда устанавливает

новый юридический порядок, поскольку нарушение законности предшествующего порядка имплицитно включает изменение его фундаментальной нормы и разрушение ценности всех законов, вытекающих из нее (6). В этом смысле революция и государственный переворот нисколько не различаются с точки зрения их правовой квалификации. Иначе говоря, государственный переворот (как и революция) предполагает установление новой фактической власти, которая в свою очередь утверждает собственную законность. Эта фактическая власть может, если захочет, даже принять все законы предшествующего режима, но установленный ею правовой порядок должен рассматриваться как новый, поскольку была изменена его ценностная ориентация.

Примером служит попытка группы индивидов захватить власть с помощью силы для изменения легитимного правительства в монархическом государстве и установления республиканской формы правления. Если они добиваются успеха и старый порядок перестает существовать, то меняется вся правовая система, а вместе с ней и критерии оценки правомерности или неправомерности поведения революционеров. В соответствии с этим одни и те же действия могут интерпретироваться диаметрально противоположным образом, признаваться законными или незаконными в соответствии с успехом или неуспехом революционного выступления. Успех переворота как критерий легитимности или нелегитимности нового основного закона – суть подхода Кельзена (7). Это приводит к циническому взгляду на положение права в условиях революций. В результате побежденные революционеры рассматриваются, по Кельзену, как преступники, в то время как победившие заставляют последующие поколения юристов называть созданную ими систему «правом».

Рассматривая проблему формы и содержания в праве, К. Шмитт отверг кельзеновский нормативизм. Центральной проблемой оказывается вопрос о возникновении решения, которое не основано на нормах закона, возникает «из ничего», как это происходит в случае переворота. Невозможность объяснить исключение из общих правил люди определяют как чудо. В этом смысле чудом является создание государства и права (в теологической традиции). В религиозной традиции (Ж. де Местр) чудо определяется как «следствие, производимое божественным или сверхчеловеческим намерением, которое приостанавливает обычную причину или противодействует ей» (8). Примером такого чуда для де Местра стала Французская революция, увлекающие мощь и движение событий которой столь же чудесны, «как внезапное плодоношение дерева в январе». Но если революция есть необъяснимое явление, то таким же чудом может стать и контрреволюция. От чего же зависит очередной поворот колеса фортуны?

Карл Шмитт использовал эту логику, выводя из теологической трактовки «чуда» концепцию комиссариатской диктатуры – исключительного (чрезвычайного) положения. Это позволяло завуалировать конфликт позитивного права и неправовых действий гаранта конституции (которым он считал президента). Подробно рассмотрев столкновение идей правового государства и чрезвычайного положения, Шмитт обосновывает принцип суверенной воли в праве. Это иллюстрируется на примере чрезвычайного положения, введение которого, полагает он, для юриспруденции имеет значение, аналогичное чуду в теологии («Der Ausnahmezustand hat für die jurisprudenz eine analoge Bedeutung wie das Wunder für die Théologie») (9). Однако такой вывод означал замену рационального объяснения конституционного переворота в рамках теоретической юриспруденции иррациональным, представляющим его скорее как искусство.

Конституционный переворот как наука и искусство. В мировой теоретической литературе о политических конфликтах проблемы системного изучения стратегии и тактики рассматриваются в двух основных перспективах – статической и динамической. Различные интерпретации революций, конституционных кризисов и государственных переворотов в целом имеют в виду это деление. Первый подход представляет переворот как объект научного анализа, при котором раскрытие причин, предпосылок и социальных условий, приведших к перевороту, автоматически определяет его результат и оценку данного результата. Этот подход сформулирован прежде всего классической литературой о политических конфликтах и переворотах – от Аристотеля до Клаузевица (и Ленина) (10).

Размышления Аристотеля о влиянии переворотов на конституционное устройство

государства выглядят вполне современно. Переворот может иметь целью два главных изменения в конституции: во-первых, свержение существующей конституции, во-вторых, ее модификацию. Во втором случае возможен ряд вариантов – установление контроля над государственным управлением, изменение природы (олигархической или демократической) в сторону ее укрепления или ослабления и изменение части конституции (например, отмена одной из магистратур). В качестве основной причины переворотов выступает ошибочная концепция равенства, влекущая людей к одной из крайних форм – демократии или олигархии. Избежание этого усматривается в смешанной форме правления – политии. Специфическими причинами переворотов являются чувства людей, мотивы лидеров, а также целый ряд конкретных причин, вызывающих разногласия в обществе. Важно отметить, что Аристотель дает социологическую концепцию переворотов: его интересует стабильность режимов и вызовы им, переход одних форм в другие, например, от олигархии к тирании через демократию (11). В этом контексте чрезвычайно важно появление в Античной мысли (особенно у Платона и затем Полибия) концепции цикличности форм правления, которая является открытием своеобразного закона их смены под влиянием изменения настроений общества (мы сказали бы – типов легитимности власти). Перевороты в этой концепции выполняют функцию социальной коррекции режима, когда его форма перестает отвечать изменившемуся сознанию общества.

Другой подход видит в перевороте не закономерное проявление причин и следствий, но скорее результат применения некоторой техники, и исходит из того, что сам прогресс этой техники или «искусства» осуществления переворотов является существенным (если не решающим) автономным фактором успеха или провала переворотов (12). Данный подход восходит к Макиавелли и вообще итальянской традиции политической мысли и практики (Кола ди Риенци или Фиеско). Этот мыслитель, будучи республиканцем и убежденным противником тирании, отстаивал, тем не менее, необходимость ее фактического осуществления в переходный период образования государств. Для этого он разработал целостную стратегию и тактику захвата власти, а также специфическую технологию ее удержания, составляющую суть «макиавеллизма» в его традиционном понимании. Переворот в таком понимании – возможность воспользоваться состоянием масс. Макиавелли показывал, в частности, «как трудно народу, привыкшему жить под деспотической властью, сохранить потом свободу, если он даже приобрел ее по какому– нибудь случаю», поскольку народ этот есть «не что иное как грубое животное, которое хотя свирепо и дико, но вскормлено в тюрьме и в рабстве», а потому, обретя свободу, «становится добычею первого, кто вздумает снова овладеть им» (13).

Само понятие государственного переворота – Coupd' Etat– было введено в современную науку Габриэлем Ноде в 1639 г. в известном труде «Considérations politiques sur le Coup d'Etat» (14). Он осмысливает данное явление в перспективе общей теории рационального государственного управления («raison d'Etat»), Переворот – это хорошо подготовленное и тайно организованное применение силы государем, направленное на сохранение и укрепление его власти в экстремальной ситуации (в центре внимания – решение Екатерины Медичи об уничтожении гугенотов в Варфоломеевскую ночь). Эта акция, выражая легитимную монополию государя на использование силы, в то же время направлена против сложившихся правовых и моральных ограничений его власти. Всякая власть, основанная на могуществе и силе, может прибегнуть к ней вновь в случае необходимости. Это ставит, однако, фундаментальную проблему легитимности, возвращая ситуацию к исходному (доправовому) этапу ее формирования. Переворот, следовательно, есть одновременно проявление тайны государства («arcana imperiorum») и ее разоблачения. Это – политическое действие, оторванное от всех теоретических характеристик, единственным оправданием которого становится его эффективность. Отсюда выводятся основные «технические» параметры переворота – тщательность подготовки, секретность, внезапность, соответствие масштабов применения насилия поставленным целям.

Современное понятие государственного переворота в узком смысле слова сложилось в период революций конца XVIII и XIX вв. Оно выражает насильственные и незаконные действия, которыми изменяется правительство или осуществляется захват власти группой заговорщиков. Эта современная концепция переворотов была выработана в ходе анализа переворота 18 Брюмера Наполеона Бонапарта и попытки переворота Карла X в 1830 г. В основу

(например, Б. Констаном) положена юридическая оценка переворота как незаконной узурпации власти (15). Параллельно появилась идея осуществления социальной революции путем государственного переворота («заговор во имя равенства» Гракха Бабефа). Подготовка переворота против Директории с целью восстановления конституции 1793 г., заявляли заговорщики, была исключительно «побуждением чистой совести», «повиновением истинному закону» и выполнением клятвы верности «свободе, народному суверенитету и республике» (16). Данная практика нашла теоретическое выражение в бланкизме (17).

В XX в. концепция переворота как «искусства» получила наиболее полное выражение в книге К. Малапарте – «Техника государственного переворота» (впервые изданной в 1931 г. и выдержавшей много переизданий) (18). Непосредственно наблюдая и сравнивая перевороты в межвоенной Европе, этот итальянский политический писатель сформулировал новую теоретическую парадигму. В центре его внимания оказались кризисы демократических режимов в России, Польше, Италии, Испании, Германии и Франции, а позднее – перевороты в Советской России, Китае, Латинской Америке. В новое и новейшее время механизм принятия политических решений, полагал он, не может не учитывать массовые настроения, их выражение в деятельности парламентов, политических партий и бюрократических институтов. Сложная политическая машина современного государства, таким образом, не может быть взята под контроль с помощью элементарной военной операции. Необходима «прививка революционного насилия к конституционной легальности». Это позволяет современным катилинариям, овладевшим искусством переворота, осуществить радикальные изменения конституции и политического строя при сохранении старых правовых форм или постепенного создания новой параллельной конституции. Этим достигается цель легитимации новой власти. Она выступает не узурпатором, но защитником «истинной» демократии против ее врагов (19).

Остается, однако, открытым вопрос: в какой мере инициаторы государственных переворотов осознавали конституционную составляющую их осуществления. Каковы были тактические мотивы Ленина при роспуске Учредительного Собрания? Разумно ли действовал генерал де Голль, потребовав в период Алжирского кризиса от Национального Собрания согласия на изменение конституционного строя и принятия новой конституции? Целесообразно ли было решение Индиры Ганди о внесении поправок в конституцию в условиях чрезвычайного положения? Должен ли был президент Ельцин искать компромисса со старой элитой на основе прежней конституции или, упредив оппозицию, совершить переворот и ввести новую?

В интересах теоретической ясности сконструируем идеальный тип организатора конституционного переворота: он обладает четким представлением о том, какие конституционные изменения необходимы, но в то же время отдает себе отчет в том, что они не могут быть (при существующей расстановке сил) реализованы конституционным путем; его характеризует абсолютный рационализм и информированность, владение как юридическими, так и политическими технологиями; он понимает, что одним из параметров успеха задуманного предприятия является его конституционная легитимация; наконец, он обладает несокрушимой волей и целеустремленностью в достижении своей цели.

2. Технологии конституционных переворотов

Манипулирование правом в ходе современных конституционных переворотов: Каталог основных технологий. В отличие от государственных переворотов, конституционные перевороты должны классифицироваться прежде всего с точки зрения формально-юридических критериев. В рамках общей картины неконституционных (или антиконституционных) изменений конституции могут быть выделены следующие технологии (по степени убывания их вмешательства в структуру позитивного права).

Технология № 1 – узурпация власти Конституантой (Учредительным собранием), созванной для принятия Основного закона в условиях революции (Конвент во Франции, Долгий парламент в Англии) или образования нового государства (Филадельфийский Конвент в США) (20). Существенное значение имеет вопрос о легитимности данного института учредительной власти, порядке его формирования, продолжительности мандата, а также результатах его деятельности (создание писаной конституции или отказ от этого). Примером отказа

Конституанты от принятия конституции с целью пролонгации своих полномочий может служить Израиль. Принятие конституции было обещано Декларацией Независимости Израиля, но не реализовано. По свидетельствам участников событий, надеясь получить авторитетное подтверждение своей позиции, БенГурион делал целенаправленные попытки выяснить необходимость принятия основного закона у экспертов, для чего послал своего эмиссара в Верховный суд США. Большинство судей советовало принять конституцию немедленно и сделать ее настолько жесткой, чтобы Верховный суд не мог уклониться от нее. Лишь судья Ф. Франкфуртер выдвинул другую точку зрения: «Не пишите конституции, – сказал он. – То, что вам нужно, это независимые судьи, а не писаная конституция». Получив это сообщение, Бен-Гурион был удовлетворен тем, что его мнение о нежелательности писаной конституции для Израиля нашло столь впечатляющую поддержку в Верховном суде США (21).

Технология N°2 – создание ситуации двоевластия (двух центров конституирующей власти) с целью подавления одного из них – более легитимного менее легитимным. Данная ситуация имеет место в ходе радикальных революций. Классический пример – противопоставление Съезда советов Учредительному Собранию в России. Советы в России, комитеты в Иране, хунты в Испании и Мексике – суть разновидности институтов непосредственной демократии. Их историческими прототипами, как показал еще О. Анвайлер, являются не только революционные институты Парижской коммуны или парижские секции периода Французской революции, но и значительно более ранние институты – советы солдат Кромвеля, агитаторы Английской революции (22). В ходе крупных революций данная форма непосредственной демократии выполняет функции массовой мобилизации и может быть успешно использована для захвата власти, после чего необходимость в них отпадает (так как в силу своей природы они не могут быть реальными институтами власти), и они сохраняются в лучшем случае в виде декоративного украшения при номинальном конституционализме (как, например, в России после Кронштадтского восстания 1921 г.). Как показывает опыт Ирана периода революции 1979 г., одним из преимуществ исламистов в ходе борьбы с либеральным конституционным движением стала их способность контролировать разветвленную систему комитетов, выстроенную в единую пирамиду власти под эгидой Революционного совета во главе с Хомейни. В результате институт Учредительного собрания в Иране, готовившийся Временным правительством (как ранее в России), был подменен псевдодемократическим традиционалистским институтом – Ассамблеей религиозных экспертов (23). В новейшее время ситуация конституционного двоевластия имела выражение в ходе конституционной революции в России 1993 г.: конфликт двух центров конституирующей власти – Верховного Совета и Президента (и соответственно двух конституционных проектов) – завершился отказом от компромисса (так называемого «нулевого» варианта) и конституционным переворотом.

Технология № 3 – дарование конституции победителями – побежденным. Модель основана на таком ограничении национального суверенитета завоеванных стран, которое предполагает сужение выбора конституционной модели. Примером может служить принятие послевоенных конституций Германии и Японии в условиях оккупации. В первом случае факт вмешательства союзных держав в разработку Основного закона ФРГ и осуществление контроля за его разработкой на всех этапах носил опосредованный характер и был достоянием гласности (допускавшей даже известную возможность диалога сторон по содержательным параметрам) (24). Во втором – фактическая разработка конституции Японии в Штаб-квартире адмирала Д. Макар– тура была сохранена в тайне. Новая Конституция 1946 г. была принята парламентом Японии как поправка к старой Конституции Мейдзи (Конституция японской империи 1889 г.), сделанная в соответствии со ст. 73. Между тем данная статья допускала различные толкования, а практика ее применения вообще отсутствовала, поскольку ранее в конституцию поправки не вносились и даже не обсуждались. Это создавало внешние признаки преемственности конституционного развития; на деле это был, как и в случае Германии, разрыв преемственности (25). Важнейшим параметром успеха данной технологии является сохранение тайны непосредственного иностранного участия в разработке конституции, что является условием легитимности Основного закона. Последующие примеры использования данной технологии (например, в современных Афганистане и Ираке) показывают ограниченные возможности ее реализации в условиях острого конфликта и утечки информации.

Технология № 4 – принятие конституции или конституционных поправок в условиях военного переворота. Созыв Учредительного собрания под контролем Хунты автоматически делает его совещательным органом. Данная ситуация имела место в Турции, где созыв Учредительного меджлиса и разработка конституции 1982 г. (равно как и двух предшествующих) осуществлялись под контролем Совета национальной безопасности (26). Другой пример – военный переворот 25 апреля 1974 г. в Португалии («революция гвоздик»), поставивший у власти хунту из семи офицеров из Movimento des Forças Armadas (Движение вооруженных сил). Диалог ДВА с политическими партиями по вопросам конституционного устройства определялся идеологией движения. Оно было преимущественно левоориентированным и балансировало между радикалами и умеренными, причем все они испытали сильное влияние опыта португальских колоний и явно симпатизировали антиколониальным движениям. Эти рамки, заданные изначально для диалога политических сил, не могли не отразиться на результатах работы Конституанты (27).

Во многих (если не большинстве) стран Латинской Америки XX в. вооруженные силы (официально или неофициально) выступали как гарант конституции. Так, в Бразилии, все конституции, последовательно сменявшие друг друга в 1891, 1934 и 1946 гг., были, в сущности, идентичны в положениях о роли армии в бразильской политике. Эта роль была охарактеризована в двух нормах: первая закрепляла роль армии в качестве постоянного национального института, на который возлагалась задача поддержания права и порядка в стране и гарантий нормального функционирования трех конституционных властей – исполнительной, законодательной и судебной. Вторая норма подчиняла военных исполнительной власти, но с оговоркой, что это подчинение возможно лишь в рамках закона. В дальнейшем роль армии была конституционно ограничена, однако фактическое ее влияние на конституционный процесс сохраняется до настоящего времени, что наглядно подтверждают особенности принятия и содержания последней Конституции Бразилии 1988 г. (28).

Вооруженные силы, говорилось в одной из конституций (Гондурас, 1965 г.), учреждаются для поддержания мира, публичного порядка и конституционного правления. Особенно подчеркивалась задача наблюдения за нерушимостью принципов свободных выборов и непрерывности института президентской власти. Сходные положения можно было найти в конституциях тридцати других стран Латинской Америки, которые возлагали на армию специфическую функцию гаранта и защитника конституции (29). Различается две ситуации: когда эти положения вносились в конституцию под влиянием общей исторической традиции и когда – под непосредственным давлением военных. Это обстоятельство делает участие армии в подготовке и осуществлении государственных переворотов конституционно легитимным. Достаточно лишь доказать, что действия предшествующей власти носили неконституционный характер. Так, в Чили, согласно проводившимся опросам, офицерство как до переворота, так и после было убеждено, что армия может и должна выполнять функции гаранта конституции.

Технология № 5 – изменение конституции в условиях чрезвычайного положения. Далеко не все конституции включают длинный список формальных и материальных ограничений возможности изменения конституции. Этим может воспользоваться одна из ветвей власти в своих интересах. Институт чрезвычайного положения может влиять на изменения конституции в трех направлениях.

Первое – режимы чрезвычайного положения, вводимые для проведения конституционных поправок (например, Индия). Индира Ганди в 1975 г. провозгласила чрезвычайное положение на основании внутренней угрозы для страны, приостановила действие конституции, заключила в тюрьму главных лидеров оппозиции и диссидентов из Конгресса и издала указы, которые под предлогом внутренней безопасности вводили ограничения демократических прав граждан. На основании 38 и 39 поправок к статьям Конституции введение чрезвычайного положения и электоральные вопросы, затрагивающие премьер-министра и других важных лидеров, стали неподсудными. Согласно 42-й поправке, относящейся в общей сложности к 59 статьям Конституции, баланс соотношения между законодательной и судебной властями оказался измененным в пользу первой. Особенно важно то обстоятельство, что законодательные поправки к конституции переставали быть предметом судебного контроля (30). В дальнейшем отмена чрезвычайного положения и проведение демократических выборов позволили отменить

эти поправки и восстановить позиции независимого контроля конституционности.

Второе – введение чрезвычайного положения для приостановления конституции и концентрации полномочий в руках исполнительной власти. Классический пример – использование ст. 48 Конституции Веймарской республики нацистами для установления своего господства. Чрезвычайное положение вводилось во многих развивающихся странах без изменения конституции и стало правилом политической жизни в течение полувека, поскольку позволяло проводить волю правителя без переворота и отмены конституции и парламентаризма (например, современный Египет). Чрезвычайное положение в Латинской Америке XX в. оказалось практически институционализированным и военный фактор стал легитимным участником политического процесса. Эти преторианские республики создали политические механизмы и процедуры, которые «нельзя найти ни в каком учебнике конституционного права» (31).

Третье – специфическая ситуация (в основном в Латинской Америке), где в рамках суперпрезидентской республики введение чрезвычайного положения автоматически означает управление с помощью президентских указов («чрезвычайных указов»). Практикуется использование института чрезвычайного положения для внесения поправок в конституцию (как ни парадоксально, даже – демократических, как это имело место в Колумбии) (32). В Африке XX в. введение чрезвычайного положения регулярно использовалось для изменения конституции в условиях военных переворотов (33).

С точки зрения правовых последствий введения института чрезвычайного положения, важно разделять такие его разновидности, как сохранение и защита конституционного строя или, напротив, приостановление или фактическое упразднение конституции. Примером первого является использование данного института в странах со стабильной демократической традицией (например, Франция), второго – установление диктаторских режимов (например, «приостановление» конституции Примо де Риверой в Испании, И. Пилсудским – в Польше) или тоталитарных режимов (нацистская Германия, корпоративистские режимы Муссолини, Салазара и Франко).

Технология № 6 – радикальная модификация конституции неконституционными конституционными поправками, имеющими сомнительный правовой характер (например, для защиты конституции от ее «врагов», угрозы терроризма и проч.). Понятие «неконституционной конституционной поправки» вытекает из положений Основного закона ФРГ и представляет собой концентрированное выражение опыта крушения Веймарской республики (34). Но в других странах это положение не зафиксировано нормативно, а потому конституция не защищена от изменения по этой линии. Это, в частности, ситуация октроированных конституций монархических государств и многих современных развивающихся стран.

Она возникает в условиях неопределенности того, что является конституционной, а что неконституционной поправкой, и отсутствия независимого арбитра в разрешении этой проблемы. Возможна ситуация конфликта двух конституционных поправок, имеющих диаметрально противоположное содержание; двух ветвей власти по вопросу об одной конституционной поправке. Наконец, возможен такой конфликт законодательной и судебной власти, при котором возникает конституционный тупик (судебная власть может признать поправку неконституционной, а законодательная – попытаться изменить законодательное регулирование судебной власти).

В результате такого анализа возможно моделирование ряда ситуаций: действующая конституция изменяется поправками с целью перехода к более демократической системе (либерализация путем внесения поправок); конституция модифицируется поправками в направлении авторитаризма; конституция остается неизменной, но перестает быть действующей (например, Конституция Турции 1924 г., в которую не были вовремя внесены изменения после войны; Конституция РСФСР 1978 г., которая (при всех ее поправках) сохраняла Верховный Совет и не была изменена радикально сразу после «августовского путча» 1991 г.). Существует также теоретическая возможность вообще запретить конституционные поправки (временно или постоянно). При разработке проекта конституции для «демократической, социалистической республики» Шри-Ланка в 1978 г. правительство включило в него положение, согласно которому выдвижение и защита любой конституционной

поправки влечет уголовное преследование с наказанием до 10 лет заключения, со штрафом или без и с конфискацией всего имущества. Однако осуществление подобной идеи превращает конституцию в номинальную. При всех рассмотренных вариантах целесообразно выяснить, кто отстаивает и продвигает (лоббирует) поправки, насколько легитимны институты, инициирующие их появление, и конституционны процедуры их принятия, а следовательно, какова легитимность самих поправок, их воздействие на конституционный процесс и политическую ситуацию.

Сюда следует отнести также практику заполнения пробелов и преодоления противоречий в конституции путем реализации «скрытых полномочий» гаранта конституции. Примером может служить конфликт между парламентом и монархом в Германской империи, когда были сформулированы две альтернативных теории заполнения пробелов в конституции – теория апелляции (к народу) и теория лакун (согласно которой, как разъяснял О. фон Бисмарк, прерогатива их заполнения принадлежит монархической власти), наконец, вообще все случаи «мнимого конституционализма» (35).

Технология № 7– изменение конституции путем реформирования норм об изменении конституции, принятых под давлением доминирующей политической силы. Примером служит так называемый «демократический переворот» де Голля. Голлистская политическая система возникла в результате того, что во французской литературе получило название «юридического переворота». Этот переворот является уникальным примером радикальной трансформации демократии недемократическими методами, однако с сохранением формальной видимости конституционной преемственности и последующей демократической легитимацией переворота, что позволило обойтись без автоматического установления диктатуры. Концепция такого переворота (разработанная Ж. Бартелеми, М. Дебре и Р. Капитаном) включала идею признания кризиса политической системы переходного периода, констатацию противоречия легитимности и законности, признание режима IV республики нелегитимным, выдвижение восходящей к Французской революции идеи «спасения нации» и создания для этого «правительства общественного спасения». Эти принципы были реализованы в условиях угрозы гражданской войны под давлением вооруженных сил путем принятия парламентом новой процедуры изменения конституции (ст. 90 Конституции IV республики), которая выводила судьбу поправки из сферы голосования парламентского большинства; включала принятие промежуточного закона и запуск на его основе механизма разработки новой конституции (1958 г.) (36).

Видный теоретик голлистской конституционной модели – Р. Капитан – давал трактовку ее введения как революции. «Наша цель состоит не в том, чтобы ревизовать конституцию, и не в том, чтобы реформировать режим. Речь идет о том, чтобы изменить его. Это означает, что мы ставим под вопрос не формы, но сам принцип. Нам представляется плохим сам принцип современного режима. Именно этот принцип мы хотим отменить. Вот почему, то, что было нами совершено, не есть ни реформа, ни государственный переворот: это революция» (37). Современники говорили о бонапартизме и консульской республике. П. Авриль предпочитает использовать понятие «принципат». Позиция де Голля сравнивается, тем самым, с полномочиями Августа после битвы при Акциуме, положившей конец гражданской войне в Риме. Реализация генералом де Голлем подобных полномочий после Алжирского кризиса имела целью достижение гражданского мира (38).

Технология № 8 – изменение конституции конституционными или простыми законами, каждый из которых в отдельности может не иметь выраженного антиконституционного характера, но которые в совокупности приводят к появлению антиконституционного феномена. Отметим, что эта модель может фактически использоваться для перехода от нестабильной демократии к авторитаризму (конституционные монархии Южной Европы); от авторитаризма к демократии (пример – демократический переходный процесс в Испании, некоторых государствах Восточной Европы; Африки (ЮАР); Латинской Америки (Бразилия, Аргентина)), от одной формы авторитаризма к другой (многие политические режимы развивающихся стран).

Так называемая «договорная модель перехода к демократии» в Испании стала возможной без разрыва конституционной преемственности за счет трансформации старых франкистских основных законов, к которым был добавлен еще один – «Закон о политической реформе»

(получивший на референдуме 15 декабря 1976 г. 94,45 % голосов). Он составил основу трансформации франкистской системы «органической демократии» в демократический режим западного типа. В результате постепенной конституционной реформы форма правления (конституционная монархия) осталась без изменения, а политические и административные структуры франкистского режима были не разрушены, но «интегрированы» в новые гражданские структуры (что, по мнению современных критиков, сделало их менее демократическими) (39). В странах Латинской Америки (например, в Аргентине) применение данной технологии скрывало закулисную сделку лидеров соперничающих политических партий (40), в Южной Африке – существование некоторого внешнего арбитра (Конституционного суда), легитимность которого основывалась не в последнюю очередь на международной поддержке (41).

В то же время подобная радикальная трансформация конституционного строя возможна только при существовании выраженного консенсуса основных политических сил, которые оказываются готовыми на компромиссы и способны закрыть глаза на проявления «конституционного лицемерия» переходного периода (оказывающегося необходимым в условиях радикального политического переворота, представляемого как «развитие» конституции). Подобные попытки в других странах Южной и Восточной Европы оказывались менее успешны (Салазар – в Португалии, Ярузельский – в Польше, Горбачев – в России).

Технология № 9 – принятие конституции, поправок к конституции или конституционных законов с использованием институтов непосредственной демократии (референдумов, плебисцитов или так называемых всенародных опросов), функционирование которых, однако, не отвечает или не вполне отвечает критериям объективности. Традиция «манипулируемых» референдумов, восходящая к бонапартистским плебисцитам, получила развитие в Третьем Рейхе, диктаторских режимах Южной Европы – в Италии, Испании, Португалии, Греции. Конституции некоторых стран предусматривают возможность для главы государства назначить референдум по вопросам политического строя, ставка в таком референдуме не законодательный вопрос, а, в сущности, голосование о доверии главе государства. Использование подобных референдумов плебисцитарного типа (взятых из бонапартистскоголлистской традиции) характерно для стран с нестабильной политической системой и сильной президентской властью: в Египте с помощью плебисцитарного референдума (а не путем выборов) президент Мубарак получил обновление своего мандата в 1993 г.; в постсоветской России одним из вопросов (первым) на референдуме 25 апреля 1993 г. был вопрос о доверии президенту. В период 1994 и 1995 гг. президенты ряда постсоветских республик Центральной Азии использовали этот инструмент для удержания власти: в Казахстане референдум 29 апреля 1995 г. продлил президентский мандат до 2001 г.; в Киргизии – референдум 30 января 1994 г. об одобрении политики президента; в Туркменистане – референдум 14 января 1994 г. продлил президентский мандат до 2002 г.; в Узбекистане – референдум 26 марта 1995 г. продлил президентский мандат до 2000 г., а референдум 27 января 2002 г. поддержал идею изменения конституционного срока полномочий президента с пятилетнего на семилетний. В Белоруссии референдум 17 октября 2004 г. внес изменения в Конституцию, обеспечивающие возможность третьего срока для действующего президента. Во всех случаях процент голосовавших «за» близок к 100 % от принимавших участие в референдуме (42).

Технология № 10 – радикальное (и неоправданно широкое) толкование конституции Конституционным или Верховным судом (далее – Суды). Суды за несколько последних десятилетий стали самостоятельными центрами властных решений, основанных на таком принципе, как уважение к законам в западной демократии (там, где нет такого уважения, роль конституционного правосудия не может быть велика, а их решения вполне легитимны). Если ранее возможны были упреки конституционному правосудию за излишнюю сдержанность или даже сознательное самоустранение (в рамках доктрины «политических вопросов»), то сегодня повсеместно критикуется то, что называется активизмом Судов, осуществляемым во имя общих принципов (легитимность и народный суверенитет) или на оппортунистической основе (когда инициатором выступают сами судьи). Так, в США говорят о нескольких революционных изменениях конституции путем судебного толкования (например, XIV-й поправки) в контексте преодоления расовой сегрегации, соотношения понятий собственности и свободы (в частности,

в период «Нового курса» Ф.Д. Рузвельта). «Революционная» теория и практика судебного толкования конституции вносят свой вклад в возможности ее новой интерпретации.

Современная философия толкования, использующая методы деконструктивизма, структурной лингвистики и проч., способна обеспечить неконтролируемую смену конституционных парадигм, сохраняя при этом все внешние атрибуты легальности. Последний вариант способствует превращению Судов в политический институт, противостоящий другим ветвям власти и способный, неправомерно выйдя за рамки своей компетенции и роли «негативного законодателя» (т. е. подменяя другие конституционные органы), активно участвовать в трансформации общества. Критериями определения сдержанности или активизма Судов признаются: важность отвергнутых Судом законов, с одной стороны, и, с другой – характер аргументации, приведшей к нуллификации закона.

Ситуация включает также различные средства и технологии толкования: изменение закона о конституционном правосудии, определяющего его состав и компетенцию; принятие самим судом определенной доктрины толкования (как, например, доктрина невмешательства в рассмотрение «политических дел» или, напротив, активного вмешательства в них в силу принципа «воинствующей демократии»); возможности различной интерпретации конституции (или конституционной поправки) в зависимости от изменения самой процедуры толкования, наконец, вольного или невольного занятия судом определенной политической позиции (как в случаях с последующей легитимацией конституционных переворотов).

В условиях конституционных кризисов институт конституционного правосудия оказывается в фокусе политической жизни. Конституционные и Верховные суды занимали противоположные позиции по сходным вопросам. В России и Индии они выступили против попыток изменения действующей конституции по инициативе главы государства или правительства (в условиях чрезвычайного положения). В Японии и Израиле – отказались от рассмотрения «политических вопросов» (предоставив их решение законодательной власти), в Пакистане (и ряде стран Латинской Америки) – легитимировали диктаторские режимы. В ряде случаев (например, в Южной Африке) Конституционный суд выступал гарантом переходного процесса, в других (как Верховный суд на Украине) – арбитром в разрешении политического конфликта, в третьих (например, в Сербии или Киргизии) – Суды вообще меняли свою позицию в течение 48 часов.

Эти знаковые решения каждый раз получали теоретическое и правовое обоснование. Например, последующая легитимация военных переворотов включала кельзеновскую теорию «революционной законности» (или революционной легальности), «доктрину необходимости» или «защиты конституционных принципов». Дезавуирование этих решений после устранения диктаторских режимов осуществлялось путем введения в доктрину понятия «конституционного отклонения» (или «конституционной девиации»), а попытки оспорить соответствующие решения со стороны оппозиции отвергались на основании доктрины «неуважения к суду». Все эти манипуляции имели целью обосновать диктаторские режимы, но лишь до тех пор, пока они оставались у власти (43).

Технология № 11 – манипулирование положениями конституции за счет их изменения на семантическом уровне в рамках политической интерпретации конституционных норм (без текстуальных изменений или судебного толкования). Данный способ основан на рассмотрении конституции не как юридического, но скорее – политического документа; он возможен в случае известного консенсуса внутри элиты и осуществляется с привлечением мнения экспертного сообщества. Это такой метод, когда конституция преобразуется «очевидным» мнением авторитетных лиц. Возможно своего рода ретроактивное толкование источников Основного закона, подготовительных материалов к нему (независимо от того, признаются ли они источником права в данной юрисдикции). Примером может служить так называемая «поправка Асида», которая не была поправкой в юридическом смысле, но представляла собой последующую интерпретацию смысла части второй ст. 9 Конституции Японии одним из организаторов ее принятия. В результате данная статья, включенная для выполнения Потсдамских соглашений о демилитаризации и пацифизме, была переинтерпретирована таким образом, что это позволило Японии вновь начать вооружаться (44). Другой пример – сомнительная с юридической точки зрения интерпретация де Голлем ст. 11 Конституции

Франции, позволившая ему провести конституционный референдум в обход парламента (реформа 1962 г.). Эта интерпретация, рассматривавшаяся экспертами как конституционный переворот в момент ее реализации, была, однако, впоследствии сохранена и получила легитимность в качестве альтернативной интерпретации и «юридического прецедента» (45). Третий пример – явление «ползучей конституционализации» в странах народной демократии. Его смысл состоял в такой политической интерпретации положений номинального конституционализма советского типа, которая открывала возможности установления минимального правового контроля над коммунистической партией (ранее вообще не упоминавшейся в конституции) (46). В Китае таким путем семантических изменений некоторых идеологических формул удалось начать переход к рыночной экономике: поскольку никто не знает, что такое «социализм» или «ленинские нормы», данное понятие можно наполнить различным юридическим смыслом, вплоть до противоположного – принятия рыночной экономики. Вообще данный метод может быть использован сторонниками демократизации системы в ситуации номинального конституционализма (неопределенные с юридической точки зрения понятия конституции могут быть легко изменены в нужном идеологическом направлении); но он может быть использован и в обратном направлении (вплоть до превращения конституции в номинальный документ) при условии постепенного ослабления законодательного и судебного контроля над исполнительной властью.

Технология № 12 – изменение правоприменительной деятельности при одновременном подавлении независимого конституционного правосудия (например, использование доктрины политических решений). Эта ситуация имеет место во многих странах с нестабильной правовой системой. Она возникает в условиях реконституционализации (конституционных контрреформ). В основе лежит конфликт между новой конституцией (фиксирующей желательные ценности и нормы) и прежней социально-политической реальностью (более консервативной). В стремлении преодолеть данный конфликт и установить «конституционный порядок» исполнительная власть может пожертвовать конституционными достижениями в пользу эффективности административного управления, вернув ситуацию к доконституционной стадии. Основными направлениями ретрадиционализации конституционного строя при таком подходе оказываются: ограничение децентрализации (федерализма) в пользу централизации; ограничение парламентаризма и, соответстственно, превращение разделения властей в разделение функций; укрепление властной вертикали путем подчинения политическому (партийному) контролю рекрутирования должностных лиц на всех уровнях (центральном, региональном муниципальном); подчинение их общим ценностям режима (нечто в роде государственной идеологии); расширение принудительных полномочий государства с неизбежным параллельным ограничением гражданских прав (ослабление или фактическая отмена парламентского контроля над институтом введения чрезвычайного положения); изменение избирательного права и перегруппировка политических партий в пользу одной из них; усиление полномочий главы государства и исполнительной власти по назначению и смещению чиновников (гражданских и военных); расширение делегированных полномочий администрации. В конечном счете результатом может стать модель имперского президентства (47).

Технология № 13 – введение конституции как чисто номинального акта при изменении политического режима. Неконституционность этой практики определяется тем, что для ее осуществления необходимо подавление независимых центров законодательной и судебной власти. В такой системе возможны формально совершенно конституционные изменения (они были чрезвычайно просты во всех номинальных конституциях), которые, однако, вырабатываются и определяются за пределами формальных институтов власти, а затем лишь получают юридическое оформление, проходя необходимые стадии обсуждения, внесения «поправок» и даже «всенародного голосования», результаты которых предрешены заранее. Для таких систем (в основном советского типа) характерен выраженный дуализм номинальной и реальной конституций. Последняя, разумеется, не получает открытого выражения в кодифицированном виде, однако, ее неписаные нормы действуют очень жестко, а за их нарушением непременно следуют санкции. Реальный центр власти (политбюро, исламское духовенство, хунта) может быть скрыт от непосредственного наблюдения и даже не отражен в

Основном законе.

Соотношение формальной и неформальной конституций, а также официального и реального центра власти приоткрывается в условиях кризиса системы номинального конституционализма, в частности, в ходе «Круглых столов» между партией и оппозицией в странах Восточной Европы. При определенных политических предпосылках номинальная конституция начинает становиться реальной. Констатируется, например, что «бархатная революция» в Польше 1989 г. началась, парадоксальным образом, с защиты сталинистской Конституции 1952 г. Это была своеобразная тактика, использованная затем всем оппозиционным движением Восточной Европы, – защита положений существующей конституции или сознательное рассмотрение их как якобы действующих. Ее плодами в Польше стала постепенная либерализация системы – создание в 80-х гг. института защитника гражданских прав (омбудсмана), а в 1985 г. – Конституционного трибунала. Эти импульсы подготовили «мирный и конструктивный» переходный процесс 1989 г. (48).

С другой стороны, реальный центр власти при номинальном конституционализме может существенно меняться, например, при переходе контроля от партии к армии. В ходе переворота В. Ярузельского в Польше, имевшего целью подавление оппозиции и избежание внешнего вторжения, произошла передача власти от партии (руководящая роль которой к этому времени получила конституционное закрепление) к военным структурам чрезвычайного положения. Подготовка переворота велась в тайне от гражданских членов Политбюро; создание военного Совета национального спасения не получило его санкции; техника переворота носила сугубо военный и секретный характер (полной информацией располагали только представители высшего генералитета, сочувствовавшие перевороту). Созыв конституционных институтов – Государственного совета и Совета Министров, принявших предложение армии о введении военного положения, был всего лишь фактором последующей легитимации переворота (лишь после его осуществления военное положение было оформлено в соответствии с предусмотренной конституционной процедурой) (49). В Румынии переворот, свергший диктатуру Н. Чаушеску, был организован службой государственной безопасности (Секуритате), представлявшей вполне автономную структуру власти внутри государства. Позднейшее создание Фронта национального спасения выступает как способ легитимации новой «революционной» власти с целью сохранения старой номенклатуры (в виде ее более молодых представителей) (50).

Технология № 14 – создание юридической фикции в целях осуществления конституционного переворота. Фактический разрыв конституционной преемственности, возникающий в условиях переворота, прикрывается фикцией сохранения конституционной преемственности. Данный подход получил концептуальное выражение в ряде государств Южной Европы периода перехода к демократии. В Греции, согласно данной концепции, большая часть населения рассматривает диктатуры (1925 г., 1936–1941 гг. и 1967–1974 гг.) как стоящие вне их исторической традиции (51). Эту теорию можно определить как своеобразную антитезу теории последующей легитимации и назвать ее теорией «последующей делегитимации». Согласно этой теории существующее позитивное право отнюдь не является легитимным само по себе. Оно становится таковым лишь в результате его последующего принятия парламентом и судебной властью. В противном случае – данное право (включающее право диктаторских режимов) – нелегитимно. Этот подход, при всей его демократической ценностной ориентации, не решает проблемы возникающих реальных пробелов в праве и вносит сильную субъективистскую струю в определение права. Кроме того, он может быть использован противниками конституционализма, если им удастся доказать, что большая часть населения думает иначе (это неоднократно пытались сделать в Греции сторонники как левых, так и правых взглядов, выдвигая на референдум, например, вопрос о монархии и получая каждый раз диаметрально противоположные результаты).

Примером использования этой логики сепаратистами служит история обретения Литвой независимости, которая определяется выводом о преемственности современной конституции страны по отношению к конституции 1938 г. Когда националисты победили на выборах в Верховный Совет, был предпринят жест символической преемственности – Конституция Литвы 1938 г. восстановлена на один час, после чего вновь приостановлена. На ее место парламент

принял подготовленный оппозицией «Основной закон», который действовал до тех пор, пока новая конституция не была принята на референдуме 25 октября 1992 г. (52). Таким образом националисты стремились представить новую конституцию как продолжение той, которая существовала до установления советской гегемонии. Это была, несомненно, юридическая фикция, не лишенная внутренних противоречий. Главное из них заключается в том, что сама констатация этой преемственности была сделана Верховным Советом, избранным на основе конституции советского периода. В результате возникает порочный круг в отношениях между постсоветской, советской и досоветской конституциями, а также различными типами легитимности соответствующих политических режимов. Следуя предложенной логике обоснования конституции, возможно обосновать любую цепочку преемственности. Однако даже в этом случае обращение к юридической фикции не исключает разрыва преемственности, создавая значительные пробелы в праве.

В результате может возникнуть ситуация, когда сама конституция или существенные части конституционного законодательства окажутся юридической фикцией. Для компенсации этого недостатка становится неизбежным переплетение таких понятий, как этические нормы, правовые нормы и политические (соответственно – различный тип обязательств трех видов и интерпретаций юридической фикции). Последняя – вообще выдает то, чего нет, за то, что есть. Когда не хватает правовых аргументов, в ход идут этические, а то и просто политические.

Технология № 15. Использование так называемых «мертвых норм» права в политических целях. Точнее, превращение некоторых существенных положений конституции в «мертвые нормы» и наоборот – превращение «мертвых норм» в живые. Концепция этих норм не позволяет относиться к ним однозначно. С нормативистской (формально-юридической) точки зрения они остаются правовыми нормами; с функциональной – они перестают действовать (например, нормы о федерализме могут перестать действовать в условиях фактической централизации). В странах, где господствует прецедентное право, понятие «мертвой нормы» вообще достаточно условно, поскольку статуты никогда не теряли силы по причине древности. Так, после Второй мировой войны в Великобритании некоторые изменники были осуждены на основании Акта об измене 1351 г. (за отсутствием более свежих прецедентов).

В странах кодифицированного права появление «мертвых норм» может быть связано не только с древностью (и постепенным прекращением использования), но и с политическими причинами (например, приостановление норм, защищающих права человека в Веймарской конституции или других демократических конституциях с установлением диктатуры). Политические причины могут, в свою очередь, способствовать оживлению «мертвых норм». Так, к примеру, положение советских конституций о праве наций на самоопределение вплоть до отделения – неожиданно стало действующим в условиях кризиса однопартийной диктатуры. Процесс конституционных изменений, завершившихся «бархатными революциями», был не в последнюю очередь связан с постепенным оживлением тех норм номинального конституционализма, которые ранее не могли считаться действующими (этот феномен определяли как «ползучую конституционализацию», но речь шла, в сущности, о начале применения некоторых «мертвых» конституционных норм на практике).

В современном российском контексте эти проблемы обсуждались в связи со «спящими полномочиями президента», которые, в случае необходимости, могут, подобно прерогативам британской короны, материализоваться весьма решительным образом.

Комбинирование различных технологий происходит, с одной стороны, с целью повышения эффективности их применения; с другой, для лучшего учета специфики разных этапов трансформации конституции. С точки зрения эффективности переворота имеет смысл использовать не одну, а сразу несколько технологий, комбинируя их таким образом, чтобы желательный результат (изменение конституции) представал как подготовленное, объективно необходимое и потому легитимное изменение. Например, конституционная поправка, принятая неконституционным путем (в результате политического давления на депутатов), может обрести существенно больший вес, если будет сопровождаться соответствующей санкцией Конституционного суда и информационной кампанией по изменению конституции на семантическом уровне.

Так, комбинируя технологии № 2 и 13, получаем советскую модель номинального

конституционализма; комбинация технологий № 6 и 13 дает нацистскую модель номинального конституционализма.

Комбинация № 8, 11 и 12 имеет отношение к трансформации современной российской конституционной системы (оппоненты говорят о «плавном» конституционном перевороте, имея в виду, что трансформация конституции не связана с изменением ее текста).

Комбинация № 4, 5 и 12 – это ситуация модернизирующихся стран или так называемых «транзитарных» режимов, оказавшихся неспособными реализовать демократическую конституцию и стремящихся ревизовать ее положения на уровне правоприменительной деятельности.

Комбинация № 4, 5, 6 и 12 дает режимы чрезвычайного положения, периодически возникающие в Латинской Америке, едва ли не исключительно с целью проведения конституционных преобразований. Примером могут служить также так называемые султанистские режимы (в стиле Фердинанда Маркоса на Филиппинах), поддерживавшие себя периодическим обращением к чрезвычайному положению для приостановления действия конституционных норм (53).

Комбинация № 7, 14 отражает ситуации, связанные с использованием большего воображения, в частности, изменением самих процедур изменения конституции силовым путем (голлистская модель и ее многочисленные подобия).

Комбинация № 10, 11, 15 – так называемые «бархатные революции» в Восточной Европе, «цветные революции» в постсоветских государствах – на Украине (где Верховный суд дезавуировал результаты выборов) и в Киргизии (где Конституционный суд легитимировал результаты переворота) (54).

Комбинация № 9, 12 и 13 – феномен ретрадиционализации переходных политических режимов в направлении патерналистского авторитаризма.

Комбинация № 1, 9, 14 и 15 выражает ситуацию некоторых сепаратистских режимов.

Вообще комбинирование технологий манипулирования правом (которое возрастает в геометрической прогрессии при добавлении к ним собственно политических технологий) лучше всего выражает цели и определяет интеллектуальный уровень современных катилинариев.

Механизм конституционного переворота: стадии планирования и осуществления. Существует ряд основных стадий конституционного переворота.

Первая (и возможно, самая продолжительная во времени) связана с осмыслением и осознанием в обществе (или определенной группе) причин неэффективности существующей конституционной модели (например, во Франции это заняло период Третьей и Четвертой республик). Это время романтических иллюзий и философских дискуссий.

Вторая представляет собой стадию консолидации определенной группы единомышленников вокруг конституционного идеала, альтернативного действующей конституции. Институционально это могут быть «тайные общества», офицерские клубы, политические партии, объединения духовенства, группы частных лиц, национальные или иностранные спецслужбы, но обязательно – действующие в неформальной обстановке. Конституционный идеал вполне выражается идеями народного (национального) суверенитета, общественного договора, утилитаризма, национального, религиозного или рационального выбора. В условиях глобализации для новых государств – это также выбор государства-покровителя (одновременно – ориентация на соответствующую конституционную модель).

Третья стадия связана с формулированием этого идеала в виде конституционного проекта (или проекта конституционной поправки), когда происходит позитивация известной идеологии и неопределенных социальных ожиданий в праве (на этой стадии «идеологи» вынуждены обратиться к помощи профессиональных юристов или, по крайней мере, лиц, обладающих юридическими знаниями). Автором всех конституций Французской революции оказался один человек – аббат Сийес, цинично мотивировавший свою позицию элементарным выживанием. Понятно, что в условиях секретности разработки проекта круг лиц, которые могут участвовать в деле, весьма ограничен. Этим объясняется тот факт, что наиболее радикальные конституционные перевороты вообще проходили без привлечения представителей

официальной юриспруденции (ими не были Ленин, Ататюрк, адмирал Макартур, аятолла Хомейни, Насер, де Голль, Индира Ганди, Нельсон Мандела, Б. Ельцин и др.). Качество конституционных проектов такого рода может быть чрезвычайно различно, в зависимости от подлинных целей движения. Либеральная оппозиция традиционно придает юридической технике приоритетное значение (конституционные проекты разрабатываются до мельчайших деталей). Напротив, авторитарные течения предпочитают правовым документам абстрактные идеологические доктрины, способные привлечь массовую социальную базу, но не дать разрешение правовых проблем.

Четвертая стадия – это определение способов реализации данной конституционной инициативы (выбор одной из рассмотренных выше технологий или их комбинации). На этой стадии она проходит определенную корректировку в столкновении с реальностью, когда выясняется невозможность (по тем или иным причинам) ее осуществления в виде «нормальной» конституционной реформы. На этой же стадии происходит выбор технологии конституционного переворота, который отнюдь не имеет произвольного характера. Он детерминируется в первую очередь собственно политическими причинами, но во вторую всегда – практической реализуемостью соответствующей юридической технологии (часто, впрочем, имеет место объединение политических и юридических технологий). Например, осознание невозможности победы в Учредительном Собрании, по свидетельству Троцкого, заставило большевиков срочно созвать фиктивный Съезд советов, причем актуален оказался вопрос о дате переворота (спор о том, следует произвести его до или после начала работы Съезда). Невозможность переизбрания президентом на новый срок заставила Луи Наполеона отвергнуть конституцию и провозгласить себя императором; невозможность изменить конституцию, собрав парламентское большинство, вынудила генерала де Голля изменить статью о поправках к конституции; конфликт Б. Ельцина с Верховным Советом предопределил его обращение к силовому варианту.

Пятая стадия – это осуществление переворота в позитивном праве. На этой стадии решающее значение имеет обеспечение легитимности данной акции в ходе ее осуществления, а также возникших в результате нее конституционных норм. Позитивация и институционализация новых идей или принципов права может проходить чрезвычайно болезненно, а может – практически незаметно. Хотя ситуация переворота исключает консенсус политических сил и, наоборот, предполагает их противостояние, для общества важно добиться, чтобы это противостояние не переросло в открытый политический (вооруженный) конфликт. Угроза этого конфликта (гражданской войны) может сама стать мотивом согласия общества на принятие радикальной конституционной трансформации (например, Испания, некоторые страны Восточной Европы).

Шестая стадия – это юридическая защита новых правовых установлений от посягательств на них. На этой стадии происходит полная ценностная переориентация права в направлении консерватизма. На первый план выступает доктрина юридической защиты общества и власти. Бывшие заговорщики и диссиденты становятся респектабельными политиками, защищая свой статус с помощью правовых санкций, направленных в адрес противников. На этой стадии возможно введение чрезвычайного положения, включение в законодательство различных карательных норм за те самые преступления, которые еще недавно совершили авторы конституционного переворота (посягательство на конституционный строй, национальный суверенитет, создание заговора с целью свержения законной власти, терроризм и проч.). Эти нормы очень быстро вступают в действие в ходе так называемых показательных процессов, которые всегда происходят после крупных конституционных революций или переворотов. На этих процессах предстают авторы тех конституционных проектов, которые направлены на восстановление предшествующей системы (монархисты, «реакционеры»), выдвигались как альтернативные победившим (например, Кондорсэ) или тех, которые стремились выразить в праве другие социальные ценности (например, жирондисты), или, наконец, те, которые пошли слишком далеко в стремлении реализовать на практике утопические постулаты революционного права (процессы «бешеных», якобинцев, бабувистов). Современные «люстрации» в постсоциалистических странах в данном контексте – это частный случай ретроактивного переосмысления права с позиций победителей.

Седьмая стадия – это последующая легитимация конституционного переворота (с помощью референдума, плебисцита, выборов, принятия конституционных поправок или создания конституционных прецедентов, обычаев и проч.). Возможны различные стратегии легитимации – позитивная, негативная и смешанная. Первая состоит в открытом признании факта переворота и обосновании его политической необходимости (юридические аргументы здесь не работают). Вторая – в отрицании самого факта конституционного переворота, представлении его как конституционной реформы (для этого необходимо представить ряд рафинированных «правовых» аргументов, из которых вытекает, что разрыва правовой преемственности не произошло). Третья (смешанный вариант стратегии) включает в себя осторожное признание факта переворота, но возлагает ответственность за него на противника существующей правовой системы (правовой конфликт возник как следствие необходимости отражения антиконституционных поползновений оппозиции), либо стремится обосновать тезис, что осуществленный переворот был направлен именно на восстановление правовой преемственности, грубо попранной предшествующим режимом и т. д.

Классификация конституционных переворотов. Государственный переворот вообще интерпретируется обычно как успешная или неуспешная попытка захвата политической власти, опирающаяся на угрозу применения силы. Представленное определение, однако, неэффективно для рассматриваемой нами ситуации – конституционных переворотов как частного случая государственных переворотов, поскольку совершенно игнорирует роль права (основного закона) в ситуации захвата власти, тем самым значительно упрощая данную ситуацию. Включив правовой компонент в данное определение, можно существенно конкретизировать его. Прежде всего, государственный переворот может быть связан с радикальной трансформацией права, но может проходить и без нее; успех переворота определяется именно тем, удалось или нет осуществить пересмотр основного закона, а применение силы или ее угрозы возможно лишь при доказанности легитимности насилия.

Соответственно, классификация конституционных переворотов должна отличаться от имеющихся в литературе классификаций переворотов вообще, а в ее основу должен быть положен ряд дополнительных критериев – отношение к позитивному праву; масштаб и характер его трансформации в ходе переворота; использование юридических (или квази-юридических) институтов и аргументов для его легитимации; динамика отношения лидеров переворота к конституции. Рассмотрим эти критерии классификации подробнее.

Первый из них – отношение к позитивному праву – является определяющим для выделения собственно конституционных переворотов как особой их разновидности, связанной с пересмотром действующего основного закона. Причем сам пересмотр может быть как формальным, так и фактическим. Тем не менее, отрицание действующей конституции может иметь совершенно различные политические мотивы. Одни перевороты отвергают действующую конституцию во имя реализации некоторого нового правового идеала (революционеры); другие – выступают за ее прагматический пересмотр (реформаторы); третьи – стремятся восстановить предшествующую модель конституционного устройства (консерваторы). Возможен, однако, вариант, когда конституционная реализация «нового» правового идеала оказывается восстановлением тех правовых норм, которые были характерны для предшествующей эпохи (так неоднократно происходило в условиях революций).

Учет политической составляющей проблемы ставит следующие вопросы: важна реконструкция доминирующего мотива переворота – осуществляется он исключительно для реализации конституционной реформы или имеет другие цели и включает конституционную реформу только как часть своей программы; каковы политологические характеристики этого переворота (осуществляется он снизу или сверху, с участием общества или только элиты, представляет собой военный переворот или верхушечный дворцовый переворот, связанный со сменой лидеров). В связи с этим: идет ли разработка конституционной поправки в открытом или закрытом режиме; если в закрытом, то на какой стадии идея или проект становится известен обществу (от этого зависит степень эффективности мобилизации сторонников и противников конституционного преобразования); какие политические силы и властные институты вовлечены в разработку конституционного проекта, его обсуждение и принятие; удается ли достичь политического консенсуса между группами, участвующими в подготовке

конституционного переворота; происходит ли утечка информации о проекте до его формального выдвижения; как организована информационная кампания по продвижению (или блокированию) конституционных предложений; в какой мере выдвижение конституционных инициатив получает массовую поддержку (массовые акции гражданского неповиновения) или остается на внутриэлитном уровне обсуждения; в какой степени инициаторам конституционного переворота удается заручиться поддержкой официальных властных структур – парламента, президента, конституционного суда или части их состава; наконец, в какой степени авторы переворота готовы проявить политическую волю в отстаивании выдвинутых ими конституционных проектов. В конечном счете, какова динамика позиции заинтересованных сил в отношении конституционализма, которая, как правило, включает смену определенных стадий.

Второй критерий – масштаб реальной трансформации права в ходе переворотов – позволяет охватить все схемы пересмотра конституции насильственным путем – от радикальных конституционных революций до почти незаметных усовершенствований отдельных статей или толкования отдельных слов основного закона, которые отличаются от обычной конституционной реформы только способами (неправовыми) своего принятия. Гипотетически можно допустить значительное число комбинаций и модификаций, которые возрастают в геометрической прогрессии, если соединить юридические технологии с политическими. Нас интересуют в этой связи, какие силы выступают инициатором переворота; каковы его цели; какое воздействие он оказывает на конституцию страны.

Ставшая классической традиция переворотов в Латинской Америке (el golpismo), при всем различии их политической направленности, объединяется отрицательным отношением к идее права и правового государства (55). В этом сходство антидемократических олигархических режимов, устанавливаемых под предлогом защиты «западной и христианской демократии», с одной стороны, и марксистских режимов, апеллирующих к «народной демократии», – с другой. Далее, перевороты могут осуществляться в рамках действующей конституции, наполняя ее нормы новым социальным или политическим содержанием. Наконец, существует определенная разновидность переворотов, которые интерпретируются как защита существующего конституционного строя от угрозы извне или изнутри государства. Даже тоталитарные идеологические движения (например, пуритане, якобинцы, большевики, нацисты) на определенном этапе движения к власти использовали данный прием («защиты конституции» или Учредительного собрания) в чисто тактических целях.

Конфликт парламента и катилинариев в ходе переворота может, как показал еще Малапарте, получить разрешение в различных комбинациях: либо парламент принимает свершившийся факт и формально легализирует его, трансформируя переворот в смену министерства, либо катилинарии распускают парламент и обеспечивают созыв новой Законодательной ассамблеи для легализации революционного насилия. Однако парламент, согласившийся легализовать переворот, фактически делает заявление о собственном конце. В истории революций нет примеров ассамблеи, которая, пойдя на легализацию переворота, не стала бы его первой жертвой. Для обеспечения престижа, силы и авторитета государства бонапартистская логика не знает иного способа, как реформа конституции и ограничение прерогатив парламента (56). Единственной гарантией легальности для бонапартистского переворота становится конституционная реформа, ограничивающая публичные свободы и права парламента. Политическая свобода выступает как главный враг режима.

Третий критерий – характер трансформации права – позволяет разграничить два типа переворотов исходя из их декларируемых функций – защиты конституции или ее уничтожения, определяющих себя как «конституционные» и «антиконституционные». Классические Coup d'Etat часто реализуются во имя конституции, ее «правильного толкования», причем силами, принадлежащими к элите, – высшими должностными лицами государства (например, переворот Луи Наполеона 2 декабря 1851 г. или путч президента Перу в 1992 г.), руководством вооруженных сил (перевороты Франко в Испании 1936 г., Насера в Египте 1952 г., Пиночета в Чили 1973 г., офицеров в Португалии в 1974 г.). В этом ряду следует отметить и такую специфическую разновидность переворотов, которые формально и фактически организуются для сохранения конституционного строя в неизменном виде (например, военные перевороты в

Турции XX в.). Несмотря на меняющиеся формы переворотов (которые могут готовиться внутри страны или направляться извне, проходить достаточно мирно или сопровождаться гражданской войной), они несут в себе различное конституционное содержание и, следовательно, являются инструментом конституционных изменений. Неопределенность терминологии, определяющей это явление (пронунциаменто в странах испанского языка, путч – в германской традиции), затрудняет выявление среди переворотов тех, которые формально осуществляются в рамках конституции. Эта их категория – «конституционные перевороты» – граничит с радикальными реформами конституционного строя, осуществляемыми без привлечения населения или с минимальным его участием. Наиболее известными примерами конституционных переворотов такого рода могут служить «революция сверху» Бисмарка, конституционные преобразования Кемаля Ататюрка, де Голля во Франции, Горбачева в России. Независимо от результатов этих реформ, они осуществлялись путем частично легитимных изменений существующего строя, в результате которых, однако, возникала качественно новая конституционная ситуация.

Вопрос о соотношении армии и конституции стал предметом обсуждения в Эквадоре в ходе переворотов 1954 и 1961 гг. Согласно конституции этой страны «защита республики и поддержание конституционного порядка» была возложена именно на армию. Эта конституционная норма не является спецификой Эквадора, но восходит к Конституции Великой Колумбии 1830 г. и присутствует в конституциях других стран Латинской Америки. Однако на практике встает вопрос о реальности и номинальности этих конституционных норм: в какой мере легитимация власти обеспечена реально, а в какой – носит последующий характер (легитимация post hoc). Политическое сознание офицерского корпуса в этих странах сложилось под воздействием предшествующей нестабильности и желания укрепить конституционную власть как гарантию этой стабильности. Отсюда существовавший длительное время лозунг уважения к законам и народной воле. Только в этом контексте можно понять существовавшее в Эквадоре некорректное с юридической точки зрения деление на «антиконституционные перевороты» и «конституционные перевороты», как будто переворот вообще может быть конституционным.

Четвертый критерий – учет фактора времени: переворот единовременный или растянутый во времени (ползучий, плавный, бархатный и проч.). Конституционный переворот может быть не связан с явной узурпацией власти. Здесь уместно использовать и такое разграничение, как «видимые» и «невидимые» перевороты. К последним, осуществляемым путем изменения принципов толкования права, некоторые современные критики относили, например, концепцию принятия Конституции Европейского Союза (поскольку ее принятие основывалось на международном квази-конституционном праве и в то же время означало ограничение национального суверенитета государств-членов Союза).

Пятый тип используемых для переворота институтов и аргументов – чрезвычайно важен для понимания общих намерений организаторов переворота: хотят ли они максимально скрыть возникающий разрыв в праве или, напротив, открыто демонстрировать его. В первом случае речь идет о так называемых ползучих переворотах, осуществляемых, например, за счет создания новых (внеконституционных) институтов, трансформации конституционных институтов на кадровом уровне, расширении делегированных полномочий администрации и т. д. Данный вариант реализуется, когда во главе переворота оказывается глава государства, способный дирижировать всем оркестром. Во втором случае имеется в виду открытый захват власти путем так называемой народной революции или военного переворота (пронунциаменто каудилистского типа) в разных формах.

В этом контексте показательна терминология военных переворотов в Латинской Америке. Кажущаяся политическая стабильность, как писал в начале XX в. Э. Рабаса, фальшива, поскольку в реальности существует «латентная революционная ситуация» (un estado de revolucion latente), которая вскоре может перейти в кровавую и разрушительную борьбу (57). В этих условиях тенденция к политизации армии и превращению ее в орудие переворотов (знаменитое «golpismo») сталкивалась с другой тенденцией – к профессионализации армии, отказу от непосредственного управления и «уходу в казармы» (так называемое «legalismo»). Установление военной диктатуры (при отмене выборов, политических партий и свободы

прессы), как показала практика, не решает проблему, но фактически просто переносит открытое выражение социальных интересов от партий в военные группировки, что ведет к расколу армии. Поэтому, когда начинает преобладать подход профессионалов-легалистов, армия устраняется от непосредственного управления (занятия офицерами ключевых административных должностей в исполнительной власти). К власти приходят технократы, однако и затем колебания между традиционализмом и прагматизмом сохраняются в военной среде. Перонизм, как считают исследователи этой формы диктатуры, потому был столь востребован, что всегда выступал как определенный синтез этих настроений. С одной стороны, он делал (в юридическом и идеологическом обосновании) ставку на консервативно-националистические принципы, с другой – был активно вовлечен в процесс модернизации (58).

Что определяет конституционные предпочтения военных? Вооруженные силы имеют три крупных политических преимущества над гражданскими организациями: заметно более высокий уровень организации; высокоэмоциональный символический статус; монополия на оружие. Они формируют престижную корпорацию или социальный слой, пользующийся преимуществом подавляющего преобладания в области применения силы. «Чудо, следовательно, не в том, что они восстают против своих гражданских хозяев, а в том, что они вообще им подчиняются», – отмечал С. Файнер (59).

Шестой критерий – динамика изменения отношения лидеров переворота к конституции – раскрывает смену политико-правовых идеологических парадигм на разных стадиях переворота. Эта смена выражается в рамках теории конституционных циклов такими понятиями, как деконституционализация (отказ от действующей конституции); конституционализация (принятие новой в качестве действующего основного закона) и реконституционализация (корректировка новой конституции в соответствии с изменившейся реальностью, которая часто возвращает ситуацию к исходной фазе цикла). В зависимости от того, в рамках какой фазы конституционного развития осуществляется переворот, меняется характер убеждений катилинариев и их противников. Это создает возможность серии конституционных переворотов, каждый из которых отрицает предыдущий, отбрасывая, вместе с тем, созданное им позитивное право. Размещая эту модель по горизонтали, отметим возможность «эффекта домино» – повторения сходных переворотов в разных странах (например, в странах Восточной Европы в период десталинизации, а позднее – десоветизации). Использование данного динамического подхода на микро– уровне позволяет также зафиксировать конфликт альтернативных конституционных стратегий в рамках одной фазы конституционного цикла, открывающих возможность такого явления, как переворот в перевороте (когда, например, одна фракция победивших организаторов переворота резко выступает против другой по вопросам конституционного устройства, как это имеет место в Киргизии после «революции тюльпанов»).

Седьмой критерий – это соотношение конституционного переворота с политическим режимом. Конституционный переворот в собственном смысле слова может предшествовать политическому перевороту – консолидации нового политического режима у власти (даже стать инструментом его прихода к власти); выражать результаты осуществленного ранее политического переворота; наконец, результаты конституционного переворота могут вступить в противоречие с результатами политического, что может привести к созданию нового политико-правового дизайна (когда конституция, созданная одними политическими силами, начинает использоваться другими).

Типология форм авторитарных режимов (например, военных диктатур) раскрывает степень их вмешательства в конституционное регулирование и управление. Она может быть непрямая (ограниченная или полная, когда они влияют на правительство из-за кулис); дуалистическая (когда они делят власть с гражданскими чиновниками), прямая (которая означает непосредственное и неприкрытое господство армии); квазицивилизированная (т. е. представленная как гражданское правление, которое на деле им не является). Более того, эти формы военного режима выражают уровни, к которым военные (или другие силовые структуры) стремятся привести свое вмешательство. Эти уровни, а равно и формы военного режима, определяются уровнем политической культуры страны, но в то же время требуют различной правовой легитимации. Значение этой конституционной легитимации возрастает по

мере перехода к современным формам гражданского правления.

В конечном счете, суммируя сказанное, перевороты могут быть разделены на те, которые добились успеха, и те, которые потерпели поражение. Это означает анализ конституционных переворотов по их результатам: привели они к созданию новой конституции или нет; какой тип политического режима установлен этой конституцией. Конституционные перевороты с технологической точки зрения различаются, таким образом, во– первых, своим отношением к конституции (антиконституционные перевороты и те, которые осуществляются во имя сохранения или защиты действующей конституции, но необходимо включают при этом нарушение ее норм); масштабом ревизии конституционных принципов и норм (от полного их пересмотра до частичного, например, путем введения конституционных поправок в условиях чрезвычайного положения), технологиями реализации, а также легитимностью движущей силы их осуществления (монарх, армия, политическая партия и проч.).

Социальные функции конституционных переворотов и выбор технологий реализации. Основным методом социологии права справедливо признается функционализм. Это означает, что юридическая норма рассматривается прежде всего с точки зрения ее подлинных (а не декларируемых) функций в обществе. Эти функции могут соответствовать декларируемым, но могут радикально отличаться от них (вплоть до их противоположности). В результате возникает дисфункция – состояние разрыва между изначально предполагавшимися целями правовых норм и их реальными, но латентными (скрытыми от непосредственного наблюдения) функциями. Так возникает состояние конституционной аномии – правовой неопределенности, которая может легко трансформироваться в ситуацию явного конституционного кризиса.

«Конституционная неопределенность» – вводимое нами понятие, выражающее не количественные, но качественные характеристики конституционной ситуации, когда те или иные элементы реальности не урегулированы конституционными нормами, обычаями или прецедентами. Следует различать, однако, несколько вариантов этой неопределенности: она может происходить от умолчаний в конституционном праве, противоречий в нем, но также от невозможности предсказания степени свободы их судебной интерпретации и реализации на практике. В конечном счете, данное понятие выражает степень непредсказуемости данного политического режима в отношении собственной конституции. Чем выше показатели «конституционной неопределенности» режима, тем ниже должен быть, теоретически, коэффициент его легитимности. Поэтому проблема снижения уровня конституционной неопределенности находится в центре внимания всех режимов переходного периода. Эта проблема решается очень трудно, поскольку высокий уровень конституционной неопределенности (соответствующий уровню конституционных ожиданий) на деле иногда оказывается фактором, способствующим большей эффективности власти (меньшей скованности конституционными ограничениями).

Соответствие функции переворота и избранных технологий – важная составляющая успеха. Один вариант такого развития представлен переворотом сандинистских партизан в Никарагуа в 1979 г., а в испанской исторической традиции конституционализма также переворотом генерала Павиа, направленным против первой испанской республики в 1773 г. В обоих случаях переворот служил своеобразным детонатором. Второй вариант – перевороты турецкого типа, традиционные военные пронунциаменто в стиле XIX в., к которым относится переворот генерала Примо де Риверы, результаты которого были приняты королем Альфонсом XIII в 1923 г. Особенность этой разновидности переворотов заключается в том, что они используются как средство воздействия на короля. Третий вариант – мягкий переворот в стиле де Голля против IV-й республики во Франции, предложенный как институциональный выход из тупика режима ассамблеи. Вопрос о соотношении армии и королевской власти был традиционно актуален в Южной Европе. Различные его решения оказались решающим фактором для судеб монархии. В условиях переворота монарх мог пойти с армией или с парламентом. Первое решение было принято в Греции в 1967 г., где монарх выбрал сторону черных полковников, а второе – в Испании, где выступление части армии против демократии (попытка военного переворота 23 февраля 1981 г., предпринятая полковником Техеро) было подавлено благодаря вмешательству короля. В Испании (в отличие от Италии и Греции) не было референдума относительно формы правления, отдельного от принятия остальной

конституции. Эти факторы определили известный результат – сохранение монархии в Испании и ее отмену в большинстве других стран Южной Европы (60).

Продолжая эту логику, можно определить основную функцию конституционного переворота: она состоит в том, чтобы положить конец конституционной неопределенности путем приведения текста основного закона в соответствие с социальными ожиданиями всего общества или определенной его части. Осознание данной функции присутствует в риторике стратегов и организаторов «конституционных революций» и переворотов различной направленности – все они заявляют о необходимости «положить конец правовой неопределенности», «установить порядок», «восстановить эффективность институтов государственной власти» и т. п. Выполнение данной (основной) функции конституционного переворота в разных ситуациях диктует выбор технологий реализации. В древности основной мишенью переворотов были конкретные символические носители власти (дворцовые перевороты); в XX в. на первый план вышли институты государственной власти и обеспечивающие их функционирование стратегические коммуникации (в ходе политических революций и государственных переворотов); в настоящее время – прежде всего институты, определяющие легитимность новой интерпретации конституционных норм. В широком смысле к ним относятся парламент, суды, средства массовой информации.

В сравнительно-исторической перспективе следует отметить три фактора, определяющих изменение самих технологий: во-первых, использование последующими переворотами опыта предшествующих (своего рода обмен опытом, как негативным, так и позитивным); во-вторых, комбинирование «классических» моделей с новыми; в-третьих, «непредсказуемый» эффект применения старых технологий новыми владельцами и в новых условиях.

Когда политическое решение предпочтительнее юридического: конституционный переворот как инструмент защиты либеральной демократии. Существует три различных логики оценки переворотов – юридическая (согласно этой логике – все они плохи уже тем, что разрушают право), идеологическая (перевороты разделяются на хорошие и плохие в зависимости от политических симпатий) и прагматическая (эффективность или неэффективность использования этого инструмента в конкретной ситуации). Они в принципе соответствуют трем правовым подходам – нормативизму, школе естественного права и реализму. Первый отвергает все, что нарушает право неправовым путем; второй – оправдывает такие нарушения, если они ведут к торжеству справедливости (jus resistendi); третий – рассматривает конституционный переворот как безусловное отклонение (девиацию, делинквентность и преступность) в правовом развитии, но выдвигает различные параметры оценки данного явления в контексте конкретной ситуации. Например, один переворот может быть оправдан в одной ситуации (как проявление «необходимой обороны»), но осужден в другой (если он означает превышение этой обороны).

Перевороты, как было показано, могут иметь диаметрально противоположную направленность – одни разрушают конституцию для установления авторитарного (тоталитарного) режима; другие, напротив, – для установления демократических норм; третьи – для того, чтобы устранить угрозу либеральной демократии со стороны ее противников. В то же время их объединяет то, что все они используют неправовые (силовые) методы достижения цели; включают фазу уничтожения старого права или, по крайней мере, манипулирования им; наконец, провозглашают новое право и стремятся осуществить его легитимацию. Данный феномен, неоднократно повторявшийся в истории, представал в виде конституционных переворотов, явно или завуалированно трансформировавших политические системы.

Конституционный переворот – всегда прецедент неправового выхода из ситуации конфликта. Разрушая право, как несущую опору организации власти, переворот сам по себе не создает конструктивной основы для развития. Он должен уступить место конструктивным правовым реформам, направленным на последующую легитимацию власти. Однако бывают ситуации, когда политические решения предпочтительнее юридических, а конституционный переворот является оптимальным выходом из кризисной ситуации. Одна из таких ситуаций – основание нового государства с неизбежным пересмотром прежнего государственного суверенитета (правового решения, как считают некоторые, не имели ситуации в Ирландии, Ливане, Югославии); другая – выход из ситуации конституционной неопределенности

(преодоления анархии); третья – попытка остановить гражданскую войну (мягкий переворот де Голля). Особого внимания заслуживает ситуация – конституционный переворот против социальной революции (например, попытка генерала Корнилова уничтожить двоевластие в России). Именно так оценивал А. де Токвиль в своих воспоминаниях переворот, совершенный принцем-президентом, который считал возможным принять как «меньшее зло». В современных условиях существо дилеммы – переворот как лекарство от установления тоталитарного режима. Так, осуществление переворота в Веймарской республике с целью ее защиты от нацизма было бы более оптимальным решением, чем реализовавшийся конституционный приход нацизма к власти. Другая модификация той же ситуации – конституционный переворот против установления фундаментализма (например, в Турции, Египте, Алжире). Третья – конституционный переворот против распада страны или такого конституционного застоя, который может иметь следствием коллапс системы.

Ошибка традиционного либерализма состояла в том, что он, веря в торжество права и разума, или вовсе не осознавал угрозы антидемократических переворотов, или не видел способов защиты от нее. Так погибли многие демократические режимы XX в. – от Временного правительства в России до Веймарской республики в Германии, республиканские режимы в Италии и Испании, не говоря о нестабильных демократиях за пределами Европы, в развивающихся странах Азии, Африки и Латинской Америки, где практически всякое движение в направлении демократии соотносилось с угрозой военных переворотов.

Научный анализ этих переворотов неизменно сталкивался с принципиальной трудностью объяснения успеха антидемократических сил, стабильности и продолжительности существования авторитарных режимов. В сущности, здесь, как и в ходе других революций, действует известная формула перехода власти: от правых (консерваторов) к центру (умеренным) и левым (радикалам). В процессе этого перемещения власть становится все более концентрированной, ее социальный базис в стране все более сужается, поскольку в ходе каждого важного кризиса побежденная группировка выбрасывается из политики. А это приводит к последовательному отказу от либерального конституционализма. В новейшее время в условиях глобализации и роста противодействия ей со стороны традиционалистских сил, усложнения механизма государственного управления, технических возможностей манипулирования массовым сознанием данная проблема становится еще более актуальной. Она заключается в том, чтобы научить демократию защищаться от авторитарной угрозы в ее новых формах и техническом оснащении.

В современных условиях осуществление конституционного переворота приобретает другую конфигурацию: ключом к успеху является уже не только (и не столько) контроль над силовыми институтами или захват стратегических коммуникаций, сколько решение проблемы легитимности. Эта цель может быть достигнута в случае соединения воедино следующих параметров: формирование массового сознания (общественного движения), социальные ожидания которого оказываются связанными с модификацией конституции; разработка и своевременное выдвижение заинтересованными силами проекта конституционной реформы (которое должно произойти не ранее и не позднее намеченного времени – пика общественных настроений в пользу конституционного пересмотра); установление благоприятной информационной среды, способной убедить общество в необходимости реформы и нейтрализации, в случае необходимости, ее оппонентов; избрание таких инструментов манипулирования правом, которые соответствуют месту и времени; превращение в своего союзника тех политических игроков (институтов, общественных движений и лидеров), которые способны обеспечить юридическую легитимацию переворота – прежде всего законодательной власти и (или) институтов конституционного правосудия. При достижении этих предпосылок ситуация «конституционной неопределенности» имеет все шансы завершиться «бархатным» конституционным переворотом (не требующим массированного применения насилия).

С технологической точки зрения конституционные перевороты современности характеризуются следующими чертами: ослаблением традиционных институтов законодательной власти (парламентов) с параллельным увеличением манипулятивной роли средств массовой информации в решении законодательных проблем; значительно большей юридизацией политики, чем это было раньше; непосредственной включенностью

конституционной проблематики в политическую борьбу и, следовательно, большей зависимостью конституционных изменений от меняющейся электоральной ситуации (политические программы выражаются в альтернативных конституционных поправках, становящихся предметом общественных дебатов на выборах); резко возросшей ролью конституционного правосудия, институты которого оказываются единственным бастионом аристократизма перед волной конституционного популизма; растущей политизацией решений Конституционных и Верховных судов, которые всей логикой событий оказываются последней инстанцией при разрешении конституционных конфликтов.

Новые технологии (конституционные, политические и информационные) и их комбинации позволяют осуществлять более жесткий контроль над обществом и правовым развитием, они позволяют сделать давление на него более интенсивным, но в то же время – мягким. В этих условиях конституционные перевороты вообще становятся невидимы (своего рода – «операция под общим наркозом»). Идеальный тип конституционного переворота – такой, который никто не заметил. Не следует забывать, однако, что результаты одного переворота вполне могут корректироваться другим переворотом (или одним переворотом внутри другого).

Как для врача важно знание симптомов болезни, так для сравнительного конституционалиста существенное значение имеет не только знание фиксированных конституционных норм, но и конституционных патологий – отклонений от норм, возможностей манипулирования ими, которые реально практикуются современными режимами.

3. Конституционное правосудие как политический институт

Самостоятельная политическая роль конституционных и верховных судов (далее – Суд) практически неисследованная проблема. В условиях сакрализации и идеологизации демократических конституций после Второй мировой войны тезис о политической роли Судов воспринимался как ересь. Поэтому до настоящего времени остается открытым вопрос о соотношении двух основных функций Судов – политической и юридической.

Уточнение основных понятий. Для раскрытия данной темы необходимо объяснить некоторые понятия. Прежде всего следует выяснить, что такое политика и можно ли определить ее в ценностно нейтральных категориях. Политика, на наш взгляд, не обязательно означает пристрастное отношение к делу (выражающееся в стремлении встать на позиции одной стороны в споре). Политика, по мнению Макса Вебера, это стремление к достижению цели, несмотря на оказываемое сопротивление. Следовательно, возможна политика, ставящая целью верховенство права (речь идет о «правовой политике» и «политике права» как целенаправленной деятельности государства или отдельных институтов власти) (61). При такой интерпретации право получает иную трактовку, а значит можно говорить о его политической составляющей.

Право (особенно конституционное) выступает как выражение политических проектов, выбора, систем ценностей. Оно реализуется главным образом политическими институтами – парламентом и правительством, деятельность которых в демократическом обществе легитимируется всеобщими выборами. Исполнительная власть и Суды также участвуют в реализации права, не получив при этом легитимирующей санкции на всеобщих выборах. Это требует решения вопроса о разделении властей: каково должно быть отношение двух форм общественного сознания и направлений деятельности; следует ли подчинить политику праву или право – политике; тождественно ли рациональное видение мира правовым формулам, в то время как иррациональное – политическим; подвержено ли вольно или невольно само правосознание принятию политических Предпочтений или предрассудков; до какой степени судьи свободны в интерпретации юридических текстов, которые они должны применять и насколько в этой интерпретации они связаны помимо норм закона этическими и политическими императивами; каковы критерии истины в судебном толковании – состоят ли они в адекватном познании норм, представляют ли собой акт воли или основываются в конечном счете на вере общества в то, что судьи следуют одному из этих критериев; насколько судьи могут просчитать политические последствия своих решений.

Если классическая юриспруденция стремилась найти онтологические ответы на эти, по сути, метафизические вопросы, то неопозитивистские и неокантианские теории XX в. сформулировали основу для появления различных моделей и интерпретаций проблем, которые строятся исходя из разнообразия принятых оснований и допускают различную логику обсуждения данных проблем (в рамках разных направлений – логического, историко-лингвистического, семантического многообразия). Такие мыслители, как Георг Еллинек и Пауль Лабанд в Германии, Карре де Мальберг во Франции, Л.И. Петражицкий и П.И. Новгородцев в России много сделали для выяснения причин кризиса в праве, выражающегося в разрыве правосознания и позитивного права. Эти ученые искали выход в конструировании новой юридической теории государства. Решающий вклад внес Ганс Кельзен – создатель «чистого учения о праве» и современного конституционного правосудия. Его подход основывался на создании пирамиды норм, иерархия которых завершалась основной нормой – конституцией, а единство и цельность всего этого «сооружения» – отнесением отдельных норм к высшей ценности. Именно такой подход составил теоретическое основание конституционного правосудия и определил особую независимую роль конституционного суда в толковании конституционности законов. Последующие споры о содержании понятия «основная норма» (и изменение позиции самого Кельзена, начавшего, по-видимому, сближаться с теорией реализма) еще более релятивизировали представление об исключительно независимом статусе аутентичного конституционного толкования, не подверженного никаким внеправовым влияниям (62).

В современной науке (Н. Боббио, М. Тропер) речь идет о создании некой метаправовой теории, в рамках которой могли бы не только уживаться, но и существенно дополнять друг друга различные направления судебного толкования (63). Данная концепция интерпретирует кельзеновскую дилемму сущего и должного не как неразрешимое имманентное противоречие, но как два способа логического рассуждения и описания правовых норм (дескриптивного и прескриптивного). Это состояние научной мысли объясняет тот парадоксальный факт, что одни и те же аргументы оказываются востребованными как сторонниками чисто правового, так и чисто политического подходов к анализу судебных решений. Более того, многие исследователи выступают на этом основании за необходимость открытого признания политического характера решений институтов контроля конституционности.

Неоднозначность подходов к интерпретации принципа разделения властей также должна быть принята во внимание в нашей дискуссии. Разделение властей – один из основных принципов политической организации современных демократических государств. Его основной смысл состоит в предотвращении (или сведении до минимума такой возможности) злоупотребления властью путем ее сосредоточения в одних руках. Однако со времени формулирования данного принципа он подвергся достаточно противоречивой интерпретации. Спор шел о следующем: насколько принцип разделения властей согласуется с другим важнейшим конституционным принципом – неделимостью суверенитета; следует ли понимать разделение властей как их противопоставление друг другу с целью достижения равновесия политической системы или как определенное взаимодействие в рамках единой политической системы; возможно ли реальное проведение разделения властей либо следует говорить, скорее, о разделении функций одной власти, разграничении властных полномочий и компетенции (64). Дискуссионной также остается проблема того, до какой степени принцип разделения властей реализован в современных либеральных демократиях и практически совместим с магистральной тенденцией к усложнению управления, его рационализации и бюрократизации. Наконец, различные позиции выдвигаются в отношении места судебной власти в системе разделения властей вообще и роли конституционного правосудия в частности.

Следует подчеркнуть, что во многих конституциях принцип разделения властей, как правило, не закреплен конституционно и выводится из общих демократических принципов (о правовом характере государства) либо из зафиксированной в конституции структуры распределения властных полномочий и компетенций высших институтов государственной власти. В результате очевидна возможность разрыва между идеальной формулой о разделении трех властей и реальной структурой распределения их институтов и функций. Еще большую сложность в этой конструкции создает различный статус органов конституционного контроля и

конституционного правосудия в разных странах и правовых системах. Этот статус зависит от конституционных полномочий конституционных судов, их компетенции, соотношения с другими ветвями власти (которое по определению не может быть одинаковым в парламентских, президентских и смешанных режимах) (65).

Возникают вопросы: может и должен ли конституционный суд быть гарантом конституции, не приведет ли это к конкуренции законодательной и судебной властей, а в конечном счете, к феномену правления судей, ставящему под вопрос сам принцип разделения властей?

Если мы не хотим камуфлировать реальность, как справедливо отмечает ряд современных исследователей, то лучше вопрос о соотношении права и политики в конституционном правосудии сформулировать прямо и ответить на него в рамках специального проблемно-ориентированного и сравнительного исследования.

Конституционное правосудие между правом и политикой. Сложность проблемы заключается, во-первых, в двойственной природе самих органов конституционного правосудия в системе разделения властей; во-вторых, в соотношении сдержанности и активизма в деятельности судов; в-третьих, в установлении тех параметров, которые оказывают определяющее влияние на политику права, позицию судов при решении острых конституционных вопросов.

Первый из этих аспектов выражает двойственную или «гибридную» (политико-правовую) природу института конституционного правосудия, которая сохранялась (хотя и проявлялась с разной степенью силы) на всем протяжении его существования. Двойственность природы конституционных и верховных судов состоит в том, что их роль нельзя свести ни к выполнению функций простого политического органа, ни ограничить выполнением исключительно юридических функций. В качестве юридического органа они должны представлять собой на высшем уровне «уста закона» (конституции), что вполне соответствует традиционным представлениям о роли судьи. Но Суды создавались и развивались как элементы системы противовесов и политического контроля для того, чтобы помешать другим органам выйти за пределы своей компетенции и заставить их уважать ценности, выраженные в конституции. Эта «гибридная» ситуация является, безусловно, источником как силы, так и слабости, во всяком случае, напряженности всей конструкции данного института.

Действительно, соотношение абстрактного и конкретного контроля уже представляет собой некоторую модель отношения к политике. Правовая определенность может быть выше в системах абстрактного контроля по сравнению с системами конкретного. Отмечается и связь между абстрактностью контроля и политической ориентированностью такого контроля. Но конституционная система, которая опирается только на конкретный контроль (США, Канада, Австралия), также имеет свою политическую ориентацию и не сводится исключительно к защите индивидуальных прав. Наиболее распространенным доводом в пользу конкретного контроля по сравнению с абстрактным контролем на современном этапе является то, что факты конкретного дела и практика применения норм очерчивают круг вопросов, подлежащих рассмотрению, и решения относительно конституционности норм представляются более обоснованными.

До середины XX в. американская концепция, подчеркивавшая ценность конституционализма и значительность роли конституционных судей, оставалась изолированной и маргинальной. Американский опыт казался уникальным и чуждым европейской традиции. На континенте (Франция, Австрия) игнорировали анализ А. Токвиля и предпочитали лапидарную формулу Э. Ламбера – «Правление судей» («Le gouvernement des juges») (66). Центральная проблема, разделявшая американскую и континентальную (кельзеновскую) модели, – это вопрос о верховенстве основного закона, гарантированного судьей.

Политическая составляющая этих споров в условиях кризиса парламентаризма и установления диктаторских режимов в Европе выражалась в исключительно важном споре о разделении властей и решении проблемы: какая из них может и должна быть гарантом конституции – законодательная, исполнительная или судебная? Различие позиций К. Шмитта и Г. Кельзена в этом споре определялось не только общим содержанием их мировоззрений, но и различной трактовкой самой судебной власти. Для К. Шмитта существование независимой

конституционной юстиции ведет к политизации правосудия вместо того, чтобы юридизировать политику (67). Напротив, Г. Кельзен усматривал в создании независимого конституционного правосудия основную гарантию от подчинения права политике. Эта дилемма и сегодня далека от своего разрешения и требует ответа на вопросы: до какой степени конституционализм вообще может быть политически нейтрален и какая инстанция может служить гарантом этой нейтральности; является ли независимый институт конституционного контроля (в американской или континентальной интерпретации) инструментом конституционализации политики или, напротив, политизации конституции?

Классические схемы разделения властей в настоящее время претерпели глубокие изменения. Если (во времена Монтескье и издания «Федералист») судебная власть рассматривалась как слабейшая, то ныне она признается реальным конкурентом двух других (68). Конституционное правосудие призвано защищать фундаментальные конституционные ценности в процессе постоянной трансформации государства, не узурпируя полномочий других властей. Для этого оно должно сдерживать само себя. Г. Кельзен говорил об институтах конституционного правосудия как о негативном законодателе, противопоставляя их институтам законодательной власти как позитивному законодателю. Данные формулы четко определяют существо современной проблемы, особенно в посткоммунистических странах Восточной Европы.

Здесь мы переходим ко *второму* важнейшему аспекту проблемы – соотношению сдержанности и активизма в работе Судов, определяющему степень их вовлеченности в разрешение политико-конституционных конфликтов. Очевидная дилемма современного конституционного правосудия сводится к следующему: либо принять вывод о том, что конституционные суды имеют абсолютную независимость в интерпретации конституции (что возвращает к кельзеновскому тезису о них как о негативном законодателе), или, напротив, установить компромисс с другими государственными институтами, теряя возможность рассмотрения себя как абсолютно независимого института конституционных гарантий. Как и другие публичные власти, конституционные суды являются конституированными (созданными на основе принятия конституции) учреждениями, а потому теоретически не могут подменять конституирующую власть или стремиться изменить компетенцию других конституционных органов; в выполнении их политической линии они никогда не могут стать позитивными законодателями. Данный подход, принятый в современных плюралистических демократиях, создает теоретические и институциональные границы, которые именуются судебным активизмом конституционных судов, противостоящим судебной сдержанности.

На практике, однако, трудно провести демаркационную линию между сдержанностью (в тенденции, ведущей к стагнации) и активизмом (в тенденции, ведущей к превращению суда в полноценного негативного или даже позитивного законодателя). Излишняя активность суда содержит угрозу неправомерного вмешательства в сферу компетенции других ветвей власти и нарушения конституционных положений, обеспечивающих функционирование государственного механизма и защиту конституционных прав. Сдержанность Суда противостоит в тенденции требованию обоснованности судебного решения, а в некоторых крайних случаях может поставить под сомнение исполнение самих конституционных полномочий. Как и чрезмерная активность, чрезмерная сдержанность способна привести к необоснованному вмешательству Судов в сферу компетенции других ветвей власти. Проблема активности или сдержанности Судов возникает не только в связи с выходом органов контроля за рамки процедурных границ, определенных их юрисдикцией или урезанием контрольных полномочий. Она может быть проанализирована и применительно к проблеме судебного толкования конституции (принятия тех или иных методов толкования, его доктрин и аргументов). Тенденция к расширению свободы толкования связана с релятивизацией многих понятий, представлявшихся ранее (в эпоху господства позитивистских теорий) вполне очевидными (69).

Современная философия толкования, использующая методы деконструктивизма, способна обеспечить неконтролируемую смену конституционных парадигм, сохраняя при этом все внешние атрибуты легальности (70). Последний вариант, как будет показано ниже, способствует превращению Судов в политический институт, противостоящий другим ветвям

власти и способный, неправомерно выйдя за рамки своей компетенции (т. е. подменяя другие конституционные органы), активно участвовать в трансформации общества. Критериями определения сдержанности или активизма Судов признаются: важность отвергнутых Судом законов, с одной стороны, и с другой – характер аргументации, приведшей к нуллификации закона.

Несмотря на свою изначальную слабость в системе разделения властей, Суды за несколько последних десятилетий стали самостоятельными центрами властных решений, основанных, впрочем, на таком достаточно искусственном принципе, как уважение к законам в западной демократии (там, где нет такого уважения, роль конституционного правосудия не может быть велика, а их решения вполне легитимны). Если ранее возможны были упреки конституционного правосудия за излишнюю сдержанность или даже сознательное самоустранение (в рамках доктрины политических решений), то сегодня повсеместно критикуется то, что называется «преторианским активизмом» (l'Activisme prétorien) (71) Судов, осуществляемым во имя общих принципов (легитимность и народный суверенитет) или на оппортунистической основе (когда инициатором выступают сами судьи).

В отличие от других политических институтов конституционные суды опираются на корпус универсальных и вечных норм и принципов (свобода, естественная справедливость), которые не меняются мгновенно с изменением социальных приоритетов или электоральных предпочтений (как у других ветвей власти). Суды обращены не только в прошлое, но и в будущее, поскольку стремятся сохранить эти ценности и предотвратить их эрозию в дальнейшем (в виде разрушения демократических институтов). В институциональной системе разделения властей Суды как политические институты в своем статусе и положении достаточно ограничены: во-первых, они не могут самостоятельно ввести в действие свои решения и должны ждать предложения от других ветвей власти; во-вторых, Суды, согласно наблюдениям компаративистов, вынуждены реагировать на рекомендации (иногда очень настойчивые и имеющие вполне определенную направленность), адресуемые им в обход установленного порядка или формулирования преюдиционных вопросов. В отличие от парламентов, органы конституционного правосудия никогда не являются непосредственным источником политики. Они должны ожидать, когда представится благоприятная ситуация либо в форме нового закона, либо в форме законодательного, административного, судебного решения, которая позволит проявить функции негативного законодателя – декларации о неконституционности.

Третий аспект рассматриваемой проблемы – параметры, непосредственно определяющие политическую позицию Суда при решении острых конституционных вопросов. Ряд традиционных факторов, способных оказать внешнее воздействие на решения Верховного суда США, приведен в специальной литературе; среди них: состояние корпуса права, применяемого к данному делу; внешнее окружение Суда, включая других создателей политики, заинтересованные группы и общественное мнение; личные ценностные ориентации судей относительно желательности альтернативных решений и политики; взаимодействие между членами Суда (72). Для установления независимости Суда учитываются следующие параметры: порядок назначения его членов; срок его полномочий; наличие гарантий против давления извне; внешние атрибуты независимости. Порядок формирования Судов находится на пересечении политического и юридического направлений: в зависимости от того, какие высшие институты власти участвуют в этом, происходит рекрутирование корпуса судей, однако, профессиональные требования к ним делают необходимым учет юридической специфики их деятельности.

В соответствии с принципом сдержек и противовесов, назначение судей в демократических государствах осуществляется с участием других ветвей власти – законодательной и исполнительной (США), судебной (Италия), а также двумя палатами парламента (ФРГ) с целью добиться максимально беспристрастной позиции Суда в условиях возможных конфликтов. Предоставление права назначения судей одной ветви власти, например, парламенту (как это имеет место в некоторых странах Восточной Европы) неизбежно ведет к определенной политизации конституционного правосудия (73).

Двойственность природы конституционного правосудия отразилась в колебаниях Учредительных собраний при решении вопроса о выборе одной из двух важнейших функций –

политической или юридической. Так, в американской Конституции сделан акцент на судебные функции Верховного суда, который приобрел свою конституционную роль значительно позднее. Напротив, соответствующие положения итальянской и французской конституций направлены на рассмотрение институтов конституционного правосудия как политического института. В дальнейшем, однако, этот первоначальный выбор подвергся инверсии: те Суды, которые формально казались наиболее «юридическими» (Верховный суд США), быстро приобрели в высшей степени политические функции, и, наоборот, те институты, которые казались наиболее политизированными (Конституционный Совет Франции), все более эволюционировали в направлении стандартов конституционного правосудия. В последнее время вопрос о соотношении и синтезе политических и юридических функций Судов стал наиболее актуален в странах Восточной Европы и России. В концентрированном виде этот вопрос нашел свое выражение в решении проблемы возможности изменения конституции путем ее судебного толкования.

Выявление общих структурных параметров конституционного правосудия в разных социальных системах делает возможным обобщить типологию тех политических функций, которые реально выполняют институты конституционного правосудия.

4. Между нейтрализмом и активизмом: типология политических функций институтов конституционного контроля

Суммируя факторы, определяющие позицию органов конституционного правосудия, можно выстроить типологию их политических функций. Данная типология включает *пять моделей* политического поведения институтов контроля конституционности: жесткое следование концепции своей роли как негативного законодателя (нейтральная позиция); допущение в рамках данной концепции большего юридического активизма; выход за рамки концепции негативного законодателя и превращение в верховного арбитра в споре ветвей власти; реализация роли самостоятельной политической силы в условиях конфликта властей; сознательное устранение от принятия решения. Конституционные суды называют «сторожевыми псами» конституции, но очевидно, что они по-разному выполняют свои функции.

Первая модель выражается в том, что конституционные суды адекватно выполняют свою функцию. Речь идет о стабильных конституционных системах, где функция Судов сведена к роли негативного законодателя. В этом случае совокупность политических факторов позволяет Судам эффективно выполнять их юридические функции, сохраняя при этом максимальный уровень политической нейтральности. Самостоятельная политическая роль конституционного правосудия связана прежде всего с возможностями изменения содержания конституционных норм путем толкования и правоприменительной практики.

Примером может служить позиция Верховного суда США в период господства доктрины нейтрализма. Верховный суд США – не только правовой, но и политический институт. Разграничить эти две составляющие его деятельности чрезвычайно трудно, как трудно разграничить политику и право в интерпретации Конституции США. В ряде решений Суда с позиций нейтральности, касающихся толкования Поправки XIV к Конституции США, принималась за основу существующая практика, имевшая, по мнению современных авторов, например Санстейна, явно дискриминационный характер и легитимировавшая фактическую сегрегацию в расовых отношениях (Plessy V. Ferguson), условиях рынка труда (Lochner v. New York), распределении работы между мужчинами и женщинами (Muller v. Oregon). В период Нового курса и впоследствии доктрина формальной нейтральности была отвергнута (West Coast Hotel, Shelley v. Kraemer и самое известное – Brown v. Board of Education). В ходе рассмотрения этих дел были пересмотрены использовавшиеся ранее обычно-правовые аргументы в пользу сегрегации (выводящие ее из естественных различий рас) и заложены основания более широкой трактовки Поправки XIV (74).

Крайним выражением сдержанности или нейтрализма стала известная доктрина политических вопросов («The political questions doctrine»), которая, по словам Э. Корвина, оказалась «одной из наиболее уклончивых доктрин в конституционном праве США». В

сущности, эта доктрина дает обоснование возможности для Судов уклоняться от вынесения решений по вопросам, которые они по тем или иным причинам определяют как «политические» (75). Это означает, что Суды предоставляют решение таких вопросов другой ветви власти – избираемой (законодательной). Однако Суд при вынесении решений иногда сомневался: мотивируется ли применение этой доктрины конституционными соображениями или соображениями политической целесообразности. Более того, некоторые вопросы, которые однажды были признаны Судом политическими, затем лишались этого статуса. Утратив свое значение в США, данная доктрина, как показано ниже, отнюдь не прекратила существование в мировой практике.

Вторая модель представлена Судами, занимающими более активистскую позицию, связанную со стремлением к толкованию и трансформации конституций (в рамках функции негативного законодателя). Данная модель иллюстрируется Верховным судом США после принятия доктрины «живого права» и установки на активное изменение конституции путем ее толкования (в период Нового курса). Поворот в интерпретации права в период реформ состоял в отказе от принципа нейтральности и рассмотрения существующих правовых норм с точки зрения их социальных функций (позитивных или негативных) в перспективе прав человека. Этот критерий использовался в рамках демократического переосмысления социального содержания и ценности норм по отношению к базовым конституционным ценностям – свободе, благосостоянию, самой демократии. Результатом стали принципиальные изменения всей системы публичного права – федерализма, судебного контроля, сдержек и противовесов, которые подверглись радикальной ревизии (76).

В многочисленных исследованиях о Верховном суде США и его роли в интерпретации Конституции на различных этапах американской истории проблема соотношения политики и права решается с этих позиций. Решение данной проблемы усматривается в реакциях на роль Суда: противопоставлении активизма – сдержанности (judicial activism vs. Judicial restraint). Понятие активизма многообразно: ключевой элемент концепции – желание Суда производить существенные изменения в публичной политике, в частности, политике, установленной другими институтами. Наиболее видимый элемент судебного активизма – принятие решений, преобразующих законодательную и исполнительную политику, хотя активизм может приобретать и другие формы. Судебная сдержанность (при таком подходе) – это просто избежание активизма. По существу, любое решение Суда имеет три уровня: судебное решение по конкретному спору, вынесенному на его рассмотрение; интерпретация правовых тем, относящихся к предмету спора; позиция по политическим вопросам, связанным с правовыми аспектами.

Юридический активизм Суда, даже если он выполняет положительную роль, может оказаться неконституционным. Скептицизм в отношении активистского судебного контроля высказывается многими наблюдателями в США, Канаде, Австралии и самими судьями этих стран. Предложение М. Ташнета – «забрать конституцию из судов» – выражает силу доктринального вызова принципу судебного верховенства и окончательности судебной интерпретации конституционных норм (77). Этот исследователь настаивает на таком конституционном праве, согласно которому Суды (включая Верховный суд США) не будут занимать никакой привилегированной позиции в отношении политических вопросов, т. е. в авторитетных суждениях о смысле конституционных положений.

В данном контексте юридического активизма понятна позиция конституционных судов послевоенной Европы, которые учреждались именно для защиты либеральных принципов от угрозы их эрозии. При создании Федерального конституционного суда ФРГ использовался опыт предшествующего Веймарского суда (речь идет о праве осуществления конституционного контроля); кроме того, Суду была передана компетенция принимать индивидуальные жалобы на действия органов публичной власти. При обсуждении споры шли по следующим вопросам: должен ли Федеральный конституционный суд быть как Веймарский и, соответственно, разрешать главным образом конфликты между уровнями управления и ветвями власти (выполнять функции конституционного контроля) или он должен совмещать эту юрисдикцию с властью определения конституционности законов и, следовательно, выполнять функции судебного контроля. Когда готовился проект Основного закона ФРГ, его авторы пришли к идее

образовать конституционный суд, независимый от других судов публичного права, но разошлись во мнении о пределах конституционной юрисдикции, которую следовало передать Суду в противовес другим высшим федеральным судам. Обсуждение концентрировалось вокруг соотношения двух основных функций: одни участники дискуссии рассматривали роль конституционного суда как политическую, а другие считали, что Суд играет более «объективную» правоинтерпретирующую роль обычного судопроизводства. Часть участников считала целесообразным создание двух различных судов – одного для судебного контроля законов, другого – для разрешения по существу политических споров между ветвями власти и уровнями правления. Другая часть предлагала учредить один многоцелевой суд, включающий несколько подразделений, каждое из которых будет специализироваться по вопросам публичного или конституционного права. В окончательный вариант Основного закона ФРГ не вошла компетенция Суда принимать индивидуальные жалобы. Право индивидуальных жалоб было восстановлено законодательством в 1951 г. и включено в Основной закон в 1969 г. В этом решении объединились интересы социал-демократов (защита меньшинств) и христианских демократов (укрепление германского федерализма). Наконец было принято решение о создании особого конституционного органа с исключительной юрисдикцией во всех конституционных спорах, включая проверку конституционности законов. Таким образом, итогом дебатов и партийных компромиссов стало принятие 12 марта 1951 г. Закона о Федеральном конституционном суде.

В результате сложившихся обстоятельств при принятии Основного закона ФРГ и споров по поводу его толкования Судом возникла специфическая ситуация. По мнению Д. Коммерса, в Германии действуют три конституции. Первая, согласно п. 3 ст. 79 Основного закона, не подвержена поправкам и устанавливается как постоянная на все времена (78). Действительно, в соответствии с заявлением Федерального конституционного суда, все поправки, направленные на умаление базовых ценностей, будут рассматриваться как «неконституционные конституционные поправки». Данная доктрина, вытекающая из рассмотрения конституции как структурного единства и иерархической системы ценностей, утверждает, что даже конституционная поправка может оказаться неконституционной, если она вступает в конфликт с базовыми ценностями или духом Основного закона как целого. Одни авторы видят в этом противоречие в понятиях, другие находят текстуальное основание для такой конструкции в тех неизменяемых положениях Основного закона, которые выражают высшие ценности конституционализма. Федеральный конституционный суд в 1953 г. принял концепцию неконституционных конституционных поправок в решении по делу ст. 117 и затем применил ее в 1970 г. при рассмотрении дела Klass. Доктрина неконституционных конституционных поправок – один из нескольких неписаных конституционных принципов, выведенных Судом из общей структуры Основного закона. Другими такими принципами являются принципы «верности федерации», «партийного государства» и «воинствующей демократии». «Верность федерации» определена из представленных в общей структуре Основного закона отношений федерализма, «партийное государство» – из смысла ст. 21, «воинствующая демократия» – из положений о «свободном, либеральном, демократическом строе». Вторая конституция доступна исправлениям, но только частей писаного текста, которые могут быть изменены (путем внесения поправок) без ущерба для базовых ценностей Основного закона. Наконец, существует еще и третья, неписаная, конституция и ее надпозитивные принципы, выраженные понятиями «правосудие», «достоинство» и «нравственный закон». Этими принципами, представляющими важную часть германского конституционного порядка, Федеральный конституционный суд руководствуется при интерпретации конституции.

В роли негативного законодателя европейские континентальные Суды занимаются аннуляцией (полной или частичной) законодательства. Под частичной аннуляцией (ФРГ) понимается постановление Суда о соответствии закона конституции при условии соблюдения интерпретации, данной судебной властью. Другим вариантом частичного аннулирования закона служит решение оставить его в силе за исключением некоторых ситуаций, указанных Судом. Наконец, возможной оказывается так называемая отсроченная аннуляция, которая ограничивает законодателя при введении конкретного закона в действие.

Ряд конституционных судов (особенно Италии и Испании) открыто формулирует

политическую позицию, состоящую в защите ценностей либеральной демократии. Итальянская доктрина наделяет Конституционный суд функцией контроля за политической линией государства (indirizzo politico), показывающей равенство Суда с другими конституционными органами. Испанская модель Конституционного Трибунала рассматривается в научной литературе как модельный политический институт, выполняющий роль негативного законодателя, но обладающий при этом чрезвычайно широкими полномочиями. Трибунал выступает как центр рассмотрения конфликтов (разрешаемых политическими средствами): между органами государства; государством и автономиями; между автономиями (79). Риск для Суда подобного типа (образованного в условиях консенсуса политических партий, достигнутого в переходный период) состоит в политизации его решений, а также мощном воздействии на него извне, которое стремятся навязать ему различные политические силы и которое может повредить его престижу в общественном сознании. Это заставляет Суд избегать политической борьбы, что делает его позицию в отношении конституционных реформ чрезвычайно консервативной (80).

Интересной формой проявления политической роли институтов контроля конституционности является позиция конституционных судов некоторых стран Южной Европы, сформировавших доктрину ретроактивного толкования конституционности (81). Каждый раз после крушения очередной диктатуры в Греции возвращение к исходным конституционным принципам сталкивалось с проблемой преемственности, поскольку она не могла быть реализована без отмены законов предшествующих диктаторских режимов. В связи с этим была разработана правовая доктрина, которая объявляла предшествующие диктаторские законы никогда не существовавшими. Большинство греков, согласно этой доктрине, рассматривает диктатуры 1925 г., с 1936 по 1941 гг. и с 1967 по 1974 гг. как стоящие вне их исторической традиции. Данную теорию можно определить как своеобразную антитезу теории последующей легитимации и назвать ее «теорией последующей делегитимации» (82).

В Центральной и Восточной Европе процесс формирования конституционного правосудия осуществлялся с рядом особенностей. Во-первых, институт конституционного правосудия имеет здесь заимствованный характер: он не существовал ранее в аутентичном понимании. Во-вторых, он был введен в условиях кризиса всей политической системы, а потому обладал чрезвычайно высокой легитимностью в сравнении с другими властями. В-третьих, принятие кельзеновской модели конституционного правосудия делало конституционные суды инструментом формирования основ конституционности, предоставляя им самостоятельную роль (83). В-четвертых, политический эффект решений Судов был в этих условиях гораздо более значителен. В– пятых, политика права, которой руководствовались Суды, в большей или меньшей степени соответствовала тенденциям политического режима этих стран (поиску консенсуса и центризму). Конституционные суды региона часто занимались вопросами законодательства в направлении, противоположном тому, в котором следовало парламентское большинство того времени. Итоги переходного постсоветского периода в странах Восточной Европы можно выразить формулой – от бархатной революции к бархатной реставрации. Суть процесса – поиск золотой середины для сохранения власти номенклатуры, с одной стороны, и поддержания социальной стабильности – с другой. В эту формулу, в принципе, укладывается и роль конституционного правосудия. Конституционные суды Восточной Европы в начале их существования, кроме того, служат примером активного противостояния законодательной или исполнительной власти. Эта группа Судов также стоит перед риском политизации, но не переходит (за некоторыми исключениями, имевшими место на начальной стадии переходного периода) черту, отличающую негативного законодателя от позитивного (84).

Третья модель представлена Судами, которые сами стремятся стать политическим институтом, выступающим высшим арбитром в конфликте властей, поставив себя над ними в качестве элемента конституирующей власти. Данные Суды становятся в полной мере позитивным законодателем. Модель договорного перехода от авторитарного режима к демократии и от системы апартеида к гражданскому обществу при активной роли конституционного правосудия как гаранта переходного процесса реализована в ЮАР (85). В ходе предварительного этапа переговоров между конфликтующими сторонами была достигнута

зафиксированная во временной конституции договоренность о процедурах принятия новой конституции. Эта конституция должна была получить две трети голосов Учредительного собрания и затем быть рассмотрена Конституционным судом, которому предстояло определить ее соответствие 34 базовым конституционным принципам. Временная конституция (гл. 5, ст. 68, 71, 73 Акта 200 от 1993 г.) разрабатывалась с учетом этих принципов. Она (ст. 74 (1) Акта 200 от 1993 г.) запрещала вносить поправки в статьи 34 базовых конституционных принципов и содержала требование к Конституционному суду рассмотреть и определить соответствие новой конституции данным базовым принципам. Эти положения были, таким образом, полностью защищены от изменений, хотя процедура внесения поправок к другим частям предусматривалась (86).

Требование о необходимости одобрения текста конституции Судом (для определения его соответствия 34 базовым принципам) сохраняло свое значение при всех вариантах принятия основного закона. Это был, по мнению некоторых аналитиков, достаточно спорный пункт, поскольку конституция получила одобрение Конституционной ассамблеи 2/3 голосов. Получалось, что Учредительное собрание и Конституционный суд выступают равными участниками процесса создания конституции, а процедура возможного конфликта между ними не предусматривалась. Очевидно, что имелось в виду ограничить полномочия Конституционного суда лишь определением соответствия текста Конституции базовым нормам.

В 1996 г., приняв во внимание результаты общественного обсуждения конституционного проекта, Конституционный суд вынес позитивный вердикт, оценив его как «монументальное достижение» и констатировав, что подавляющее большинство его положений соответствует 34 базовым принципам. Однако Суд также установил, что в 9 случаях конституционный проект недостаточно соответствует им. Суд получил возражения на проект от 5 политических партий и 84 объединений. Представители политических партий и 27 других объединений были приглашены для личного изложения своих взглядов в Конституционном суде, чтобы он имел возможность услышать более широкий спектр мнений. Было также решено сделать аудиозапись материала этого обсуждения и вынесенных Судом решений.

Исходя из этого, Конституционный суд посчитал, что конституционный проект является неконституционным и не может быть одобрен как полностью соответствующий 34 конституционным принципам. Исправленная парламентом новая версия проекта 11 октября 1996 г. была вновь направлена на рассмотрение Суда. Эта версия содержала до 40 изменений, внесенных по возражениям Конституционного суда. В частности, процедура внесения поправок в конституцию стала более жесткой, была укреплена правовая защита фундаментальных прав и свобод, а в целях обеспечения большей независимости и беспристрастности Публичного защитника вводилось положение о том, что для его смещения требуется две трети голосов Национальной Ассамблеи (а не простого большинства). После общественного обсуждения в конце 1996 г. Конституционный суд одобрил новый проект (87). В январе 1997 г. президент Нельсон Мандела издал воззвание, которым конституция вводилась в действие, начиная с февраля 1997 г.

Четвертая модель – ситуация, когда Суд сам становится участником политического процесса, конкурируя с другими ветвями власти в рамках реализации функции арбитра. В Индии после победы на всеобщих выборах в 1971 г. и укрепления этой победы успехом на выборах в законодательные ассамблеи различных штатов в 1972 г. (чему способствовало поражение Пакистана в войне 1971 г.) Индира Ганди оказалась на вершине власти. Однако в последующие три года страна была ввергнута в анархию. Движения протеста, вызванные политическими причинами, прокатились по стране главным образом в Бихаре и Гуджарате. Все произошедшее И. Ганди восприняла как персональные атаки на нее со стороны безответственной оппозиции. 12 июня 1975 г. Верховный суд отменил избрание И. Ганди в центральную легислатуру по достаточно безобидному поводу (злоупотребление некоторой государственной собственностью в ходе избирательного процесса). Решение Суда, появившееся в одно время с пиком политических протестов в разных штатах и поражением на выборах в ассамблею Гуджарата, было квалифицировано И. Ганди как спланированный заговор в целях ее отстранения от власти. Она реагировала на эту ситуацию объявлением чрезвычайного положения на основании внутренней угрозы для страны, приостановила действие Конституции,

заключила в тюрьму главных лидеров оппозиции и диссидентов из Конгресса и издала указы, которые под предлогом внутренней безопасности вводили ограничения демократических прав граждан. На основании 38 и 39 поправок к статьям Конституции введение чрезвычайного положения и электоральные вопросы, затрагивающие премьер-министра и других важных лидеров, стали неподсудными. Согласно 42 поправке, затрагивавшей в общей сложности 59 статей Конституции, баланс соотношения между законодательной и судебной властями оказался измененным в пользу первой (88). Особенно важно то обстоятельство, что законодательные поправки к конституции переставали быть предметом судебного контроля. В дальнейшем отмена чрезвычайного положения и проведение демократических выборов позволили отменить эти поправки и восстановить позиции независимого контроля конституционности (89).

Диаметрально противоположной в ходе аналогичных кризисов предстала политическая позиция Верховного суда Пакистана, которую отнюдь нельзя признать независимой. В рамках анахронистской колониальной концепции «неуважения к суду», полагает пакистанский исследователь, Суд рассматривает свою защиту как главную цель («самозащита» – основной принцип его деятельности). Суд тем самым вовлекался в диктаторский механизм отмены Конституции, придания силы неконституционным незаконным актам, внесения поправок в Конституцию, что может рассматриваться как «Judicial misconduct» и «corruption of justice». Легализируя явные проявления государственной измены «доктриной необходимости» Суды лишали себя доверия даже по признанным решениям. Верховный суд Пакистана способствовал смещению законных правительств, роспуску парламента и подрыву конституции. Каждое из военных положений (martial law) становилось предметом рассмотрения Верховного суда, и этот Суд должен был вынести решение о законности такой акции. Любой закон о военном положении обжаловался в конкретных делах. Решая подобные дела три раза (по числу переворотов), Суд следовал образцу прощения акта узурпации и оправдывал закон о введении военного положения и акции, связанные с принятием такого закона. Это совершалось под различными предлогами (90). В ходе рассмотрения этих вопросов Суд находил сомнительные правовые положения и принципы: в отношении узурпации Айюб-Хана применялась, например, кельзеновская теория «революционной законности» (или революционной легальности), а к перевороту Зии Уль Хака – «доктрина необходимости». Каждый раз судебные решения поддерживали существующий военный режим и предлагали правовое обоснование его правления. Тем самым высшие суды Пакистана, по мнению пакистанских критиков, лишались предназначения быть хранителями фундаментального права страны. Они редко пользовались репутацией применяющих принцип сдержек и противовесов по отношению к произвольному использованию государственной власти. Игнорируя императивы конституционализма, защищаемые судебной системой, эти Суды молчаливо соглашались на установление авторитарных законов победителем. Свержение конституционных правительств и отмена конституций происходили под покровом легальности. Трактуя военный переворот как фазу «конституционного отклонения», Суды тем самым сокращали свою собственную юрисдикцию, рассматривая закон о военном положении как стоящий над конституционным правлением. Например, в деле Begum Nusrat Bhutto, Зия Уль Хак становился единственным законодателем, а позднее он опирался на это решение Суда, одобрившего закон о военном положении, для внесения поправок в конституцию. Широкое подтверждение «делегированных» диктатур принудило народ жить в режиме произвола. Когда законом вводилось военное положение, от Судов ждали отказа от придания ему законной силы. Но Суды никогда не выносили никакого решения против правителя, пока он находился у власти. Общее правило – «доктрина необходимости» – применялось ко всем диктаторам, но когда они свергались, их действия определялись как узурпация, а акты считались незаконными и неконституционными. Роль судей как защитников конституционной законности уменьшалась в результате их поведения и оппортунизма в условиях политической нестабильности и социально-экономической неустойчивости. Позднее в 1993 г. Верховный суд Пакистана отказался от «доктрины необходимости» и вынес несколько решений в защиту конституционализма и против авторитаризма (91).

Инструментальный характер конституционного правосудия очевиден в Латинской

Америке. Институты контроля конституционности выполняют здесь, как правило, функции легитимизации авторитарных режимов или предстают в качестве орудия одной ветви власти в конфликте с другой (92). Таким образом фактически была легитимирована демократическая конституционная революция. Так, Верховный суд Колумбии объявлял явно неконституционные действия президента конституционными на основании соответствия их так называемой «первичной легитимности», тем самым Суд предпочел поддержать принятие новой Конституции Колумбии по инициативе президента, хотя это и противоречило существующей процедуре конституционных изменений. В других случаях, напротив, предпочтение отдавалось защите существующей (хотя и нелегитимной) Конституции.

Реформирование Конституции Чили, осуществленное в 1989 и 1991 гг., привело к значительным изменениям в направлении демократизации. Однако политический блок, стоящий у власти (и опирающийся на три силы – армию, бизнес и правые партии), был заинтересован в сохранении пиночетовской Конституции. В итоге изменилась роль Конституционного суда, который, по мнению оппозиции, до настоящего времени продолжает выполнять консервативную миссию, защищая диктаторскую Конституцию от изменений путем поправок. Суд располагает всем действующим «блоком контроля конституционности», объявляя, например, законы, направленные на защиту публичных фондов от банковских манипуляций, неконституционными (93). Парадокс чилийской конституционной системы усматривается в том, что осуществление демократических прав возможно ныне лишь на основе недемократической конституции, изменения которой, однако, блокированы позицией самого Конституционного суда.

Сложная ситуация возникает в условиях конфликта между законодательной и исполнительной властями, когда от позиции Суда зависит перевес одной из них. Примером может служить позиция Федерального верховного суда Бразилии, ставшего активным инструментом в борьбе Национального конгресса против президента по вопросам экономических реформ. Суд способствовал реализации импичмента президенту, когда последний стремился изменить Конституцию своими указами в целях проведения либеральных экономических реформ (крайне непопулярных в стране) (94).

Важность позиции институтов конституционного правосудия возрастает в условиях реформ, направленных на либерализацию политической системы сверхпрезидентских режимов Латинской Америки на современном этапе. В этом отношении показательно постепенное реформирование Конституции Мексики 1917 г. в направлении либерализации системы: расширение полномочий парламента, судебной власти и роли политических партий в ущерб «президенциализму», которое достигло кульминации 2 июля 2000 г., когда Институционально-революционная партия, правившая с 1929 г. (71 год), впервые проиграла президентские выборы. Начало «новой политической траектории» для Мексики, как считают конституционалисты этой страны, было, однако, подготовлено ранее. Результатом реформ в 1987, 1994 и 1996 гг. стало наделение Верховного суда новыми возможностями по реализации «аутентичного толкования конституции» (95). Таким образом, можно констатировать, что Суды, как правило, используют нейтрализм и активизм в толковании права для обеспечения позиций главы государства или, напротив, обоснования его свержения в условиях конституционных конфликтов. Поэтому размышления латиноамериканских авторов о «консервативности» или «революционности» Судов не кажутся столь большим преувеличением.

Подчеркнем, что данная роль Суда может преследовать различные цели (выступления как в защиту демократии и разделения властей, так и против них) и базироваться на различных аргументах. В конечном счете, в условиях конституционных кризисов Суд оказывается перед дилеммой легитимности и законности, которую может разрешить как в пользу первой, так и второй.

Пятая модель – своего рода политический «активизм наоборот», представляющий собой попытку самоустранения Судов от ответственности за политические решения, иными словами – институт контроля конституционности, игнорирующий свои обязанности. Внешне такое самоустранение выглядит как стремление ограничить влияние политических факторов на профессиональное решение юридических вопросов. Но на деле речь идет о неустойчивом

равновесии, когда Суды предрешают решение вопроса, молчаливо предполагая, что это будет более эффективно сделано другими ветвями власти – законодательной или исполнительной. Данную позицию Суды занимают все чаще в условиях конституционной неопределенности, которая возрастает в связи с быстрой динамикой социальных изменений, опережающих нормы позитивного права. Американская доктрина политических вопросов оказалась чрезвычайно популярна в тех странах, где попытались реципировать данную модель конституционного правосудия. В завуалированном виде (т. е. без ее декларирования) такая концепция выдвигалась во многих странах. Она нашла сторонников в Германии, Франции и, особенно, Японии.

Японская модель хорошо иллюстрирует значение выбора абстрактного или конкретного конституционного контроля и политические последствия этого выбора. После принятия Конституции в Японии была принята модель Верховного суда США (96). Однако имел место спор: не стоит ли избрать моделью Федеральный конституционный суд ФРГ. Дебаты закончились в 1952 г., когда японский Верховный суд вынес решение по делу, возбужденному Y. Suzuki (Социалистическая партия), утверждавшего, что создание полицейских резервных сил и все правительственные действия неконституционны, поскольку нарушали ст. 9 Конституции, запрещавшую иметь вооруженные силы. В решении Суд определил свою компетенцию как осуществление исключительно судебного, а не конституционного контроля и разбора конкретных правовых споров. Тем самым отвергалась модель абстрактного конституционного контроля – изучение сомнений о конструкции конституции, других статутов и указов по их применению в будущем. Дело в том, что японское право традиционно ближе к континентальному (доминирующее влияние принадлежало немецкому, а ранее – французскому праву), и судьи привыкли к дедукции (свойственной континентальной системе кодифицированного права), а не к индукции (свойственной англосаксонской модели прецедентного права). Принятие американской модели не опиралось на традицию и готовый объем прецедентов, а практика Суда во многом зависела от политической элиты и исполнительной власти: судьи, за исключением председателя, согласно японской Конституции назначаются исполнительной властью (ст. 79 и 80 Конституции Японии).

В Японии заимствование доктрины политических решений и ее обоснование связано прежде всего с интерпретацией ст. 9 Конституции. Верховный суд Японии отказался (например, в 1952 и затем в 1959 гг.) рассматривать дела о неконституционности договора о безопасности, подписанного между Японией и США как противоречащего ст. 9, ссылаясь на их не юридический, а исключительно политический характер, т. е. находящийся вне его компетенции. Суд отказывался по тем же причинам от всех решений по силам самообороны, которые, по его мнению, регулировались больше политикой и общественным мнением. В связи с этим проводились сравнения этих решений с традиционными для европейской юриспруденции теориями правительственных актов («Regierungsakt» в Германии и «acte de gouvernement» во Франции) (97), имевших особый статус в силу своего принятия правительством. Причины неэффективности Верховного суда Японии усматриваются в том, что, во-первых, население индифферентно к его деятельности (в отличие от США, где Суд обладает большой властью и население, как правило, обращается к нему). Во-вторых, закреплен особый порядок отношений Суда с законодательной властью: если она прямо не запрашивает Верховный суд, то он не может выносить решений, требующих ответов, в связи с чем очевидна его зависимость от исполнительной власти. И в-третьих, приняты американские методы судопроизводства, которые реализовать трудно (98). Наиболее часто Суд в своей работе использует тест пропорциональности: он имеет чрезвычайно гибкий характер, и Суд способен решать много дел, чем и объясняется его распространенность, но применение этого теста не ведет к созданию соответствующего прецедентного права (например, в области регулирования собственности) (99). По многим принципиальным вопросам Суд сознательно устранился от занятия какой– либо позиции и предпочел такое самоустранение активному вмешательству в дела, связанные с политическими конфликтами. Число решений о конституционности статутов до сих пор минимально.

В сложном положении оказалась конституционная доктрина Израиля, который в силу религиозных и политических причин отказался от принятия единой конституции, но столкнулся с проблемой конфликта интерпретаций своих основных законов между Кнессетом и Верховным

судом. В отношении контроля конституционности статутов Верховный суд Израиля традиционно старался избегать, насколько возможно, объявления законов неконституционными (100). Дело в том, что в Израиле, представляющем собой парламентскую демократию, преобладает английская традиция, согласно которой «парламент не может ошибаться». Поэтому ни теоретически, ни практически не существовало ограничений законодательной власти Кнессета и судебного контроля статутов израильского парламента. Исключения из этого правила до последнего времени можно насчитать только четыре (в 1969, 1981, 1983 и 1990 гг.), когда Верховный суд признал недействительными положения в законах, противоречащих принципу равенства выборов в парламент. Готовность Верховного суда вмешиваться в решения других ветвей власти стала главной характеристикой израильской правовой системы с начала 80-х гг., когда Суд начал рассматривать себя как стража демократии (в чем некоторые усматривают влияние как европейской, так и американской практики конституционного правосудия) (101).

Подобно Верховному суду США Верховный суд Израиля руководствуется позицией самоограничения (доходившей иногда до фактического принятия доктрины в решении политических вопросов). Эта позиция объясняется тем, что Суд Израиля из-за своих широких концепций судебного контроля административных действий находится под огнем критики религиозной части израильского общества, представители которой считают, что Суд берет на себя слишком много в вопросах свободы религии и совести. Напряжение между парламентом и Верховным судом достигло наивысшего напряжения к 1999 г., когда Кнессет принял ряд резолюций, призвав Верховный суд избегать судебного контроля статутов и не вмешиваться в вопросы, затрагивающие ценности, идеологию и политическую целесообразность. Эти резолюции были инициированы ультра-ортодоксальными партиями, которые выступали против судебного активизма в целом и судебного контроля статутов в частности. В результате широкой поддержки Верховного суда Кнессет принял, в конечном счете, новые решения, аннулировавшие предыдущие: впервые Кнессет одобрил политическую резолюцию, признававшую демократическую необходимость судебного контроля статутов. Судебный контроль конституционности статутов признан частью юрисдикции, которой основные законы наделили Верховный суд. Однако четкие правила игры в отношениях независимого парламента и независимого Верховного суда еще не отработаны, их установление, проходящее в острой борьбе, раскрывает незавершенность формирования политической и конституционной систем Израиля (102).

Мы предложили типологию позиций институтов контроля конституционности, выстроив их между двумя крайними полюсами – политического нейтрализма и активного участия в политике. Как это часто бывает, крайности сходятся: чрезмерный нейтрализм может оказаться формой выражения активной политической позиции и, наоборот, активизм – формой отсутствия таковой. Ясно, однако, что эта классификация имеет статический характер, поскольку в истории каждой страны возможно чередование нейтрализма, активизма и различных вариантов их комбинаций.

Конституционные циклы и логика изменения политической позиции институтов контроля конституционности. Функция Судов как негативного (а в ряде случаев и позитивного) законодателя не остается постоянной, но включает различные трактовки этого понятия – большего тяготения к активизму, нейтральности и самоустранению от политических решений. Занимаемая Судом позиция в каждом конкретном случае зависит от совокупности факторов. Среди них – осознание Судом конституционной ситуации в целом и представления о перспективах развития конституционализма. Суды, следовательно, руководствуются определенным идеальным прочтением конституционных текстов, «духом законов», особенно если речь идет о сложных делах или решениях в конфликтной политической реальности. Конституционное развитие любой страны знает циклические колебания, выражающиеся в интерпретации базовых понятий. Если юридическая сторона решений Судов может игнорировать эти циклы, то их политическая роль в системе разделения властей не может не реагировать на них. В этих случаях колебания в позиции конституционных судов так или иначе коррелируются с конституционными циклами в данной стране. Это не прямая корреляция.

Динамический подход к изменению политической позиции Судов позволяет

сконструировать три модели. Первая модель – это изменение доктрин толкования в стабильных социальных условиях (например, изменение подходов Верховного суда США к интерпретации конституционного разделения властей). Сюда можно отнести и политику права европейских Судов, стабильность политической роли которых вытекает из прочности конституционного устройства, определяющейся в свою очередь консенсусом в отношениях основных политических партий. Вторая – это изменение социальных условий при сохранении доктрин толкования (так называемое проконституционное толкование в странах Южной Европы, а также современной Восточной Европы). Третья модель – это параллельное изменение обоих параметров, т. е. социальной среды и доктрин толкования. Примером может служить использование различных или даже противоположных доктрин толкования конституций в условиях сходных социальных или политических изменений (например, диаметрально противоположные позиции Верховных судов Индии и Пакистана в условиях введения исполнительной властью чрезвычайного положения).

В этой перспективе классическим вариантом цикличности конституционного толкования (при внешней неизменности конституции) должны быть признаны США, где радикальные конституционные преобразования, граничившие с конституционной революцией, предпринимались путем смены доктрин самого толкования – нейтрализма и активизма (для диаметрально противоположной интерпретации таких понятий, как «собственность» и «свобода» в рамках Поправки XIV к Конституции США) (103).

Фазы конституционных циклов в разных странах обычно совпадают с фазами изменения политической позиции институтов контроля конституционности. В этом отношении наиболее интересен опыт Франции с ее конституционными циклами. Радикальные изменения политического режима этой страны в рамках действующей Конституции V Республики заставили искать их причину по линии соотношения юриспруденции и политических факторов. Одни исследователи делают при этом упор на нормы самой Конституции, подчеркивая, что юридическая техника и точность отдельных статей была на высшем уровне и позволила аккумулировать и преобразовать новую реальность. Другие (Л. Фаворе) отмечают вклад судебного толкования, имея в виду последовательную «юридицизацию интерпретации конституции» (и параллельное расширение роли Конституционного Совета благодаря его собственному толкованию Конституции). Третьи (Ж. Ведель), напротив, подчеркивают значение политических факторов: выдающейся чертой Конституции является для них отнюдь не точность, императивный характер статей, а наоборот, их «амбивалентность» и «двойственность», позволяющая дать по каждой статье две или три возможные интерпретации исходя из политической практики. Эта Конституция оставляет «очень большое место интерпретации» (104). Поэтому нет ничего удивительного, что для французских авторов (Б. Шантебу) характерно понимание конституционной интерпретации как политического акта, ставящего проблему соотнесения конституционного контроля и демократии (105).

Вполне определенная связь конституционных циклов и позиции конституционного правосудия прослеживается в постсоветской России. Переходный процесс в России можно представить в виде трех основных фаз, каждая из которых знаменовала качественно новый этап в развитии контроля конституционности и параметров его политизации (106). Первая фаза (1989– 1991) – попытка частичного реформирования конституционной и политической системы, связанная с представлением о возможности реформирования номинального конституционализма. Она характеризуется постепенным внедрением в сознание необходимости особого института контроля конституционности. Главная проблема заключалась в определении природы и компетенции конституционного надзора, который был для России и стран Восточной Европы совершенно непривычен. При рассмотрении различных моделей – американской, австрийской, германской и французской – предпочтение было отдано европейским (континентальным) образцам. Идея состояла в том, чтобы по европейским образцам создать специальные судебные органы, полномочные разрешать конституционные споры. Эта фаза завершилась созданием Конституционного суда в 1991 г. Вторая фаза – собственно конституционная революция, охватывающая период с августовского путча в 1991 г. до конституционного переворота в 1993 г. В период между этими двумя событиями решалась судьба конституционного устройства страны, а его содержанием являлся конфликт старой

законности и новой легитимности. Результатом стало прекращение существования первого Конституционного суда в 1993 г. Третья фаза связана с принятием новой Конституции 1993 г. и ее последующей легитимацией. Вследствие этого возобновилась работа Конституционного суда в 1994 г., сопровождавшаяся, однако, резким ограничением его компетенции: функция надзора свелась теперь к функции «конституционного контроля». Это превратило Конституционный суд из чрезвычайно политизированного института (склонного к полномасштабному активизму) в формально деполитизированный институт, определяемый понятием негативного законодателя. Таким образом, идея создания в России конституционного правосудия, начавшаяся с первых робких попыток обсуждения независимого конституционного правосудия, достигла кульминации своей политической роли в период конституционной революции 1993 г. и завершилась осторожной реализацией в виде политически нейтрального института конституционного контроля. Означает ли это утрату Судом реальных политических функций? Представляется, что нет.

Политическую роль Конституционного суда Российской Федерации можно определить следующими возможностями: толкование пробелов, умолчаний и противоречий в Конституции, которое ведет к ее изменению (как было продемонстрировано в ходе толкования ст. 136); устранение от решения вопросов о соответствии Конституции нового законодательства, ведущего к ее изменению (как это утверждалось в отношении законодательства, вводившего новое административно-территориальное деление, порядка формирования верхней палаты, частной собственности на землю, закона о политических партиях); принятие своеобразной презумпции конституционности президентских указов, устраняющих пробелы в правовом регулировании, вплоть до принятия соответствующего законодательства. Все это означало, по мнению критиков, делегирование Конституционным судом своей функции контроля конституционности президенту как гаранту Конституции и могло интерпретироваться как российская версия «доктрины политических вопросов».

Связь позиции Судов с фазами конституционных циклов находит выражение в смене правовых доктрин.

Правовая доктрина суда как выражение политики права. В этой перспективе существенное значение для определения вектора толкования имеет анализ политико– правовых доктрин, которыми Суды руководствуются официально или неофициально в своей практике. Смена этих доктрин и принятых процедур толкования – не что иное, как изменение политики права в меняющихся социальных условиях.

Если Суд желает занимать более консервативную позицию (характерную для периодов нейтрализма или сдержанности), основное значение приобретает доктрина проконституционного толкования. Норма может иметь несколько возможных толкований, но только одно из них находится в соответствии с конституцией. Данный подход используется в Германии (verfassungskonforme Auslegung), но представлен и в других странах – Канаде, Франции, Польше, Венгрии, Чехии.

Если Суд стремится к активному толкованию, то возможно обращение к идеям «живого права» или «невидимой конституции», к которой апеллировал, например, Конституционный суд Венгрии. Конфликт «живого права» (living law) и «книжного права» (law in books) может привести к напряженности и различным интерпретациям конституции даже в самой судебной системе во взаимоотношениях между верховными и конституционными судами.

В случае необходимости исторической легитимации конституционных норм Суд достигает этого посредством ретроактивного толкования – фактического переписывания истории конституционализма, что имело место в Греции и ряде стран Восточной Европы, когда предшествующие конституции и основанное на них законодательство объявляли несуществующими. Напротив, если идея состоит в обращении к будущему или нравственному идеалу, то предпочтение отдается телеологическому методу толкования, которое осуществлялось в ряде стран Восточной Европы переходного периода.

В условиях конституционных кризисов политическая позиция Суда может найти легитимацию в одной из постоянно воспроизводимых доктрин: возможно, например, использование кельзеновской доктрины как для стабилизации режима (в смысле обращения к сохранению позитивного права), так и для его изменения, например, «доктрины

необходимости» для обоснования нового режима, который формально выступает как защитник действующей конституции от ее противников. Возможна и апелляция к «первичной законности» или «невидимой конституции» – народному волеизъявлению в условиях конституционной революции.

В конечном счете, простое самоустранение Суда от решения – возможный путь делегирования ответственности законодательной или исполнительной власти (в пределах доктрины политических вопросов).

Трудно не увидеть в смене этих доктрин определенной политической установки, которая должна быть согласована с представлениями о конституционной системе в целом. Эта роль Суда может быть более или менее конструктивной, колебаться от защиты буквы конституции до «преторианского активизма», способствовать той или иной системе ценностей.

Возможно ли достижение политической нейтральности в конституционном правосудии? Развитие конституционного правосудия в рамках разделения властей – чрезвычайно динамичный процесс, исключающий однозначный ответ, приемлемый для всех ситуаций. Мы видели, каким образом конституционное правосудие в разных ситуациях, находясь под воздействием различных факторов, лавирует между правом и политикой. Однако, даже в случае полной политической беспристрастности судей, результаты выносимых ими решений по важнейшим вопросам отнюдь не могут рассматриваться как политически нейтральные. Вынося эти решения, судьи, разумеется, в большей или меньшей степени представляют себе их политические последствия. Это, в частности, прослеживается в делах, посвященных отношениям собственности (107). Но тогда оказывается, что решения судей во многом спровоцированы этими представлениями.

Теория и практика судебного толкования конституции также вносит свой вклад в возможности ее новой интерпретации и включает различные средства: изменение закона о конституционном правосудии, устанавливающего его состав и компетенцию; принятие самим Судом определенной доктрины толкования (например, доктрина невмешательства при рассмотрении «политических дел» или, напротив, активное вмешательство в силу принципа «воинствующей демократии»); возможности различной интерпретации конституции в зависимости от изменения самой процедуры толкования; наконец, вольное или невольное занятие Судом определенной политической позиции (как в случаях с последующей легитимацией конституционных переворотов).

В условиях конституционных циклов конституционные суды призваны стать их амортизаторами – обеспечить защиту конституции от антиправового перерождения, с одной стороны, и гибкость конституционных норм в контексте новой социальной и политической реальности – с другой. Поэтому Суды обречены на вечный поиск золотой середины между юридической интерпретацией политики и политической интерпретацией конституции. Выражением этого компромисса становится изменение политической доктрины самих институтов контроля конституционности.

Ответ на поставленный вопрос (о возможности достижения политической нейтральности) может быть дан формулой Гегеля: свобода конституционного правосудия есть осознанная глубокая необходимость. Эта необходимость осознается как понимание универсальной тенденции конституционализма, а следовательно, неизбежно включает определенную совокупность ценностных суждений – политическую философию конституционного толкования.

5. Гражданское общество и государство: модели взаимодействия (регулирование правового статуса НПО)

Неправительственные организации как формирующаяся третья сила современного общества. В условиях глобализации правомерно говорить об общественных (неправительственных) организациях как «третьей силе», влияющей на развитие первых (и исторически более ранних) двух – государства и бизнеса.

НПО выдвигаются на передний план по следующим причинам: а) рост политической культуры наиболее развитых стран, в которых формируется сеть групп по интересам.

Показателен пример ФРГ, где общественные организации охватывают ряд общественных сфер и вовлечены в разрешение конфликтных ситуаций. В этой стране констатируется новое состояние массового общества, которое берет на себя инициативы решения внутригосударственных вопросов (принцип субсидиарности); б) в условиях европейской и мировой интеграции решение многих значимых вопросов выходит далеко за пределы государственных рамок (усилились международные связи, требующие новых форм интеграции). Поэтому возможны общественные организации, чья функция состоит в решении межкультурных, межгосударственных и в широком смысле – международных вопросов. Такие общественные организации специально ориентированы на помощь развивающимся странам или распространение государством своих ценностей за границей, деятельность в других государствах.

В отличие от двух первых сил общественного развития – государства и бизнеса, феномен НПО до последнего времени развивался спонтанно, а многие его стороны не контролировались действующим правом, сложившимся для других целей. Существует два направления, по которым НПО могут оказать существенное влияние: во-первых, в условиях конфликта бизнеса и власти НПО как автономная сила могут сыграть ключевую роль в политическом процессе, объединяясь с одной из этих двух сил. Во-вторых, они могут использоваться для проведения интересов одного социума в другом. В союзе с государством они выступают как политическая сила, оказывающаяся инструментом перераспределения средств и лоббирования, а организации, имеющие свои отделения за рубежом, через соотечественников могут быть полезны государству для распространения культуры и влияния (например, франкофоны), сбора информации, изучения ситуации. НПО – важный источник информации, если они занимаются мониторингом ситуации.

В законодательстве отдельных стран регулирование НПО прослеживается прежде всего в сфере финансов и контроля (например, государственных субсидий организациям в интересах целевого использования средств). Но отсутствие общего законодательства создает лакуны и даже возможности для исполнительной власти оспаривать любое действие общественной организации. Это нежелательно для организаций, ставящих серьезные цели, стремящихся к стабильным правилам игры и длительному существованию. Имеет место принятие ограничительного законодательства в сфере регулирования НПО, ужесточающего процедуры регистрации и отчетности НПО, которые позволяют государству неоправданно и неправомерно вмешиваться в деятельность НПО.

Возникает два направления правового осмысления ситуации. Первое связано с необходимостью правового регулирования, второе – с сохранением механизмов саморегуляции и адаптивности. «Третья сила» (в отличие от двух других) до настоящего времени не получила полноценного правового регулирования в мировом масштабе. Это достаточно неопределенная ситуация, поскольку влиянию НПО в мире не соответствует уровень их правового регулирования, а это может приводить к негативным последствиям (использованию данной новой формы в целях наживы и терроризма). Проблема, однако, в том, как при таком правовом регулировании не впасть в другую крайность – тотальную бюрократизацию и контроль.

Новое российское законодательство о неправительственных организациях: масштаб регулирования и систематизация изменений. Федеральным законом от 10 января 2006 г. 18-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» внесены изменения в четыре федеральных закона: Закон Российской Федерации от 14 июля 1992 г. № 3297–1 «О закрытом административно-территориальном образовании»; Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»; Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» и Гражданский кодекс Российской Федерации.

Нарочито техническое название закона не должно скрыть того факта, что масштаб регулируемых им явлений чрезвычайно широк и охватывает практически всю инфраструктуру гражданского общества России. Так, к некоммерческим организациям (российским и иностранным) принадлежат те из них, которые не ставят извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяют полученную прибыль между участниками (ФЗ от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ (ред. от 02 февраля 2006 г.) «О некоммерческих

организациях»). В это определение входит огромное число организаций, занимающихся общественной и благотворительной деятельностью.

Под общественными объединениями понимаются добровольные, самоуправляемые, некоммерческие формирования, созданные по инициативе граждан, объединившихся на основе общности интересов для реализации общих целей, указанных в уставе общественного объединения. Право граждан на создание общественных объединений реализуется как непосредственно путем объединения физических лиц, так и через юридические лица – общественные объединения (ФЗ от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях»). Среди общественных объединений фигурирует и такое, как политическая партия – общественное объединение, созданное в целях участия граждан РФ в политической жизни общества посредством формирования и выражения их политической воли, участия в общественных и политических акциях, в выборах и референдумах, а также в целях представления интересов граждан в органах государственной власти и органах местного самоуправления (ФЗ от 11 июля 2001 г. «О политических партиях»); профсоюз – добровольное общественное объединение граждан, связанных общими производственными, профессиональными интересами по роду их деятельности, создаваемое в целях представительства и защиты их социально– трудовых прав и интересов (ФЗ от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»); религиозное объединение – добровольное объединение граждан РФ, иных лиц, постоянно и на законных основаниях проживающих на территории России, образованное в целях совместного исповедания и распространения веры и обладающее соответствующими этой цели признаками: вероисповедание; совершение богослужений, других религиозных обрядов и церемоний; обучение религии и религиозное воспитание (ФЗ от 26 сентября 1997 г. «О свободе совести и о религиозных объединениях»); молодежные и детские общественные объединения (ФЗ от 27 августа 2004 г. «О государственной поддержке молодежных и детских общественных объединений»), В целом, насчитывается более 30 законодательных актов, устанавливающих формы и виды НКО, а также регулирующих отдельные вопросы, связанные с ними.

Основные нововведения закона 10 января 2006 г. раскрывают цели законодателя. Среди них: ограничения на участие в НКО иностранных граждан и лиц без гражданства, иных физических лиц и организаций; новый порядок государственной регистрации некоммерческих организаций; основания отказа в государственной регистрации; создание реестра филиалов и представительств международных организаций и иностранных некоммерческих неправительственных организаций (порядок включения в реестр, основания отказа от внесения в реестр); отделение иностранной НПО как новая форма некоммерческой организации (порядок регистрации отделения и основания отказа в государственной регистрации); новые формы и механизмы контроля со стороны государственных органов; ограничения деятельности структурных подразделений иностранных НПО; основания и порядок ликвидации общественных объединений, иных некоммерческих организаций, отделений иностранных НПО, основания и порядок исключения из реестра филиалов и представительств иностранной НПО.

В целом, данные нормы направлены на усиление государственного контроля и регулирования НКО и НПО, закрепление формализованных процедур регистрации, финансовой отчетности и ликвидации. Среди новых форм контроля и ограничений – основания отказа во внесении в реестр, отдельные новые формы контроля, порядок ликвидации НПО. Пакет документов, необходимых для регистрации и функционирования общественной организации чрезвычайно развернут. Например, новый порядок государственной регистрации НКО предполагает 8 документов – 1) заявление, подписанное уполномоченным лицом, с указанием его фамилии, имени, отчества, места жительства и контактных телефонов; 2) учредительные документы некоммерческой организации в трех экземплярах; 3) решение о создании некоммерческой организации и об утверждении ее учредительных документов с указанием состава избранных (назначенных) органов в двух экземплярах; 4) сведения об учредителях в двух экземплярах; 5) документ об уплате государственной пошлины; 6) сведения об адресе (о месте нахождения) постоянно действующего органа некоммерческой организации, по которому осуществляется связь с некоммерческой организацией; 7) при использовании в наименовании некоммерческой организации личного имени гражданина, символики, защищенной

законодательством Российской Федерации об охране интеллектуальной собственности или авторских прав, а также полного наименования иного юридического лица как части собственного наименования – документы, подтверждающие правомочия на их использование; 8) выписка из реестра иностранных юридических лиц соответствующей страны происхождения или иной равный по юридической силе документ, подтверждающий юридический статус учредителя – иностранного лица. Важно дополнение о том, что документы иностранных организаций должны быть представлены на государственном (официальном) языке соответствующего иностранного государства с переводом на русский язык и надлежащим образом удостоверены.

Формы этих документов – не просто делопроизводство. Они утверждены правительством. Этот новый порядок, во-первых, делает организацию абсолютно прозрачной (сведения об адресе, символике, полномочия, сведения об уплате пошлины, выписка из реестра); во– вторых, содержит ограничительные нормы и вводит жесткие санкции за непредставление информации в надлежащий срок; в-третьих, содержит определенные подводные камни, например, необходимость удостоверения перевода «надлежащим образом» (без объяснения каким именно, что может оказаться ловушкой). В целом порядок регистрации и контроль НПО – очень жесткий. Фактически организации должны подавать сведения обо всем, каждый шаг их под контролем. Здесь необходимо различать НКО и НПО, поскольку порядок контроля за ними имеет определенные особенности.

Особенно пристальное внимание уделено иностранным НПО. В отношении них (их структурных подразделений) ФРС может направить мотивированное решение о запрете осуществления ими на территории РФ заявленной программы или ее части (невыполнение этого решения влечет исключение соответствующего филиала или представительства иностранной НПО из реестра); о запрете направления денежных средств и иного имущества определенным получателям. Эти меры мотивируются целями защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Действия (бездействие) государственных органов могут быть обжалованы иностранной некоммерческой неправительственной организацией в суд по месту нахождения соответствующего государственного органа.

Важно, что представлены образцы документов, формы которых утверждены правительством. Очень важна та группа документов, которые осуществляют финансовый контроль деятельности НПО, выявляют их кадровый состав, а также направления деятельности (и соответствие их уставным целям). Для приобретения общественным объединением статуса юридического лица необходима регистрация ФРС, подведомственной Министерству юстиции.

Можно констатировать наличие критических оценок нового российского законодательства в СМИ. Его непринятие мотивируется противоречием праву на свободу объединений, зафиксированному в международно-правовых актах и Конституции РФ. Хельсинкская комиссия США считает, что «новый закон может отрицательным образом повлиять на осуществление демократии в РФ»; а Госдепартамент США «призывает задуматься, как закон повлияет на гражданское общество». По мнению российских оппонентов, данное законодательство подрывает права граждан. Это, по их мнению, – способ покончить с гражданским обществом и создать «управляемый плюрализм». Отмечалось, что изменения в законе приведут к бюрократизации; ограничат оппозицию, внесут существенные различия в статус российских и иностранных НГО.

Кроме того, высказывались опасения, что заложенные в законе положения могут вести к коррупции. Констатировалась обеспокоенность правозащитников содержащейся в российском законе «системой обременительного контроля, надзора и отчетности». В России общественные (в том числе религиозные) организации высказывали опасения по поводу сложности в реализации прав. Данная критика, однако, больше исходила не из фактического положения дел в стране, а из возможного использования законодательства об НПО в будущем.

Механизмы реализации права: саморегуляция, административный контроль и транспарентность функционирования общественных организаций. Сама попытка создания общественных организаций направлена на то, чтобы право ассоциаций могло получить реализацию. Сравнительный подход показывает, что повсюду в мире соответствующие нормы

вырабатываются спонтанно, в них отсутствует систематичность. Нет развитого международного правового регулирования общественных организаций. В то же время практика конца XX – начала XXI в. показывает, что при наличии большого числа организаций с благородными целями, законодательство часто не содержит препятствий для создания организаций с совершенно другими целями (экстремистская деятельность, теневой бизнес, легализация сект, проведение политического влияния других государств). Значительные финансовые потоки, декларируемые как гуманитарная спонсорская деятельность, начинают использоваться для политического давления.

При отсутствии адекватного законодательства у государства нет правовых рычагов осуществления контроля в этой жизненно важной сфере.

Юридический статус общественных организаций, при всем разнообразии в национальных системах, не имеет унифицированного правового регулирования (отсутствует единообразное законодательство в мировом масштабе и внутри стран). В этом смысле российский закон можно считать одним из опытов систематического регулирования данной сферы общественной деятельности. Сама идея регулирования этой сферы, однако, вызывает тревогу: не приведет ли новое законодательство к ущемлению конституционных прав индивида? Существо этих вопросов в юридической форме может быть сформулировано следующим образом: является ли требование закона о статусе НПО ограничением общих норм конституционного права на свободу объединения граждан?

Если проводить аналогию с двумя другими важнейшими секторами правового регулирования – бизнесом и государством, то ответ очевиден: интенсивное правовое регулирование в данных областях в принципе не ограничивает конституционное право, но скорее является условием его реализации. Конституционное право на свободу ассоциаций предполагает существование правового механизма его реализации (собственность, устав, финансирование, членство организации, ее статус в обществе, деятельность и социальная ответственность). При отсутствии механизмов правового регулирования и реализации любое право предоставляет возможности для своего обхода. Следовательно, провозглашение права на объединение без механизма реализации не расширяет возможности граждан, а наоборот, создает способы игнорировать или нарушать этот вид прав. Поэтому постановка вопроса о праве граждан на общественные объединения должна сопровождаться обсуждением механизмов реализации.

Важнейшие инструменты реализации права на объединение – стабильность законодательства, прозрачность отчетности и гласность как в деятельности НПО, так и проверяющих инстанций, а также возможность судебного обжалования действий административных органов. Интернациональный опыт говорит о существовании отработанных систем отчетности и правового контроля, хотя часто эта сфера регулируется не одним законом, а несколькими, или специализированным (и достаточно детализированным) налоговым законодательством. Так, в США каждая НПО, в том числе иностранная, должна ежегодно представлять секретарю штата годовой финансовый отчет о своей деятельности. Размеры и структура доходов НКО не могут быть предметом коммерческой тайны. К этому добавляется внутренний механизм обеспечения прозрачности (допуск отдельных членов НПО к финансовой отчетности). Возможны проверки иностранных НПО по решению Генерального прокурора. Новейший польский закон об ассоциациях создает правительственное агентство с властью мониторинга следующих параметров: 1) требовать, чтобы правление ассоциации предоставляло копии актов, принятых общим собранием (ассамблеей делегатов) в течение определенного периода времени; 2) обозревать документы, относящиеся к деятельности ассоциации, и делать заметки, извлечения и копии из них на заседании ассоциации и в присутствии представителя руководства ассоциации; 3) требовать необходимых объяснений от руководства ассоциации (Польский закон об ассоциациях. Ст. 25).

Все конфликтные параметры правового регулирования представлены в современном российском контексте. В основе реформы российского законодательства лежат Федеральные законы – «Об общественных объединениях», «О некоммерческих организациях» и «О внесении изменений в некоторые законодательные акты». В России некоммерческие организации ведут учет и статистическую отчетность в установленном порядке. НКО предоставляет информацию

органам государственной статистики и налоговым органам. Уполномоченный орган осуществляет контроль за соответствием действий НКО ее учредительным документам.

В постановлении Правительства от 15 апреля 2006 г № 212 «О мерах по реализации отдельных положений федеральных законов, регулирующих деятельность некоммерческих организаций» в соответствии с указанными законами утверждаются формы документов, необходимых для государственной регистрации НКО; перечень и формы документов, необходимых для внесения изменений в сведения о НКО, не связанных с внесением изменений в учредительные документы; формы документов, содержащих отчет о деятельности НКО, сведения о персональном составе ее руководящих органов, а также документов, содержащих сведения о расходовании денежных средств и использовании иного имущества, в том числе полученных от международных и иностранных организаций, иностранных граждан и лиц без гражданства; формы документов, содержащих информацию об объеме получаемых общественным объединением от международных и иностранных организаций, иностранных граждан и лиц без гражданства денежных средств и иного имущества, целях их расходования или использования, а также об их фактическом расходовании или использовании;

формы документов, содержащих информацию об объеме получаемых структурным подразделением иностранной НКО денежных средств и иного имущества, их предполагаемом распределении, целях расходования или использования, фактическом расходовании или использовании, расходовании предоставленных физическим и юридическим лицам указанных денежных средств и использовании предоставленного им имущества, а также о предполагаемых для осуществления на территории РФ программах. Фиксированный характер данного перечня документов и их форм позволяет надеяться на стабилизацию «правил игры» в отношениях НПО и государства.

Как показывает проведенный анализ, общее законодательство об НПО, становящихся заметной силой современного общества, необходимо. Данная необходимость вытекает из превращения НПО в значимую общественную силу – «третью силу», способную стать автономным фактором политического процесса наряду с двумя другими – бизнесом и государственной властью. Данное законодательство, динамично представленное на современном этапе в большинстве стран мира, не только позволяет институционализировать отношения между общественными организациями и государством, но и определить рамки их взаимоотношений, обеспечить необходимый уровень прозрачности (ясное выражение задач, целей и источников финансирования НПО, с одной стороны, прерогативы административных институтов, с другой).

Можно констатировать важность создания законодательства об НПО как внутри страны, так и в международном масштабе. Российский закон – не первый по времени: регулирование НПО и НКО имеет уже определенную историю, во всяком случае, в странах с развитой правовой системой. Тем не менее, его новой отличительной чертой является масштаб регулирования, поскольку оказались охвачены практически все области регулирования НПО, а также затронуты его основные разновидности – общественные и профессиональные организации, политические партии, профсоюзы, различные некоммерческие объединения. В сравнительной перспективе российский закон выступает скорее как синтез различных национальных вариантов законодательства об НПО, развивавшихся стихийно, суммирует и кодифицирует их положения.

Общая оценка российского законодательства в контексте международного права показывает, что оно развивается в целом в его русле (108). В то же время в самом международном праве нет достаточно четкого правового регулирования НПО, а имеющиеся положения основных документов допускают различную интерпретацию – в пользу большей или меньшей жесткости данного регулирования. В результате возникает область правовой неопределенности, которая лишь отчасти заполнена разъяснительными документами ЕС, например, «Основными принципами о статусе неправительственных организаций в Европе», которые имеют, впрочем, рекомендательный характер (109). Достаточно скромной и противоречивой выглядит судебная практика по этим вопросам (110).

Это означает, что национальное законодательство, опираясь на общие демократические ценности, должно стремиться реализовать данные рекомендации в соответствии с внутренними

условиями и потребностями развития. Именно это и имеет место в различных странах мира, законодательство об НПО которых, как представляется, очень далеко от единства. Сравнительный анализ данного законодательства раскрывает, скорее, его асимметричность по таким направлениям, как характер правовых актов, регулирующих эту сферу;

уровень и параметры этого регулирования; типы самих регулируемых объектов, объединяемых условным обозначением НПО. Еще большее разнообразие прослеживается при обращении к функциональному аспекту действия данных норм.

Современное развитое гражданское общество не только не исключает, но и предполагает различные варианты правового и финансового контроля над НПО. В одних случаях преобладает непосредственный конституционный или публично-правовой контроль (как в большинстве демократических государств), в других – он отводит видную роль гражданскому праву (ФРГ), финансовому, контрактному и налоговому законодательству (в Соединенном Королевстве и Канаде), в третьих функциональному подходу в виде установления соответствия деятельности организаций их программным положениям (Франция), в четвертых – административному (Китай). Различаются интенсивность и параметры контроля над НПО, динамика развития, а также институты, осуществляющие эти функции и занимающиеся разрешением конфликтов между НПО и государством (законодательная власть, суды, прокуратура, административные институты разного уровня). В конечном счете, многое зависит от самих НПО – степени их укорененности и легитимности в структуре гражданского общества, экономической состоятельности, осознания своих интересов, способности отстаивать их на разных уровнях (111).

Обращает на себя внимание, в частности, то обстоятельство, что решение вопросов регистрации, финансовой прозрачности, отношений с административными структурами, роли иностранцев, степени принятия международных рекомендаций связано с национальными правовыми традициями, уровнем развития гражданского общества, экономической стабильностью и стоящими задачами. С этим связана и возможность конструирования различных моделей взаимоотношений НПО с государством в разных странах: нейтральных (США) и партнерских (принципы договорности, субсидиарности, пропорциональности, представленные в современных западных демократиях от Соединенного Королевства и Канады до ФРГ и ряда государств Восточной Европы) вплоть до чрезвычайно напряженных (как в Китае), а также поиск различных правовых и политических инструментов их регулирования (от заключения соглашения и судебной практики до административного давления). В ряде случаев данный конфликт завершается созданием параллельных структур гражданского общества, превращающих правовое регулирование НПО в инструмент политического давления на них (в некоторых обществах переходного типа).

Новейшее российское законодательство, в частности, преобразования, связанные с Федеральным законом от 10 января 2006 г. 18-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», в этом контексте не выглядят исключением: законодательство отразило противоречивость ситуации постсоветского общества – стремление к стабильности и ясности правового регулирования, с одной стороны, и расширению государственного контроля – с другой. Первая тенденция сближает его с признанными образцами «хорошей практики», вторая – отдаляет от них. Суммируем возможные позитивные и негативные следствия этих изменений.

Позитивное значение закона можно усмотреть в том, что он фиксирует и регламентирует те стороны реальности, которые ранее оказывались незамеченными законодателем, либо подвергались фрагментарному и противоречивому регулированию с позиций десятков различных законов. Выясняется и декларируемая цель нового законодательства: преодолеть правовые лакуны в регулировании НПО с тем, чтобы поставить заслон недобросовестному использованию привлекательной формы общественных организаций в корыстных или преступных целях, добиться гласности и прозрачности их деятельности. Наличие утвержденного правительством пакета документов, предусмотренных в законе, может способствовать упорядочению этого диалога. Тем более, что отказ в регистрации или вопросы ликвидации общественных организаций могут быть разрешены в судебном порядке.

Не прослеживается никаких формально– юридических противоречий российского

законодательства с международно-правовыми актами и конституционными принципами. Сохраняют свою силу все формальные принципы и нормы, обеспечивающие право на создание ассоциаций, возможность их диалога с государством, осуществление контроля за их деятельностью только на основании закона и возможность обжалования действий администрации в судебном порядке. Российский закон идет по линии мировой практики и в представленных ограничительных нормах: устанавливает допустимые юридические ограничения на учреждение, регистрацию, финансирование и расходы российских НПО и их международных партнеров, регулирует те сферы, которые ранее вообще не регулировались, например, статус и налогообложение иностранных организаций. Практически все перечисленные в законе основания принудительного роспуска НПО государством были заимствованы из законодательства других государств и тщательно суммированы в российском законе (а потому не являются оригинальными). Введение громоздкой отчетности также не является российской спецификой и формально вполне соответствует идеям транспарентности и субсидиарности, реализация которых не возможна без четкой финансовой и налоговой документации, особенно по тем НПО, которые получают средства из российского или иностранного государственного бюджета (иногда через посреднические организации зонтичного типа). Наконец, введение изменений в закон позволяет теоретически регулировать вмешательство в деятельность НПО чиновников и, следовательно, формально ограничивает пределы такого влияния – делегированных полномочий и административного усмотрения.

Очевидно, что основной политический мотив принятия нового законодательства не покажется спорным тем странам ЕС, которые столкнулись с проблемой экономической (финансовой) несостоятельности национальных НПО по сравнению с интернациональными или иностранными. Стремлением сбалансировать представительство различных общественных элементов и отстоять национальные подходы к решению ряда актуальных проблем определялись, как было показано, те изменения в законодательстве разных стран, которые связаны с введением финансовой прозрачности и отчетности, контролем налоговых и административных органов за распределением бюджетных средств, введением ограничительных норм для подразделений иностранных НПО, законодательным фиксированием не только права на свободу ассоциации, но и права добровольности участия и возможности выхода из нее. В этом отношении российское законодательство выражает те тенденции и сомнения, которые представлены в некоторых странах Западной Европы, в частности – в спорах по вопросу о роли НПО при обсуждении проекта Конституции ЕС (112).

Негативный аспект российского закона может быть связан с фактическим (и юридическим) расширением возможностей административных структур осуществлять контроль над НПО и влиять на их деятельность в собственных интересах. Отметим такие параметры нового законодательства: разрешительный порядок регистрации и расширение оснований отказа в государственной регистрации для НПО; ограничения деятельности иностранных НПО; расширение форм государственного контроля и оснований ликвидации российских и структурных подразделений иностранных НПО, появление положений, расширяющих усмотрение административных органов в отношении общественных организаций, введение ряда нечетких формул, позволяющих давать различную интерпретацию.

Следствием может стать чрезмерная бюрократизация данной сферы, рост коррупции, ограничение механизмов саморегуляции, естественной конкуренции между НПО, а при известных обстоятельствах – создание системы квази-НПО и параллельного гражданского общества. Данный вектор интерпретации законодательства может быть связан с социальной апатией, отсутствием реальной многопартийности и независимых профсоюзов (что само по себе стало следствием законодательного ограничения данных видов НПО), слабостью судебной системы и ее зависимости от исполнительной власти. Вопрос об эффективности законодательства, которое может интерпретироваться диаметрально противоположным образом, будет разрешен судебной практикой и правоприменительной деятельностью.

Оправданы сомнения относительно «духа» российских законов. Новое российское законодательство об НПО аккумулирует из международного опыта именно те положения, которые направлены на усиление регулирующей и посреднической роли государства в формировании структуры НПО. Эти положения, содержащиеся в законодательстве других

демократических стран в разрозненном виде, приобретают в российском праве достаточно системный характер, увязывая воедино разрешительную регистрацию (или отказ в ней), финансовый контроль и постоянный мониторинг функционирования НПО. Российское законодательство балансирует на грани тех принципов и норм, которые отделяют либеральную демократию европейского типа от авторитарной модели направляемой демократии, существующей в ряде переходных обществ. В этом смысле новейшее законодательство об НПО развивается в русле других законодательных инициатив, направленных на усиление государства и властной вертикали.

Возможными негативными следствиями законодательства могут стать: ослабление диалога власти и общества, консервация существующей структуры общественных организаций и ее последующий направленный пересмотр в сторону селекции более лояльных организаций (особенно на региональном уровне); переход значительной части общественных инициатив от зарегистрированных НПО к незарегистрированным (в силу элементарной невозможности или трудности регистрации), внутренняя фрагментация самих зарегистрированных НПО. Самым худшим сценарием стал бы отказ влиятельных НПО от сотрудничества с государством даже в тех областях, где это возможно в настоящее время. Ключевое значение для разрешения потенциальных конфликтов в области гражданского общества будет иметь вопрос о степени независимости судебной власти, на которую возлагается основное бремя разрешения споров между НПО и административными структурами (по вопросам регистрации, отказа в ней, принудительной ликвидации и т. д.).

Констатируя двойственную природу российского законодательства, подчеркнем, что проблемы могут быть связаны не только с законом, но прежде всего с правоприменительной практикой и способами ее контроля. Положения закона могут быть интерпретированы как в пользу прозрачности отношений власти и НПО, так и иным способом. Они позволяют государству воздействовать на организации, опираясь на ограничительные положения, которые теперь зафиксированы в законе. Выходом из положения является гласность судебной практики, разработка системы четких и непротиворечивых подзаконных актов, активная позиция самого гражданского общества – общественности, партий, профсоюзов и прочих общественных организаций, способных выступать в роли конструктивной оппозиции правительству. Существенное значение в определении общего вектора интерпретации нового законодательства будет иметь также установка тех групп административного аппарата, которые связывают укрепление своих позиций с европейским выбором.

Таким образом, российскому законодательству об НПО, как и законодательству многих других стран, предстоит найти тонкий баланс двух важных принципов – сохранения безопасности и создания институциональных условий для устойчивого роста, с одной стороны, и обеспечения реальной независимости и конструктивной социальной работы «третьего сектора» – с другой. Приоритетными направлениями на этом пути должны стать четкая система законодательства, а также развитие инфраструктуры и ценностей гражданского общества – стимулирование гражданской активности, привлечение внутренних ресурсов общества (в частности, через налоговую систему), такое взаимодействие правительства и НПО, которое способствует вовлечению гражданских организаций в процесс принятия решений по общественно значимым вопросам.

Отношения правительства и НПО предполагают такие международно-признанные принципы, как взаимная прозрачность; диалог, основанный на равноправном партнерстве и принципе субсидиарности; участие организаций гражданского общества в выработке решений органов власти (в том числе в формировании государственной политики) и их реализации, а также осуществлении гражданского контроля; признание независимости НПО, их права критически оценивать действия органов государственной власти и защищать интересы различных социальных групп. Возможно, новое российское законодательство, пройдя фазу стабилизации, станет этапом развития партнерства гражданского общества и государства, основанного на признании общих демократических ценностей и либеральных принципов.

Глава 5

Функция обеспечения консенсуса: преемственность и разрыв в правовом развитии как проблема социологии права

1. Теория конституционных циклов: объяснение логики конституционного развития. 2. Механизм и типологии переходных процессов: сохранение или разрыв правовой преемственности. 3. Конституционная революция: разрыв права, форма правления и политический режим России в сравнительной перспективе. 4.Изменения и преобразования конституции: возможные стратегии в современной России. 5. Динамика российского конституционализма в прошлом и настоящем.

В данной части исследования на материале конституционного права представлен анализ преемственности и разрыва в правовом развитии. При интерпретации данного явления автор использует разработанную им теорию конституционных циклов, значение которой усматривается, во-первых, в том, что она интегрирует юридический и социологический подходы к проблеме, во-вторых, объясняет механизмы конституционных конфликтов и, в-третьих, позволяет объяснить смену фаз конституционного развития в ценностно-нейтральных понятиях. В отличие от многочисленных современных транзитологических теорий, предлагающих линейную интерпретационную модель и связывающих конституционное развитие с направленным переходом от авторитаризма к демократии, данная теория допускает и обратный вектор развития. Нас интересует, следовательно, объяснение общей логики конституционного развития, в частности вопрос о причинах повторяемости сходных форм в истории и современности.

В свете данной концепции в главе представлен анализ механизмов переходных процессов, типологизация которых включает их подразделение по отношению к действующему праву (сохранение или разрыв правовой преемственности); формам проявления (конституционная реформа или конституционная революция); используемым политическим инструментам (договор или использование силы); наконец, оправдана типологизация по политическим функциям возникающей новой конституционной системы.

В этом контексте становится возможной интерпретация логики конституционной революции в России, а также прогностический анализ возможных стратегий изменения или преобразования конституции в будущем. В заключительном разделе главы показаны возможности теории конституционных циклов при интерпретации общей динамики российского конституционализма в истории и современности.

1. Теория конституционных циклов: объяснение логики конституционного развития

Как избежать социальной дестабилизации и в то же время радикально повернуть общество от авторитарной системы к правовой? Для современного мира это главная проблема, вопрос выживания. Теорию, опыт и технологии ответа на данный вызов обобщает понятие «конституционализм».

Право имеет сложную природу. Оно, как отмечалось ранее, представляет собой одновременно ценность, норму и факт. В идеале право должно быть легитимным (т. е. олицетворяющим «гарантированный минимум нравственности»), законным (закрепленным в позитивном юридическом акте) и эффективным.

Однако в переходных обществах такая гармония оказывается трудно достижимой: правовые принципы, регулирующие социальные и экономические отношения, отнюдь не всегда воспринимаются населением как оптимальные, их отражение в законах неполно и противоречиво, а возможность эффективной реализации ограничена.

В настоящем разделе книги в концентрированном виде представлены результаты исследований автора по проблемам, связанным с методологией анализа и прогнозирования конституционных процессов в переходных обществах. В основе предлагаемого подхода лежит концепция конституционных циклов, которая позволяет устанавливать соотношение статических и динамических компонентов конституционного процесса и выявлять его сходные

фазы в различные исторические периоды и в разных правовых культурах.

Будучи необходимой составляющей демократического транзита, принятие либеральной конституции отнюдь не гарантирует стабильности демократической системы. Возврат назад, к авторитарной модели, становится невозможным лишь при условии достижения и постоянного воспроизводства того социального консенсуса, которого не было до введения новых конституционных норм. Между тем соотнесение этих норм и существующей социальной реальности может занять целую эпоху, включающую в себя последовательные этапы сближения, противопоставления и последующего органического синтеза старого и нового. Так возникает основа для конституционной цикличности.

Исторические функции конституционализма в переходные периоды во многом определяются противоречивостью развития модернизирующихся обществ. Любое общество, вступившее на путь модернизации, сталкивается с кризисом сложившейся правовой системы. Ломка старого права может осуществляться как революционным образом, так и с помощью реформы. Но хотя конституционная революция предполагает полный разрыв с прежним правовым порядком, а конституционная реформа – его дальнейшее развитие в новой социально-политической реальности, они преследуют одну и ту же цель: обеспечить соответствие политической власти характеру социальных перемен посредством введения новой легитимирующей формулы. Однако в ситуации радикальных преобразований добиться такого соответствия бывает крайне сложно, что ведет к появлению переходных, внутренне противоречивых форм.

Специфику таких форм, на наш взгляд, лучше всего передает понятие мнимого конституционализма как некоего промежуточного варианта между реальным конституционализмом демократических обществ и номинальным конституционализмом автократий. Не отрицая реальности конституции и не превращая ее в чисто идеологический символ, мнимый конституционализм представляет собой систему, где принятие важнейших политических решений выведено из сферы конституционного контроля (за счет сохранения пробелов и противоречий в конституции, а также наделения главы государства чрезвычайно большим объемом полномочий).

В каком-то смысле мнимый конституционализм является необходимой стадией политической трансформации любого традиционалистского режима. Это объясняется неизбежным разрывом между декларируемыми целями такой трансформации и реальной практикой политической борьбы. Однако, как и многие другие переходные формы, он существует лишь в процессе политических изменений, и его содержание полностью зависит от направления движения всей политической системы. Исторически представляя собой форму перехода от абсолютизма к парламентской демократии, мнимый конституционализм в каких-то условиях может означать движение от парламентаризма к конституционной монархии или авторитарной диктатуре бонапартистского типа. Наконец, известны случаи, когда мнимый конституционализм оказывается не более чем временной уступкой в ходе преобразования одной версии авторитарного правления (традиционного абсолютизма) в другую (рационально организованную бюрократическую монархию). Другими словами, определив наполнение конституционного феномена в данной переходной социально-политической ситуации, мы можем понять, куда движется соответствующий политический режим.

При изучении конституционных параметров общественных трансформаций наиболее продуктивной нам кажется методология неоинституционализма, предполагающая рассмотрение конституционного права и политических институтов в качестве автономных факторов политического процесса. Опираясь на эту методологию, мы можем проследить как влияние задаваемых правовыми нормами типов правового регулирования на политический процесс, так и воздействие политических институтов и процедур на конфигурацию правовых норм, что особенно важно при исследовании догоняющей правовой модернизации, когда от адекватности избранной модели конституционализма и технологий ее реализации в значительной мере зависит успех преобразований.

Если право есть некоторая фиксированная система норм, то конституция – это система норм высшего порядка (норм, производящих другие нормы). Как и всякий объект реальности, она воспринимается нами в практическом воплощении, а ценность ее норм часто осознается

лишь в условиях прекращения их действия. Вместе с тем конституция не сводится к реальности в материальном смысле. Она является также выражением некой абстрактной идеи – идеи, которая, с одной стороны, осмысливает накопленный опыт, а с другой, предстает в качестве своего рода нравственного идеала. Соотношение конституции-реальности и конституции– идеала – исследовательская проблема, приблизиться к решению которой можно, как было показано, через анализ смены конституционных парадигм и политико– правовых идеологий (консерватизм, либерализм, социализм, национализм, новейшие идеологии информационного общества).

Сложность познания конституционных явлений обусловлена именно их семантической многозначностью. Между исследователем и объектом (конституцией) очень много различных наслоений (общекультурного, идеологического, интеллектуального, политического характера). Чтобы преодолеть такие наслоения, необходимо обратиться к процессу выработки конституционных норм. Этот процесс в известном смысле аналогичен акту творения – созданию порядка (закона) из хаоса (мирового беспорядка). Создание правовых норм – это одновременно и конструирование реальности, и ее научное познание; это попытка постижения скрытых закономерностей (которые отнюдь не всегда доступны эмпирическому наблюдению), выражения их в правовых нормах (не только дескриптивных, но и прескриптивных) и сознательного преобразования мира в соответствии с юридическим его пониманием. Последнее возможно в рамках политики права и модернизации правовой системы.

Концепция конституционных циклов – важнейший результат теоретического анализа конституционного процесса и эмпирических наблюдений за его динамикой.

Конституционный цикл охватывает весь спектр конституционных состояний – от признания действующей конституции утратившей легитимность до создания новой – и включает в себя те же фазы, что и цикл экономический: кризис (объявление старой конституции утратившей законную силу и осознание необходимости разработки новой); депрессия (фактическое прекращение действия старой конституции, раскол общества в отношении конституционных перспектив); оживление (достижение определенного согласия по вопросу о тех принципах, которые должны быть закреплены в основном законе); подъем (введение в действие новой конституции). Институционально различные фазы цикла выражаются в утрате легитимности старой властью, появлении ряда конкурирующих центров конституирующей (учредительной) власти, достижении компромисса между ними и формальном введении в действие новой конституции (1).

Конституционные циклы могут быть краткими (когда действует так называемый «закон маятника») и длительными. Наибольший интерес для теории права представляют большие конституционные циклы, в которых находят свое выражение объективные противоречия конституционной модернизации и ретрадиционализации. Сравнительное изучение таких циклов дает возможность проследить общее и особенное в различных правовых системах, определить соотношение правовых норм и институтов в процессе демократической трансформации общества. Правовые и политические факторы, обусловившие циклический характер изменений конституции, и степень их легитимности выясняются путем анализа соответствующих судебных решений.

Анализ больших конституционных циклов позволяет выявить логику различных этапов конституционного развития, вскрыть объективные противоречия переходного периода (между демократией и либеральным конституционализмом, конституирующей и конституционной властью, федерализмом и унитаризмом, разделением властей и их концентрацией) и, наконец, установить специфику современного этапа конституционного развития, а значит – и его возможные перспективы.

Существо всей динамики переходного периода определяется диалектикой трех фаз – деконституционализации (ослабление легитимности и отмена старой конституции); конституционализации (принятие новой конституции и распространение ее норм на отраслевое право) и реконституционализации (внесение в действующую конституцию изменений, означающих движение вспять, в направлении норм и практик, фиксировавшихся прежней конституцией). Таким образом, полный конституционный цикл в каком-то смысле означает возвращение к исходной точке, с которой началось движение. Речь идет, разумеется, не о

простом повторении (которое в истории в принципе невозможно), но о стадиальном сходстве. Иначе говоря, цикличность конституционного процесса напоминает диалектическую спираль: фазы каждого очередного цикла повторяют аналогичные фазы предшествующего на новом качественном уровне.

Источником данной динамики является конфликт между правом и социальной реальностью. Именно развитием этого конфликта и определяется логика смены фаз цикла, причем последующие комбинации в известной мере определяются предыдущими. Первая фаза конституционного цикла предполагает резкое падение эффективности правовой нормы (старой); вторая связана с поиском путей выхода из такой ситуации, а третья означает корректировку завышенных конституционных ожиданий. Эта последняя фаза может привести к завершению цикла, т. е. к возвращению в состояние, существовавшее до начала конституционного кризиса.

Конституционная революция (неправовое изменение существующей конституции) и конституционная контрреволюция (неправовое возвращение к старому правовому порядку) образуют граничные точки конституционных циклов всех крупных революций нового и новейшего времени. Их чередование выражается известной формулой, возникшей еще в период Французской революции: стабильность политической и конституционной системы возможна лишь в том случае, если революционной «акции» соответствует равная по силе «реакция». Теоретически конфликт между новой правовой нормой и существующей социальной реальностью может быть решен в пользу первой, но гораздо чаще побеждает вторая, и за конституционализацией следует реконституционализация. Вероятность конституционной ретрадиционализации особенно велика в переходном обществе, где конституция не пользуется массовой поддержкой, а сами массы лишены доступа к политическому процессу.

Реконституционализация обычно сопровождается ощутимым сужением пространства публичной политики, в частности за счет ограничения деятельности политических партий. Для достижения этой цели вполне могут использоваться правовые механизмы, например – проведение через парламент законов, обеспечивающих доминирующее положение правительственной партии. К типичным проявлениям реконституционализации относятся также подрыв системы разделения властей (ограничение федерализма, ослабление сдержек и противовесов, выстраивание вертикали власти) и выведение административного права из сферы социального контроля (посредством законодательства об общественном порядке, государственного лицензирования, а также расширения дискреционных полномочий административных институтов и силовых структур с параллельным ограничением независимой судебной власти). Господство принудительного административного права, поставленного над правом публичным, и верховенство аппарата президента над всеми органами управления являются одновременно и сущностью, и результатом процесса реконституционализации. Разделение властей при такой конструкции если и сохраняется, то в чисто административном смысле.

Будучи во многом объективным следствием неподготовленности общества к существованию в условиях либеральной демократии, а также реакцией на неэффективное функционирование демократических институтов, реконституционализация может получать различное политическое наполнение. Но в целом она означает реинтерпретацию конституционных принципов в направлении усиления централизма и самостоятельности государственной власти через делегирование дополнительных полномочий административным структурам и – в конечном счете – главе государства.

Вместе с тем, как показывают сравнительные исследования, реконституционализация отнюдь не равнозначна остановке развития. Знаменуя собой завершение конституционного цикла, она создает основу для начала нового.

Изучение ситуации выхода из одного цикла и перехода к другому является весьма сложной исследовательской задачей, поскольку предполагает сочетание юридического и политологического подходов. С огромными трудностями сталкиваются, в частности, те исследователи, которые обращаются к чисто нормативному анализу российской конституции, игнорируя внеконституционные факторы социального и политического свойства, определяющие отношение общества к конституционным нормам. Констатировав в российской

конституции элементы заимствования из западных, они иногда совершенно искренне недоумевают, почему эти элементы работают в российской среде иным образом, и рассматривают происходящую борьбу как столкновение и перекрестное влияние различных иностранных ориентиров, тогда как речь идет о включении в действие механизма селекции тех норм и институтов, которые действительно способны эффективно функционировать в российской ситуации. Не меньшие трудности ожидают и тех, кто пытается приложить к отечественным реалиям социологические модели, сконструированные на ином эмпирическом материале и описывающие социальные изменения вне российского правового контекста. Изучение больших конституционных циклов позволяет преодолеть эти трудности и проследить длительные тенденции конфликтного взаимодействия норм и институтов в меняющейся социальной реальности российского общества.

Как бы ни были различны конституционные циклы по содержанию, типам проявления, длительности развертывания, они всегда имеют сходный механизм запуска – конфликт конституирующей (учредительной) и конституционной власти. Исключает ли современная российская конституция вступление данного механизма в действие? И можно ли вырваться из замкнутого круга конституционной цикличности?

Цикличность является объективным законом конституционного развития модернизирующихся обществ и в этом смысле ею нельзя управлять. Чем менее общества подготовлены к введению демократических конституций, тем более жестко проявляет себя спонтанная смена фаз очередного цикла. Однако это отнюдь не означает, что действие данного закона не поддается корректировке.

Теория конституционных циклов как исследовательский метод имеет не только теоретическое, но и прикладное значение. Она позволяет не просто ориентироваться в широком круге проблем сравнительного конституционного права, но и прослеживать связь этих проблем с текущими изменениями в публичной политике. В основе подобного синтеза теории и практики лежит проблемно-ориентированный подход к анализу конституционной динамики, нацеленный на выявление правильных конституционных циклов и отклонений от них.

Проведение конституционных реформ в традиционной социальной среде возможно лишь при наличии соответствующих институтов и каналов коммуникации. Для достижения этой цели необходима устойчивая поддержка правовых инициатив. Отсюда следует, что в центре внимания реформаторов должны находится не столько вопросы управления или сугубо административных преобразований, сколько психология общества, его способность принять те или иные нововведения и возможность адаптации последних к реально существующему уровню сознания и восприятия. Иначе говоря, такого рода реформы не могут носить единовременный и линейный характер.

Вытекающая из теории циклов интерпретация конституционных реформ как периодически повторяющихся фаз усиления и ослабления конституционного регулирования общества позволяет сконцентрировать внимание на тех сторонах проблемы, которые раньше совершенно игнорировались исследователями. В результате появляется возможность вести речь о стратегии и тактике подобных реформ, а значит – и перейти от простого описания конституционализма к моделированию различных ситуаций и научной разработке технологий проведения конституционных преобразований.

Современные модернизирующиеся общества стоят перед выбором не между конституционализмом и его отрицанием, но между реальным и номинальным конституционализмом с большим количеством промежуточных вариантов. Именно вокруг таких вариантов разворачивается сегодня борьба интересов. Это – та сфера неустойчивого равновесия, где целенаправленное усилие при использовании соответствующих технологий может дать существенный эффект.

2. Механизм и типологии переходных процессов: сохранение или разрыв правовой преемственности

В условиях глобализации, демократизации и информатизации в современном мире особенно сильно действует тенденция к выстраиванию и закреплению в праве единых

критериев и норм гражданского общества и правового государства. Процессы ускоренной политико-правовой модернизации в обществах переходного типа, однако, редко проходят без радикальных изменений социальных структур, политической и правовой системы. Переходная ситуация повсюду в мире характеризуется такими явлениями, как утрата стабильности старого режима и поиск путей консолидации на новых основаниях, смена политического режима, при которой новый режим имеет качественно отличные черты, наконец, появление специфических переходных режимов, особенность которых состоит в постоянной борьбе традиций старого и нового порядков (2). Переходные процессы, разумеется, могут иметь диаметрально противоположную направленность и выражать не только переход от авторитаризма к демократии, но, наоборот, от демократии к авторитаризму или воспроизводить различные модификации ранее существовавших режимов (например, модернизировать мнимый конституционализм). Конституция выступает при этом как основной инструмент обеспечения социального согласия в расколотом обществе или видимости такого согласия. В этой связи она может выполнять совершенно различные социальные и политические функции – декларировать некоторые идеологические цели, фиксировать расстановку социальных сил, осуществлять легитимацию нового политического режима, а в конечном счете – выражать различный характер отношений общества и государства в процессе демократических реформ (3). Одним из важнейших признаков и параметров проявления ситуации переходного периода становится конституционный кризис.

Конституционный кризис – это ситуация, при которой основной закон теряет легитимность (возникает разрыв легитимности и законности), либо различные конституционные нормы не могут быть согласованы противоборствующими социальными силами на основе действующего основного закона, либо конституция или часть ее норм вступают в радикальное противоречие с политической реальностью. Конституционный кризис связан обычно (но не всегда) с кризисом политического режима и может иметь различные формы проявления. Разрешение конституционных кризисов в условиях перехода от авторитаризма к демократии представлено двумя идеальными моделями принятия конституций – на основе договора (консенсусная модель) и на основе разрыва согласия (по существу октроированная или делегированная конституция).

Обычно в литературе эта дихотомия рассматривается применительно исключительно к писаным конституциям.

Однако логика преемственности правовой традиции и разрыва присутствует и в государствах с неписаными конституциями и парламентским суверенитетом (как Соединенное Королевство, Новая Зеландия, а отчасти Израиль), хотя получает здесь специфическое проявление. Из принципа неограниченности парламентского суверенитета вытекает особая роль парламента как одновременно конституирующей и конституционной власти, а из неписаного характера конституции – возможность ее простого изменения (с чем связано отождествление неписаных конституций с гибкими). Проблема была поставлена в классическом труде А. Дайси (4). Если А. Токвиль говорил, что английская конституция не изменяется, поскольку не является писаной, то Дайси подчеркивал, что справедливо как раз обратное: она изменяется постоянно именно потому, что не была сведена к писаной или статутной форме. Поскольку всякий закон может быть легально изменен с одинаковой простотой или трудностью, не возникает никакой необходимости для сведения конституции к писаной форме. Это возможно не только теоретически, но и практически, как показывает опыт ряда доминионов, пошедших на кодификацию в писаной конституции ряда конвенциональных норм с целью обеспечения консенсуса в условиях конституционных кризисов (например, Австралия и Канада) (5). Проблема возникает, однако, на современном этапе в связи с изменением формы самой британской конституции. Изменения конституции идут по линии интеграции писаного права (в частности европейского) в систему обычного права. Основными направлениями современных реформ (начиная, особенно, с 1997 г.) стали: билль о правах; пропорциональное представительство; реформирование верхней палаты; открытое правительство; введение квази-федерализма (деволютивная система для Шотландии и Уэлса); повышение демократического контроля над исполнительной властью. Завершением реформ, по мнению многих, может стать писаная конституция (существует как минимум три проекта такой

конституции) (6). Эта логика ставит под вопрос базовые принципы традиционной британской конституции. Ведь принятие писаной конституции (или уже свершившееся заимствование европейской хартии прав человека) отрицает всемогущество парламента, а следовательно, меняет его роль в осуществлении конституционных изменений в будущем. В частности, может ли парламент, являющийся сувереном, ограничить свой собственный суверенитет, относится это только к действующему парламенту или ко всем последующим созывам парламента и проч. (7). Еще в 1980 г. был поставлен вопрос о возможности конституционной революции в Англии – острого конфликта Конституционной ассамблеи и прерогатив парламента (от которых он должен отказаться или передать их кому-либо другому) в случае появления писаной конституции (8). Предложенное решение состояло во введении конституционных изменений и принятии парламентским актом такого нового текста клятвы судей при вступлении в должность, которая могла бы обеспечить преемственность при переходе к писаной конституции. Конституционные изменения в странах обычного (прецедентного) права очень легки (конституция меняется обычными актами парламента), имплицитно включают в себя механизмы обеспечения консенсуса (в ходе парламентских дебатов), но последствия этих решений – значительно более серьезны, чем в странах кодифицированного права. Особой остроты данная проблема достигает в случаях принятия писаной конституции, меняющей сами принципы системы общего права. Эта проблематика конституционных реформ активно обсуждалась в Соединенном королевстве в связи с реализацией программы конституционных реформ, охватившей практически все стороны британского конституционализма (9). Отметим, что конституционные процессы в России, Восточной Европе и Южной Африке часто приводились здесь как аргумент против чрезмерно быстрых реформ.

В странах с кодифицированными конституциями в переходные периоды две модели имеют другие параметры. В значительной современной литературе о переходных периодах проблематика конституционных изменений занимает важное место (10). Она раскрывается на материале как стабильных демократий Западной Европы, так и нестабильных демократий модернизирующихся государств Азии, Африки и Латинской Америки (11). Существенное значение имеет проблема моделирования переходов к конституционной демократии и вопрос о месте конституции в нем (12). Первая, договорная модель, может быть определена как осознанная стратегия достижения согласия политических сил о признании некоторых базовых ценностей гражданского общества и перспективных целях движения. Вторая модель, напротив, определяется как непреодолимый раскол политических сил, завершающийся торжеством одной из них над другими и подчинением их своей воле.

Первая модель, реализация которой является значительно более трудной, остается в современном мире достаточно редким явлением. Она очень хорошо иллюстрируется примером Испании. В Испании переход от франкистской диктатуры к демократической политической системе включал несколько этапов. Первый состоял в общей демократизации политической системы авторитарного режима (введение гласности, свободы ассоциаций и политических партий); второй – в разработке и принятии (на референдуме) особого Закона о политической реформе, закладывавшего (причем без формального разрыва с предшествующим франкистским законодательством) модель будущей конституирующей власти; наконец третий определялся достижением согласия основных политических партий внутри самой конституирующей власти (13). Результатом всего переходного периода стало принятие несомненно легитимной Конституции 1978 г., признанной одной из лучших в современной Европе. Принципиальной особенностью переходного процесса в Испании (в отличие от других стран Южной Европы, например, Греции или Португалии) является проведение радикальной реформы при сохранении реальной конституционной преемственности по отношению к предшествующему праву (14). Опыт испанской модели перехода к демократии был востребован в СССР при Горбачеве, который, как показывают некоторые источники, стремился реализовать сходную модель договорной либерализации режима.

Другой пример такого рода – разработка и принятие конституции Южно-Африканской республики в сложных условиях перехода от системы расовой сегрегации к гражданскому обществу современного типа. Этот процесс также включал стадию предварительных консультаций и переговоров между основными противостоящими сторонами (белым

правительством, оппозиционным движением Африканского национального конгресса с участием других партий); создания временного коалиционного правительства, действовавшего на основании особой конституции переходного периода; организации демократических выборов в Конституционную ассамблею, деятельность которой по созданию конституции шла при активном участии всех политических сил и под контролем Конституционного суда (15). Процесс принятия временной или переходной конституции ЮАР, отличаясь по форме, совпал по времени с принятием Конституции России в 1993 г. Переходный процесс завершился принятием демократической конституции 1996 г.

Третьим примером реализации данной договорной модели могут служить некоторые страны Восточной Европы, где принятию новой конституции предшествовали консультации коммунистической власти и демократической оппозиции (так называемые «круглые столы»), способствовавшие достижению консенсуса по базовым принципам будущего политического устройства и правовой основе проведения дальнейших демократических реформ. С использованием данной технологии конституционных преобразований исследователи связывают сравнительно спокойный характер передачи власти в Чехословакии, реализовавшей модель «бархатной революции». В ряде стран этот процесс включал промежуточную фазу временной конституции (например, «малая конституция» в Польше) или вообще трансформацию политической системы при сохранении старой конституции, но внесении многочисленных поправок в нее (Венгрия). В тех случаях, когда данную консенсусную стратегию переходного периода не удалось реализовать, возникала ситуация конституционной революции, иногда сопровождавшаяся насильственным государственным переворотом (Румыния) (16).

В России аналогом этих институтов консенсусной или договорной модели явилось Демократическое совещание и созданный им Предпарламент, существовавший до октябрьского переворота 1917 г. Их серьезное изучение длительное время было затруднено идеологическими причинами, а также тем обстоятельством, что они не имели практического влияния на ход событий русской революции. Это, однако, не делает их менее важными в типологической и сравнительной перспективе, показывая, что в России существовала известная традиция таких институтов. Провал этих попыток достижения консенсуса объяснялся как остротой политической борьбы, так и сознательным нежеланием крайних партий (прежде всего большевиков) идти на компромисс. В условиях мировой войны и социальной революции крайние политические партии вообще отрицали парламентаризм как способ разрешения противоречий. Они исходили из максималистских требований немедленного разрешения противоречий в рамках государства нового типа – социальной республики. Если в период революции договорная модель практически не имела шансов на реализацию, то иная ситуация возникла в условиях распада советской системы в начале 90-х гг. XX в. Постсоветский переходный период мог опираться на опыт других стран Европы, преодолевших авторитаризм именно путем договорной модели, а также новое политическое сознание населения. Ряд государств Восточной Европы избрал именно этот путь перехода. Однако он вновь не смог реализоваться в России. Основными причинами этого стали, по общему признанию, чрезвычайная пассивность общества, выражавшаяся в слабости политических партий, консерватизм политической бюрократии, стремившейся до конца сохранить рычаги влияния для захвата государственной собственности, рост национализма и сепаратизма, приведшие в конечном счете к распаду государства. Последующие попытки достижения консенсуса между политическими силами Старого порядка и нового режима по образцу пакта Монклоа также оказались безрезультатны. В итоге договорная модель принятия конституции вновь уступила место модели разрыва правовой преемственности. Кульминацией всего переходного процесса стал конституционный кризис 1993 г., завершившийся фактически октроированной Конституцией. Вопрос о ее легитимности оказался центральной проблемой последующей конституционной модернизации, вызвав жесткое противостояние парламентской и президентской власти (17).

Вторая модель (разрыва конституционной преемственности) в сравнительной перспективе выступает как гораздо более распространенная. Она также представлена рядом вариантов. Это, во-первых, радикальные социальные революции, когда одновременно меняются отношения

собственности, общественный и политический строй, а также вся политико-правовая система (например, конституции французской, русской, мексиканской, китайской и иранской революций) (18); во– вторых, так называемые «конституционные революции», в ходе которых не происходит радикального внеправового изменения социальной системы, речь идет скорее об изменении политической и правовой системы (в качестве примеров обычно приводят Конституцию США и конституционные изменения периода Славной революции в Англии); в-третьих, принятие новых конституций под давлением извне после военных поражений (принятие Основного Закона ФРГ 1949 г., содержание которого определялось и жестко контролировалось Союзниками, а сам документ задумывался его создателями как временный конституционный акт, но стал реальной конституцией страны) (19). Другой близкий пример – Конституция Японии 1946 г., которая вообще была написана американцами в период оккупации страны, радикально меняла ее правовые традиции, была принята под прямым давлением, но при этом внешне фиксировала определенную преемственность. Конституция Японии 1946 г. была принята в качестве поправки к Конституции Мейдзи (Конституции Японской империи) 1889 г. (сделанной в соответствии с ее ст. 73). Эта статья, однако, допускала различные истолкования, а практика ее применения вообще отсутствовала (поскольку в конституцию поправки не вносились и даже не обсуждались). Процедурно проект новой конституции был внесен на рассмотрение парламента от имени императора как поправка. Но новая конституция, основанная на принципе народного суверенитета, была несовместима с фундаментальными основами прежней конституции, закреплявшей монархический суверенитет (20). В дальнейшем в современную конституцию Японии поправки также не вносились, хотя имело место радикальное изменение трактовки отдельных статей (прежде всего 9-й в связи с «поправкой» Асида). В этом отличие ее от Основного закона Германии, который неоднократно становился объектом исправлений.

В-четвертых, принятие демократической конституции в результате военного переворота (примером может служить так называемый «средиземноморский конституционализм», в частности три конституции Турции, которые разрабатывались каждый раз после очередного военного переворота, и, особенно, принятие Конституции Португалии 1974 г. в ходе «революции гвоздик», осуществленной левыми офицерами). Своеобразный вариант той же схемы был представлен в Греции, где принятие современной демократической конституции после периода диктатуры «черных полковников» основывалось на восстановлении (при активном участии армии) правопреемственности с конституцией, действовавшей до установления диктатуры (что, однако, не могло полностью исключить феномена разрыва правовой традиции) (21). В-пятых, разрыв конституционно-правовой традиции характерен для ситуаций провозглашения бывшими колониями новых независимых государств и конституционной фиксации принципа национального суверенитета. Например, в британских колониях, при существовании сходных правовых предпосылок, ситуация оказалась различной в Индии (где конституционный переход был осуществлен в рамках оптимальной договорной модели) (22) и Пакистане, где Конституционная ассамблея не смогла решить проблему Основного закона, а последующая конституционная история этой страны вплоть до настоящего времени представляет собой серию конституционных переворотов (совпадавших с военными переворотами) (23). Наконец, даже при образовании совершенно новых государств возможна ситуация разрыва правовой преемственности, связанная с отказом конституирующей власти следовать тем международно– правовым нормам, на основании которых стал возможен ее созыв, как это имело место в Израиле (24) и, возможно, будет иметь место при создании независимого арабского государства в Палестине. То, что позволяет объединить все эти различные ситуации в рамках модели конституционного разрыва, состоит в следующем: отсутствие широкого общественного участия в сознательном поиске политических и правовых компромиссов; отсутствие (или слабое участие) политических партий в решении задач конституционного переустройства; наконец, формальный разрыв правовой преемственности новой и старой конституций (25).

Для большинства стран, где конституции были приняты в результате явных или скрытых государственных переворотов, большое значение имеет феномен последующей легитимации. Она может быть осуществлена разными способами, наиболее циничным из которых является,

вероятно, оправдание государственных переворотов Конституционным (Верховным) судом в силу простого факта успешности их осуществления (что рассматривается, например, в Пакистане, как следствие народной поддержки и основание для фактического изменения конституции путем чрезвычайных указов) (26). Данный феномен (последующей легитимации), встречающийся во многих государствах современного мира, где произошли перевороты, имеет свое теоретическое обоснование: в основе лежит, как правило, кельзеновская теория, провозглашающая, что право – это всегда действующее право, а всякий успешный переворот, создавая новое действующее право, не может быть оценен исходя из норм старого права. Таким образом, успешный переворот (или «революция») является правовым актом, а неуспешный – антиправовым («мятежом») (27).

Наряду с четко выраженными вариантами договорной и разрывной моделей, можно указать на ряд специфических смешанных вариантов. Ряд интересных модификаций дают страны Латинской Америки, где конституционные кризисы совпали по времени с теми, которые были в СССР и России. Переход от военных диктатур к демократическим политическим системам имел в качестве важнейшего образца испанскую модель договорного перехода. Поэтому политические партии и элитные группировки вполне осознанно подходили к проблеме выработки норм демократической конституции. Обсуждение и принятие новых конституций в целом соответствовало консенсусной модели (в Бразилии, Аргентине), но даже в этих случаях проводилось с элементами разрыва конституционной преемственности. В то же время реализация договорной модели не получила здесь полного выражения в силу вмешательства в демократический процесс вооруженных сил, выступавших как единый и корпоративно спаянный институт воздействия на конституционный процесс. В новых условиях воспроизводится традиционная для Латинской Америки ситуация, когда гарантом конституции (фактическим, а в ряде случаев конституционно закрепленным) являются вооруженные силы, что легитимирует их возможное участие в корректировке конституционного процесса (Бразилия, Аргентина, Чили) (28).

Сравнение демократического переходного периода в Бразилии и Аргентине (по времени совпавшего с российским) позволяет констатировать его промежуточный тип. С одной стороны, здесь не было революционных потрясений и радикального разрыва с предшествующим конституционным порядком, но, с другой стороны, процесс конституционной ревизии не соответствовал (как в Бразилии) или недостаточно соответствовал (как в Аргентине) нормам предшествующих конституций. После того как военные уступили власть гражданским чиновникам в Бразилии (1985), новое правительство (Хосе Сарнея) обещало демократические конституционные реформы. В 1987 г. Бразильский Конгресс провозгласил себя Национальной конституционной ассамблеей, которая после детального обсуждения приняла конституцию Новой республики в 1988 г. Переходный период в Бразилии (1985–1988) ознаменовался принятием конституции с разрывом процедуры пересмотра, предусмотренной предшествующей конституцией 1969 г., принятой при военном режиме (ст. 48). Не соответствовало ей и принятие конституционной поправки, посредством которой устанавливался четкий механизм обсуждения и принятия договорной модели. Отклонение от договорной модели перехода усматривается также в постоянном контроле армии за ходом конституционных дебатов и ее принципиальной роли в формулировании ряда ключевых положений конституции (среди них отказ от проекта парламентской республики и переход к президентской) (29).

В Аргентине демократический переходный процесс начался с утраты военным правительством легитимности в результате поражения на Мальвинах, когда оно пошло на демократизацию и конституционные реформы. В Аргентине процесс изменения конституции проходил в соответствии с Национальной конституцией Аргентины 1853 г., которая предусматривала созыв для этого Конституционного Конвента (ст. 30). В 1994 г. был созван Конституционный Конвент. Однако принципиальная особенность аргентинского переходною процесса состоит в том, что сам Конвент в своей деятельности направлялся и регулировался политическими партиями, заранее связавшими будущую конституанту определенными условиями. Конституционный Конвент, избранный в 1994 г., был связан в своей деятельности ограничениями, наложенными законом. В нем деятельность Конституанты сводилась к кругу

вопросов, зафиксированных, в свою очередь, в намеченном ранее документе, известном как «Ядро основных принципов» (1993). Этот документ, однако, в свою очередь восходил к достигнутому ранее соглашению лидеров двух крупнейших партий – Рауля Альфонсина и Карлоса Менема, пошедших на ряд компромиссов, причем в тайне не только от общественности, но и от своих партий (Pacto de Olivios). В результате, данный процесс, внешне напоминая договорную модель перехода, на деле скорее был соглашением политических элит и даже двух президентов о стратегии демократического перехода (30).

Еще менее демократический вариант перехода представлен в то же время в Колумбии. Конституция, действовавшая в этой стране до 1991 г., включала такую процедуру поправок, которая полностью отдавала их судьбу в руки Конгресса (знаменитого клиентелистским характером представительства). После того как Конфесс отверг пакет конституционных реформ, президент (Барко) прибег (на основе старой конституции) к введению осадного положения. Среди отвергнутых Конгрессом конституционных предложений было то, которое позволяло использовать плебисцит как способ реформирования конституции. Президент и его сторонники организовали общественное движение (ядром которого были первоначально студенты), превратившееся в «неофициальный плебисцит». После его успеха президент, используя осадное положение, провел чрезвычайными указами официальный референдум, высказавшийся в поддержку созыва Конституционной ассамблеи, принявшей новую конституцию. Весь процесс демократического перехода был, таким образом, абсолютно неконституционным, если исходить из того, что прежняя конституция наделяла исключительно Конгресс правом изменять ее. Однако Верховный суд четко выступил в защиту пересмотра на основании того, что в условиях экстремальной ситуации президент обратился к «первичной конституционности», представленной народными требованиями о созыве Учредительного собрания. Практика осадного положения и издания чрезвычайных указов использовалась и другими президентами для укрепления либерального курса и получила распространение (31). Для других стран Латинской Америки (особенно Центральной Америки и Карибского бассейна) еще более характерна ситуация конституционной нестабильности, цикличности переворотов, последующей легитимации, связанная с трудностями постколониального периода (32).

Своеобразная модель принятия конституции имела место во Франции, где реальный переворот, осуществленный де Голлем в условиях системного кризиса режима, получил правовое выражение. В декларации, представленной в Национальную Ассамблею, условием своего назначения главой правительства де Голль выдвигал необходимость реформирования конституции Четвертой республики. После получения вотума доверия от Ассамблеи, правительство представило проект конституционного закона, имевшего целью изменить саму процедуру пересмотра конституции (зафиксированную в ст. 90). Внесенные в процедуру изменения касались инициативы пересмотра (которая передавалась от парламента правительству) и власти выносить решение по этому вопросу (которая передавалась народу и выражалась посредством референдума) (33). Таким образом, был преодолен конституционный тупик, связанный с неспособностью режима парламентской ассамблеи реформировать конституцию в направлении самоограничения. Последующее законодательство открывало уже путь содержательной работы правительства по проекту качественно новой конституции Пятой республики с формальным сохранением конституционной преемственности, которая, впрочем, отрицалась многими оппонентами. Современные юристы определяют этот своеобразный способ решения проблемы как «юридический переворот» (34). Это был, по терминологии французских авторов, «юридический переворот», суть которого состояла (при полной невозможности достичь консенсуса с парламентом о содержании будущей конституции) в принятии им изменений статьи об изменении действующей конституции (ст. 90 конституции Четвертой республики). Таким образом, были радикально изменены процедуры изменения конституции, что позволило на практике перейти к созданию конституции Пятой республики.

В Восточной Европе последнего десятилетия XX в. были представлены практически все основные разновидности модели разрыва – революций и конституционных революций (что соответствует в принципе термину «бархатная революция»), острых кризисов, связанных с распадом государств в более жесткой (например, бывшей Югославии) или мягкой форме этого процесса («бархатный развод» в Чехословакии), введением конституций в результате

государственных переворотов (Румыния, Албания, все государства СНГ) или реакцией на предшествующие авторитарные режимы (как переворот в Польше). Многоступенчатое принятие конституции в Польше не способствовало решению проблемы преемственности (на что указывали все критики современной конституции этой страны) (35).

В Восточной Европе можно условно выделить несколько типов конституционных преобразований. В одном случае падение коммунистического режима сразу ведет к прекращению действия старой (номинальной) конституции, и последующий период (до принятия новой) характеризуется действием отдельных законодательных актов конституционного значения (Румыния); в другом – к изменению действующей номинальной конституции, которая лишь позднее заменяется новой; в-третьем, к сохранению прежней конституции, однако, с такими значительными поправками, что ее характер и содержание получают качественные изменения (Венгрия); в-четвертом, к варианту промежуточной конституции (Польша); впятом, к восстановлению прежней конституции, существовавшей до установления тоталитарного режима (Литва) (36).

Для сравнительного исследования важно констатировать существование двух моделей переходных процессов – на основе договора (консенсусная модель) и на основе разрыва согласия (по существу, модель делегированной конституции). В первом случае речь может идти о лучшем выражении народного волеизъявления (через политические партии), во втором – о ситуации, когда победившая сторона (одна партия, государство или даже иностранная держава) навязывает свою волю побежденным. Первая (договорная) модель оптимальнее второй (модели разрыва) с точки зрения стабильности, легитимности и преемственности правового развития. Вторая – значительно оптимальнее с точки зрения внедрения в традиционное авторитарное общество принципов демократии, модернизации и конституционализма.

Современный политический режим в России имеет выраженные черты режимов переходного типа. Он сформировался в условиях слабого развития гражданского общества, непрочные элементы существования которого в начале XX в. были уничтожены последующим режимом. Провозглашение демократических преобразований на исходе XX в. без необходимой предварительной подготовки привело к острому кризису легитимности и расколу правящей элиты. Процесс демократизации, осуществлявшийся первоначально на основе старой легитимности (номинального советского конституционализма), выявил социальные противоречия, непреодолимые без радикальных (революционных) преобразований легитимирующей основы всей политической системы. В отличие от ряда стран Южной и Восточной Европы процесс демократического перехода в России представлял собой реализацию не договорной модели (консенсус социальных движений и политических партий), но модели разрыва правовой преемственности. Принятие Конституции Российской Федерации 1993 г. стало результатом не конституционной реформы, но конституционной революции (согласно формально-правовой ее оценке), в ходе которой победившая сторона навязала свою волю побежденным. Из этого вытекает ряд принципиальных особенностей российской конституции.

3. Конституционная революция: разрыв права, форма правления и политический режим России в сравнительном освещении

Особая острота конституционного кризиса в России определила невозможность его разрешения в рамках договорной модели (путем радикальной конституционной реформы) и сделала практически неизбежным разрыв правовой преемственности – конституционную революцию. Почему в России, в отличие от многих других стран, в очередной раз реализовался не первый, но именно второй вариант? Этот вопрос до настоящего времени является центральным для всех дискуссий о конституции, ее легитимности и перспективах развития. При ответе на него следует указать на ряд факторов общего культурного характера: особый исторически сложившийся тип отношений общества и государства в России; отсутствие инфраструктуры гражданского общества с такими важнейшими ее элементами, как частная собственность, права личности, автономная судебная власть; наконец, историческая традиция модернизации общества сверху – радикальных изменений общественных отношений,

осуществляемых бюрократией в целях догоняющего развития.

Эти характерные черты русского исторического процесса не только не перестали существовать после революций начала XX в., но, напротив, получили особое гротескное выражение в тоталитарном государстве. Конституционная революция 1989–1993 г. очень четко выразила именно эти характерные черты российского исторического процесса. Кризис однопартийной диктатуры ведет (второй раз за одно столетие) к распаду государства, изменению отношений собственности, созданию новой системы политических и административных институтов. Это означало радикальный отказ общества от всей системы номинального конституционализма. Интересной особенностью конституционной революции в постсоветской России явилось то, что она использовала (сознательно или бессознательно) терминологию предшествующих революций – русской, французской и американской. Переходный период определяется как конституционный кризис, проявлениями которого были конфликт формальной и реальной конституции, легитимности и законности, конституирующей и конституционной власти, Федерации и ее субъектов, парламента и президента. Разрешение кризиса предстает в виде перманентной конституционной революции, которая последовательно устраняет важнейшие структурные опоры старого порядка. Эта революция неизбежно включает целый ряд переворотов в праве, которые сопровождаются последующей легитимацией их результатов. Использование механизмов последующей легитимации новых правовых норм облегчается пассивностью масс, которые (в отличие от демократических переходных периодов в некоторых других странах) были крайне индифферентны в отношении конституции.

Принятие Конституции РФ 1993 г. выступает как завершение трех длительных периодов российского конституционного развития. Это – период перехода от абсолютизма к монархическому конституционализму (представлен движением от первых конституционных проектов до Основных государственных законов 23 апреля 1906 г.) и затем – провозглашению республики (1917); период номинального конституционализма, который (начавшись с конституционного переворота – насильственного роспуска Учредительного Собрания в 1918 г.) включает основные номинальные конституции советского времени (Конституция РСФСР 1918 г., Конституция СССР 1924 г. и Конституция РСФСР 1925 г.; Конституция СССР 1936 г. и Конституция РСФСР 1937 г., Конституция СССР 1977 и Конституция РСФСР 1978 г.). Наконец, собственно переходный (или постсоветский) период (1989–1993), включающий принятие поправок к действовавшим конституциям СССР и РСФСР, отраженных в издании Конституции (с изменением и дополнением) 1992 г. Переходный период, таким образом, имеет совершенно четкие конституционные и институциональные очертания: он охватывает отрезок времени с 1989 г. (начало работы Съезда народных депутатов и конституционных реформ М.С. Горбачева) до 1993 г. (принятие Конституции РФ 12 декабря 1993 г.) (37).

Российская модель демократического перехода включала в себя процессы конституционной модернизации, которая была вместе с тем фактором догоняющего развития. Данный феномен применительно к странам Восточной Европы получил название «догоняющей революции». Содержание этой революции выражалось в попытке авторитарными методами установить в России либеральные конституционные принципы: ввести такие правовые рамки и институты, которые способствовали бы стимулированию рыночной экономики и культуры индивидуализма, совершенно чуждые традиционному коллективистскому сознанию общества. Эти нормы и принципы, выражающиеся наиболее полно в доктрине прав человека, не были (и не могли быть) выработаны внутренним органическим развитием страны, а потому их заимствование из различных западных конституций и внедрение в российское общество требовало целенаправленных усилий со стороны государственной власти. Отсюда – главное противоречие российского политико-правового развития последнего десятилетия (свойственное всем режимам, предпринимающим радикальную модернизацию):

между целями (создание гражданского общества и правового государства по образцу «цивилизованных стран») и средствами, которые неизбежно приобретают авторитарный характер (в силу необходимости нейтрализации деструктивных общественных движений и подавления непримиримой оппозиции). Это противоречие нашло выражение в разработанной и принятой российской конституционной модели: между широкой трактовкой прав человека, федерализма (которые понимаются во вполне западном стиле) и достаточно авторитарной

трактовкой разделения властей, превращающей президентскую власть во вполне независимую политическую надстройку (прямых аналогов которой нет в современном мире).

Конституционная модернизация, европеизация и догоняющее развитие, нашедшие выражение в революционной логике создания нового права, привели к принятию Конституции 1993 г., которая по ряду важнейших параметров опережала свое время. Поэтому главная проблема последующих конституционных реформ заключалась в том, чтобы преодолеть растущую напряженность нормы и действительности, найти адекватные способы установления взаимосвязей между декларированными нормами и реальностью. Было ясно, что в условиях правового нигилизма, апатии, а также серьезного сопротивления конституционные нормы могут быть приведены в движение только сверху. Для этого нужен был мощный, автономный и достаточно независимый гарант конституции – президентская власть. В России именно президентская власть была демиургом конституции, единственной силой, способной отстоять ее положения в ходе последующих кризисов, наконец, высшим арбитром в спорах ветвей власти. Таким образом, российская конституция это, прежде всего, «президентская конституция» (в специфически российском понимании термина «президентства»). На исходе XX в. возникает своеобразное второе издание той дуалистической системы власти, которая начала устанавливаться в России еще в ходе первого конституционного эксперимента начала XX в.

Принятие конституции означало радикальный разрыв со всей предшествующей традицией номинального советского конституционализма с его классовой теорией права. Конфликт двух принципиально различных типов легитимности выражался в целом ряде государственных переворотов – отмене однопартийной системы, прекращении существования Советского Союза (1991 г.). Данный конфликт на новом уровне был воспроизведен в России и достиг своей кульминации в роспуске президентом законодательного корпуса вопреки существовавшей конституции (Конституция РСФСР 1978 г.) и позиции Конституционного суда. Конфликт новой легитимности и старой законности был разрешен в пользу первой. Эта конституционная революция нашла выражение в новой конституции, разработанной контролируемым президентом Конституционным Совещанием и вынесенной указом президента на всенародный референдум 12 декабря 1993 г. (38).

Можно констатировать, что российская Конституция (вопреки ее критикам) адекватна ситуации переходного периода: она выражает тот тип комбинированного развития, который встречается во многих государствах на стадии модернизационных реформ: он реализует синтез западных правовых форм и национального политического содержания, а сам политический режим объективно приобретает гибридные черты. Более того, формула политической власти, зафиксированная в конституции, подходит к российской ситуации и в более длительной перспективе, поскольку связывает сильную президентскую власть задачами демократизации и модернизации страны (нечто вроде современного варианта «просвещенного абсолютизма»).

Форма правления и тип политического режима в России. Как и для многих обществ переходного типа для современной России очень трудно (если вообще возможно) провести разграничение формы правления и политического режима. Тем не менее, в интересах ясности изложения следует прежде всего рассмотреть сами конституционные нормы, закрепляющие особую форму правления (их иностранные источники и дискуссии об их конституционном содержании); затем выяснить характер их функционирования, определяющий то, что принято именовать режимом; и, наконец, обратиться к проблеме их соотношения и синтеза, в результате которого мы выходим на единую проблему политико– правового режима.

Принципиальной и, вероятно, наиболее дискуссионной особенностью Конституции 1993 г. является закрепленная в ней модель разделения властей. В Западной Европе на современном этапе преобладают парламентские или смешанные режимы в различных модификациях. Острые споры о форме правления, характерные для переходных периодов в странах Южной Европы не выходили, даже в периоды максимального усиления исполнительной власти (как, например, в Греции при К. Караманлисе и в Португалии периода диктатуры Революционного Совета), за формальные рамки президентско-парламентской формы правления. В дальнейшем ситуация еще более была изменена в сторону парламентаризма с помощью конституционных поправок (39).

В посткоммунистических странах Центральной и Восточной Европы проблема ограничения власти главы государства была одной из центральных в период Круглых столов и решена однозначно в пользу парламентской (Венгрия) или смешанной парламентско– президентской формы (Польша, Румыния). В государствах, где существовали монархические режимы (Албания, Венгрия, Румыния, Югославия), вопрос о восстановлении монархии, хотя и имеет определенное число сторонников (в Болгарии, Албании), однако в переходный постсоветский период не повлиял на разработку формы правления. В значительной части стран региона утвердилась парламентская республика (Албания, Венгрия, Литва, Словакия, Чехия, Эстония), причем в форме, близкой к германской модели рационализированного парламентаризма (президент избирается парламентом). Представлен также режим смешанной республики, который присутствует в различных трактовках соотношения парламента и президента. Если одна часть подобных режимов ближе к парламентско– президентской форме, поскольку решающая роль в проведении политического курса отводится премьер– министру (Болгария, Словения), то другая тяготеет к президентско-парламентскому типу, поскольку президент оказывает решающее влияние на правительственный курс (Литва, Польша, Румыния) (40). При всей условности этой типологии она показывает масштаб выбора форм правления в Южной и Восточной Европе переходных периодов. Даже в Турции, с ее традициями султанизма и вмешательства армии в политику, эволюция политической системы состояла, в сущности, в движении от парламентской республики к парламентско-президентской. Современная нелиберальная конституция Турции, принятая после военного переворота в 1982 г., не создала президентский политический режим, но вводила особую полупарламентскую систему, где президент, избираемый парламентом из профессиональных политиков, функционирует как «брокер власти в политической игре» (41). Для большинства демократических государств Азии и Африки после обретения ими независимости доминирующей стала либо вестминстерская (парламентская) система, либо система, представлявшая собой одну из многочисленных модификаций французской (голлистской) модели разделения властей (42).

Наиболее известными системами с сильной президентской властью являются система США, а в XX в. – такие смешанные формы, как Веймарская республика и Пятая республика во Франции. В первом случае – выбор определялся влиянием идеи английской монархической системы, во втором и третьем – стремлением корректировать так называемый «режим партий», ведущий к нестабильности парламентского большинства и неустойчивости правительств. В условиях современного конституционного кризиса в Италии предложения о рецепции веймарской и голлистской моделей также мотивировались всевластием партий и нестабильностью коалиционных правительств (43).

В России этих причин не было. Российская конституция, при составлении которой использовалась американская и французская модели (а на ее проекты влияла и конституция Веймарской Германии), вводила режим сильной президентской власти. Отличаясь от известных форм парламентской и смешанной республики, российская конституция вводит также радикальные отличия российского политического режима от классической президентской формы (например, США и других президентских систем, даже закамуфлированных под президентство диктатур Латинской Америки), поскольку в ней отсутствует присущая им чрезвычайно жесткая модель разделения властей.

В современной литературе идут споры о той форме правления, которая существует в России. Согласно одной точке зрения, в России представлена смешанная республика, природа которой определяется по– разному – как полупрезидентская, полупарламентская и даже «недопарламентская» (это, скорее, публицистический термин, выражающий стремление к расширению парламентаризма). Ближайший аналог этой системы усматривается в Пятой республике во Франции. Она получила название смешанной формы правления, хотя сама эта формула весьма амбивалентна и включает политические режимы с разной тенденцией (от близких к парламентским до «республиканской монархии»). Основные аргументы в пользу данной позиции черпаются из тех положений Конституции РФ, которые отражают возможности российского парламента противостоять президентской власти. Сюда относятся известные формулы о решении Государственной Думой вопроса о доверии правительству (п.

«б» ч. 1 ст. 103); даче согласия президенту на назначение председателя правительства (ст. 103), а также ряд норм, регламентирующих и ограничивающих президента в использовании права роспуска нижней палаты – регламентация оснований роспуска и времени созыва вновь избранной Думы (ст. 109, 111, 117). Это сочетание элементов президентской и парламентской республик создает формальные основания для интерпретации российского режима как смешанного, позволяет говорить о первых элементах парламентаризма в современной России. Эти ограничения, однако, отнюдь не могут рассматриваться как адекватные тем, которые существуют в современных формах смешанного режима. Речь не идет о подлинном разделении властей, поскольку отсутствует реальный механизм конституционной ответственности правительства перед парламентом и институт контрассигнатуры в отношении актов президента. Те, кто говорит о бицефализме российской исполнительной власти (имея в виду краткий опыт существования института вице-президента и современный статус председателя правительства), должны признать, что вторая часть в этой конструкции – явно лишняя.

Поэтому вполне правомерно, что сторонники данной точки зрения (о смешанной форме правления в России) ищут аналоги российского режима не столько в государствах современного периода, сколько в исторических формах режима, сопоставляя его с дуалистическими конституционными монархиями. Российская форма правления, согласно данной точке зрения, сохраняет большинство компонентов дуалистического режима с доминированием президента в системе органов государственной власти. Следует отметить, однако, что в старой юридической литературе, которая внимательно изучала этот вопрос, не было единства мнений о том, является дуалистическая монархия самостоятельной и стабильной формой правления (как полагали, например, П. Лабанд и Г. Еллинек) или представляет собой лишь временную и неустойчивую переходную стадию к парламентской республике (как думал А. Эсмен). Кроме того, исторический опыт показывал, что дуалистические монархии (будучи неустойчивыми комбинациями противоположных типов легитимности – народной и божественной) тяготеют к одной из чистых форм – парламентарной монархии (британского или бельгийского типа) или к режиму монархического конституционализма в германской, австро–венгерской и российской империях, где он обладал всеми признаками мнимого конституционализма. Эта дискуссия, следовательно, сохраняет свое значение и применительно к любому современному смешанному режиму, в том числе российскому, если интерпретировать его в категориях смешанной или дуалистической формы правления. Характерной особенностью данной системы в ее российском издании является реальное преобладание главы государства, который, конституционно не являясь (в отличие от президента США) главой исполнительной власти, на деле осуществляет эти функции, продолжая в этом традиции монархического и советского периода. Возможно, здесь было бы более уместным говорить о смешанной форме не в реальности, а скорее в потенции. Отметим, однако, что интерпретация российского режима как смешанной формы правления уже в настоящее время определила целую стратегию поправок к конституции, которые стимулируют эволюцию режима в направлении укрепления парламентаризма и ответственного правительства (логика и терминология этих поправок соответствуют тем, которые присутствовали у русских либералов периода первого конституционного эксперимента) (44).

Другая позиция состоит в определении российской формы правления как президентской республики. Ближайший аналог – президентская модель США (хотя иногда понятие президентской республики получает более широкую трактовку и включает французскую модель, которая реально может функционировать как президентская республика). Основные аргументы данной позиции состоят в указании на юридический и фактический приоритет президентской власти в России. Как раз там, где сторонники смешанной формы правления в России усматривают доказательства ее наличия (в виде элементов конституционной ответственности правительства), их оппоненты видят подтверждение своей правоты. Положения конституции, которые приводятся сторонниками существования в России смешанной формы правления, получают совершенно иную интерпретацию в общем системном контексте. Так, вопрос о доверии правительству в конечном счете решается в пользу главы государства. Если Дума выразит недоверие правительству, президент может на выбор или распустить Думу, или отправить в отставку правительство (ч. 3 ст. 117). Это положение не

действует лишь в течение шести месяцев до окончания срока полномочий президента, при военном или чрезвычайном положении и с момента выдвижения Думой обвинения против президента (ст. 109). Таким образом, решение вопроса об отставке правительства принимается исключительно президентом без всякого участия Государственной Думы и безотносительно к выраженному ею доверию или недоверию правительству (ст. 117). Согласно конституции (ст. 83 и ст. 111) правительство формируется и отправляется в отставку президентом, несет ответственность исключительно перед ним. Согласие Государственной Думы не является необходимым условием назначения председателя правительства (а для назначения министров оно не требуется) и предстает фарсом. Однако в случае трехкратного отклонения Думой представленных им кандидатур, президент назначает председателя правительства по своему выбору (п. «а» ст. 83, ч. 1 ст. 109, ч. 4 ст. 111 и 117), причем уже без всякого согласия нижней палаты, которая распускается (ч. 4 ст. 111). Президент, формально не являющийся главой исполнительной власти (в отличие от президента США), не только «председательствует» на собраниях правительства, но может отправить в отставку все правительство без согласия любой палаты парламента (п. «б» ст. 83 и ч. 2 ст. 117). Таким образом, конфликт между нижней палатой и главой государства по вопросу о формировании правительства решается в пользу президента, а парламентский вотум недоверия нисколько не влияет на судьбу правительства. Если для современных смешанных режимов важное значение имеет интерпретация конструктивного вотума (его критика во Франции), то для России эта проблема вообще не представляется существующей даже потенциально. В современной России нельзя говорить об ответственном министерстве, а значит, и о смешанной (парламентско-президентской) форме правления. Эта логика рассуждений (методом от противного) приводит к выводу о существовании в России президентской формы правления. Впрочем, данная логика имеет свои изъяны в сравнительной перспективе: если в США (и других президентских конституциях, принятых по их образцу во всем мире) президент не может распустить Конгресс ни при каких обстоятельствах, то российский президент ничем не ограничен в осуществлении роспуска.

Наконец, третья позиция – определение российской модели как сверхпрезидентской республики. Ее специфика выражается в том, что при наличии некоторых (скорее формальных) параметров президентской системы, в этой системе отсутствует реальное разделение властей, поскольку президент наделен огромными полномочиями как исполнительной, так и законодательной власти. Концепция сверхпрезидентской системы была разработана применительно к режимам Латинской Америки. В многочисленных диктаторских режимах (Аргентины, Бразилии, Венесуэлы, Уругвая, Чили) эта власть была доведена до абсолютной (45). При переходе к демократии, однако, сохранились существенные ее элементы. Их главной характерной чертой является прерогатива президента издавать чрезвычайные указы (так называемые «decretos de necesidad y urgencia»), с помощью которых он может осуществлять радикальные законодательные реформы и текущее управление через голову парламента. В Латинской Америке только в Аргентине, Бразилии и Колумбии президенты могут издавать указы с силой закона в любой области политики. Однако эти указы становятся законами в случае их последующего одобрения Конгрессом. Если этого не происходит, то президент рискует оказаться бессильным. Так, попытка осуществления либеральных экономических реформ президентом Колором в Бразилии с помощью указов потерпела поражение и привела к его отставке. В ряде случаев (Перу, 1993 г.) «указное право» ограничено фискальными темами. Концепция сверхпрезидентской республики или «гиперпрезидентства» означает (например, в Аргентине) фактическую (но не конституционную) ориентацию всей системы разделения властей на президента. Сверхпрезидентский режим в Чили, после принятия авторитарной конституции 1980 г. и конституционных реформ 1989 и 1991 гг., наделял президента правом роспуска палаты депутатов, правом вето, издания указов и чрезвычайных исполнительных полномочий (46).

В сравнительной перспективе важно отметить, что реальные полномочия президента отнюдь не всегда вытекают непосредственно из конституционных норм. При анализе Конституции Мексики 1917 г. используется термин «метаконституционная власть президента». Мексиканские ученые вообще используют термин presidencialismo – одновременно для определения президентской системы правления и характеристики исключительной

концентрации властей (конституционных и всех других) в руках мексиканского президента (47).

Прерогативы российского президента по Конституции 1993 г. превышают возможности его латиноамериканских коллег. Критика «указного права» российского президента была дана авторами левой направленности в связи с анализом так называемых «антикоммунистических указов». Но она имеет более давние традиции и уходит в историю особого типа конституционных монархий Восточной Европы, которые на последнем этапе своего существования управлялись с помощью чрезвычайных указов. Верховенство закона, как отмечал еще Н. Лазаревский, становилось невозможно из-за чрезвычайно широкой сферы действия указного права. Проблема указного права и так называемого чрезвычайно-указного законодательства была всегда очень важна для всех монархических государств, особенно Германии и России. Согласно Основным Законам Российской империи в редакции 1906 г. (ст. 87) император располагал важной прерогативой издания таких указов с временной силой законов во время прекращения сессий Государственной Думы (перерыв, который он сам устанавливал). Эти указы должны были, однако, получать последующее утверждение Думой после возобновления ее деятельности, а в случае отказа в утверждении их действие прекращалось (48).

В соответствии со ст. 88 современной Конституции РФ российский президент при обстоятельствах и в порядке, предусмотренных федеральным конституционным законом, вводит на территории России или в отдельных ее местностях чрезвычайное положение, а в случае агрессии против России или непосредственной угрозы агрессии вводит на территории России или в отдельных местностях военное положение (ст. 87). В обоих случаях президент обязан незамедлительно сообщить об этом Совету Федерации и Государственной Думе. Только в этих двух случаях указы президента должны пройти утверждение Советом Федерации (п. «б» и «в» ч. 1 ст. 102). Из Конституции, однако, не вытекает, что отказ СФ утвердить указ президента о введении военного положения автоматически влечет за собой отмену военного положения. Военное положение вводит президент, являющийся Верховным главнокомандующим вооруженными силами РФ (ч. 1 ст. 87), и только он может его отменить. Вместе с тем отказ СФ утвердить соответствующий указ президента делает этот указ противоречащим Конституции, и президент обязан отменить данный указ.

Ключевую роль для нестабильных демократий играет проблема чрезвычайного положения. Мы видели, как его ввел Ельцин. Вопросы, связанные с введением чрезвычайного положения, установлением ограничений прав и свобод на территории страны, регламентируются в Конституции 1993 г. (ст. 56) в соответствии со ст. 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Но президент имеет возможность управлять с помощью указов как в условиях чрезвычайного положения, так и без его введения. Если в первом случае эти указы должны быть утверждены верхней палатой, то во втором – нет. Парадокс состоит в том, что если президент вводит чрезвычайное положение на всей территории страны или в отдельных ее местностях (ст. 88), то соответствующим федеральным конституционным законом могут устанавливаться «отдельные ограничения прав и свобод с указанием пределов и срока их действия» (ч. 1 ст. 56), но если чрезвычайное положение не введено, то права и свободы могут быть ограничены федеральным законом на неопределенный срок, если власти полагают, что это необходимо «в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства» (ч. 3 ст. 55). Отсюда вытекает практическая возможность в условиях кризиса реализовать фактически все меры чрезвычайного положения без его формального введения (что имело место в ходе чеченской войны). Власть президента, который является «гарантом конституции» (ч. 2 ст. 80), еще более возрастает в случае широкой трактовки его полномочий, связанных с охраной конституции и государственного суверенитета, механизма введения чрезвычайного и военного положения. Речь идет о так называемых скрытых или «спящих» полномочиях, которые не зафиксированы прямо в конституции, но могут быть выведены из нее путем толкования.

В данном контексте принципиальное значение имеет вопрос об административных прерогативах, правоприменительной деятельности и возможностях ограничения

административного произвола. Президент определяет «общие направления внутренней и внешней политики государства», обеспечивает согласованное «функционирование и взаимодействие органов государственной власти» (ч. 2–3 ст. 80); «утверждает военную доктрину»; «назначает и освобождает высшее командование вооруженных сил» (п. «з» и «л» ст. 83); издает «указы и распоряжения», обязательные для исполнения на всей территории РФ (ч. 1 и 2 ст. 90), а в условиях чрезвычайного положения может вводить ограничения прав и свобод (ст. 56). Конституция не содержит исчерпывающего перечня президентских прерогатив в области исполнительной власти. В случае более широкой их трактовки сложившийся механизм разделения властей, при всей своей ограниченности, будет еще более концентрироваться в институте президентской власти. При таком развитии событий федеральный парламент и судебная власть, а также исполнительная власть субъектов Федерации могут играть даже меньшую роль в формулировании публичной политики.

Исполнительная власть и силовые структуры (включая вооруженные силы и силы безопасности), всегда будут осуществлять политику через ее применение. Но институциональные сдержки и противовесы и другие ограничения в отношении экспансии президентской власти, по мнению иностранных наблюдателей, являются в российской конституции минимальными. Они отмечали, что российский парламент (Федеральное Собрание) не имеет достаточной власти над финансовыми ресурсами, а региональные правительства – власти сбора и распределения налоговых поступлений. Национальные и региональные суды, равным образом, лишены действенной власти судебного контроля, а независимость судей достаточно условна. Независимость судебной власти серьезно умаляется тем обстоятельством, что судьи подчиняются не только конституции, но и «федеральному закону» (ч. 1 ст. 120), который легко может изменить их статус, а также тем фактом, что полномочия судьи могут быть прекращены или приостановлены федеральным законом (ч. 2 ст. 121), наконец, судьи могут привлекаться к уголовной ответственности в соответствии с федеральным законом (ч. 2 ст. 122). Хотя элементы всех этих властей содержатся в конституции, ее язык недостаточно определенен, что делает необходимыми односторонние президентские указы для регулирования и обеспечения взаимодействия между ветвями власти, ее уровнями и регионами. Президентская власть усиливалась в постсоветский период благодаря отдельным договорам с республиками и крупнейшими субъектами Федерации, но одновременно это вело к отсутствию единых правил разрешения конфликтов и ослаблению принципа равенства перед законом. Иностранные наблюдатели отмечали распространение указной власти на новые области регулирования (земельная собственность, гражданское право до принятия соответствующих кодексов), возрастающую частоту использования указной власти, а также быстрый пересмотр президентом своих указов (иногда без достаточно очевидных причин). В условиях ограниченного объема возможностей, связанных с разделением властей, закрепленным соотношением парламента и президентской власти, очевиден полный контроль президента и правительства над исполнительной властью. Кроме того, российский президент, подобно французскому, имеет дополнительную возможность укрепления своей власти путем непосредственного назначения ряда категорий высших должностных лиц.

Специфика России по сравнению с другими вариантами сверхпрезидентских систем также велика. В указанных странах элементы смешанных форм выражены более четко (парламент имеет реальную возможность влиять на политический курс президента). Но главное отличие состоит в том, что в латиноамериканских конституциях указное право существенно ограничено по сравнению с российским, а возможность его применения связана с введением чрезвычайного положения (откуда и происходит выражение «чрезвычайных указов»). Согласно российской Конституции указное право является практически неограниченным и этим также продолжает монархическую традицию.

Мы рассмотрели аргументы сторонников трех основных определений российской формы правления. Этот анализ показывает, что все они имеют юридические основания для своего существования. Дело в том, что многие положения конституции не являются четкими, допускают неоднозначные толкования, неопределенны. Они могут получить различную интерпретацию. Тем более, что формы правления – это своего рода идеальные типы, основанные на классических конституциях. С чисто юридической точки зрения, однако, ни

одна из этих моделей не отражает адекватно российскую специфику.

Тип политического режима, закрепленный Конституцией, имеет, однако, чрезвычайно большую специфику. Он отличается не только от парламентских и смешанных режимов, но также и от классической модели президентской республики США. В регламентации президентской власти очевидно, как было показано, как американское, так и французское влияние. Главное отличие от смешанной формы (в том виде, как она представлена в Веймарской республике, Пятой республике, а также ее многочисленных воспроизведениях) – в отсутствии парламентского контроля над правительством и возможности снятия его вотумом недоверия. Во Франции эта система получила развитие в периоды «сожительства», в результате чего эволюционировала в сторону большего парламентаризма. От той президентской системы, которая существует в США и характеризуется жестким разделением властей, российская отличается отсутствием соответствующей системы сдержек, прежде всего – исключительной прерогативы нижней палаты (Конгресса) на законодательную деятельность и наделение президента функциями главы исполнительной власти. Наконец, от латиноамериканских вариантов сверхпрезидентских режимов российская модель отличается отсутствием жесткого конституционного разделения властей (заимствованного латиноамериканскими конституциями из США), с одной стороны, и значительно более широкой трактовкой указного права, которое отнюдь не ограничено экстремальными ситуациями, с другой. Фактически российский президент совмещает статус конституционного монарха, президента в президентской республике и премьер-министра – в парламентской; реализует прерогативы американского и французского президентов, их латиноамериканских коллег, а также премьер– министра Великобритании и канцлера ФРГ, не имея при этом никаких встроенных систем ограничения власти. Российский президент стоит над системой разделения властей, выполняя функции гаранта конституции и арбитра (в самом широком голлистском понимании слова «арбитраж») (49). К российской системе, поэтому, вполне подходят такие понятия, выражающие различные способы концентрации власти в демократических государствах, которые в разное время выдвигались для определения главы государства в Веймарской республике – «эрзацкайзер» (Г. Прейсс), голлистской Франции – «республиканский монарх» (М. Дебре) (50), «избранный диктатор» в Соединенном Королевстве (лорд Хэйлсхейм) (51). Они объединяются в чрезвычайно метком понятии – «президент Всея Руси», означающем синтез демократической и монархической власти. Его власть вызывает в памяти конституции монархических государств Восточной Европы рубежа XIX–XX вв. – мнимый конституционализм. Однако в отношении его актов не предусматривается института контрассигнатуры, что делает его отличным от конституционного монарха и сближает с «республиканским монархом» (данный институт контрассигнатуры отсутствует в президентской республике, где президент – глава исполнительной власти – в США, хотя в России – он глава государства). Единственное, следовательно, что ограничивает его власть (помимо нереализуемой процедуры импичмента) – это срок пребывания у власти, ее ненаследственный характер.

Более того, чисто нормативистские определения не объясняют особенностей режима, связанных с внеконституционными и внеправовыми рычагами, которые были всегда очень сильны. Природа российского президентского режима постсоветского образца не может быть понята вне метаконституционной власти президента, включающей значительный набор символических и реальных властных полномочий, не зафиксированных непосредственно в конституции. Поэтому для характеристики политико-правового режима России целесообразно использовать скорее политологические термины, нежели формально-юридические. В литературе говорят в связи с этим о «гибридной» форме правления, «латентной монархии», дуалистической форме правления (понятия, также заимствованного из истории европейского конституционализма монархического периода), а некоторые вообще отказываются от задачи типологии, просто определяя российскую модель как «нетипичную» форму правления.

Чем объяснить российскую специфику? Полагаем, что исторической традицией монархической государственности (как это было и в случае Веймарской республики и Франции). Данная система по ряду параметров напоминала также российское конституционное законодательство монархического периода и в этом смысле восстанавливала историческую преемственность государственно-правовой традиции. Вместо Съезда и Верховного Совета

(воплощавших принципы советской легитимности) был создан двухпалатный парламент, нижняя палата которого получала прежнее историческое название – Дума, а верхняя имела определенное сходство с Государственным Советом. Наконец, власть президента оказалась во многом сходной с властью монарха по предшествующему российскому законодательству как в силу ее практической неограниченности, так и объема полномочий, которыми стал обладать новый президент. В этой связи рассматривается так называемое «указное право» президента (ст. 90). Эти полномочия неизмеримо возрастают в случае введения военного или чрезвычайного положения.

Фактически российская политическая система устроена таким образом, что президент находится над системой разделения властей, выступает посредником между ними и гарантом самой конституции. Эта конструкция более всего напоминает систему конституционной монархии по Основным законам Российской империи 1906 г., причем в отношении последней шел спор, является ли она в действительности ограничением монархической власти. Мы предложили в свое время интерпретировать данную систему как мнимый конституционализм, имея в виду особый этимологический смысл данного понятия в истории перехода от абсолютизма к правовому государству в форме конституционной монархии. Это, безусловно, переходная модель, которая может эволюционировать в разных направлениях и выражает неустойчивый баланс между демократией и авторитаризмом. Некоторые авторы определяют ее как «гибридную форму правления», «дуалистический режим» «протодемократию», «посттоталитарную демократию», «делегативную демократию», «президентскую демократию», «направляемую демократию» и т. д. Можно было бы сказать – «авторитарная демократия», но это противоречие в определении (52). Суть всех определений в том, чтобы выразить неуловимую сущность, состоящую в своеобразном сочетании демократии и авторитаризма, противоречивые отношения которых каждый раз диалектически воспроизводятся на новом витке спирали, создавая сходный синтез. На этой основе могут возникать и существовать различные формы ограниченной демократии и авторитаризма.

4. Изменения и преобразования конституции: возможные стратегии в современной России

Мы видели, каким образом различные модели принятия конституций в переходный период определяют их содержание и функционирование в обществе. Однако ситуация переходных периодов тем и отличается от стабильных периодов, что задает быстрый темп изменений, заставляя рассматривать конституции не только в статике, но и в динамике. Это делает актуальным специальное обращение к способам изменения конституции, заложенным в ней самой, а также их практическому применению в условиях перехода от авторитаризма к демократии (с учетом не только юридических, но и политических аргументов, влияющих на конституционную ревизию).

Традиционная концепция деления конституций на гибкие, жесткие и смешанные получает при таком подходе некоторые коррективы. Гибкие конституции, как было показано, изменяются легко, поскольку это можно сделать обычными парламентскими законами, но следствия этих изменений очень значительны и практически необратимы. Жесткие конституции, напротив, трудно изменить, но эти изменения могут быть в свою очередь пересмотрены другими изменениями в случае необходимости. Возможен также вариант жесткой конституции, корректируемой прецедентами (США). Смешанные варианты дают разные варианты того и другого.

В обществах переходного типа чаще всего встречаются жесткие конституции. Это связано, с одной стороны, со стремлением закрепить радикальные изменения в обществе и, с другой, гарантировать его от возвращения к авторитаризму. Таковы все конституции Южной Европы, вводящие чрезвычайно трудный порядок изменения конституции (Греция, Португалия, Испания). Сходный подход характерен в целом и для конституций Восточной Европы. Конституция России не является исключением из правила и определяется как жесткая. Следует подчеркнуть, однако, что последующие судьбы конституций переходных периодов определяются не только и не столько конституционными положениями об их изменении,

сколько характером их принятия и политическими обстоятельствами. Так, в странах, где реализовалась договорная модель перехода, этот договор составляет незримое основание всего конституционного здания. Зафиксированные процедуры изменения конституции, исходя из этого, призваны поддерживать установившееся равновесие политических партий, а порядок изменения конституции приобретает характер повторной консультации по вопросу о сохранении договора. Любые изменения конституции возможны в этой ситуации лишь при участии всех основных политических партий. Конституция – не только правовой акт, но и политический договор. Такова ситуация в ФРГ, в Испании, а из последних примеров – в Венгрии (правящая партийная коалиция которой для поддержания своей власти вообще затормозила процедуру принятия новой конституции страны). С этим связан также такой факт, как нежелание политической элиты этих стран (например, Испании) обращаться к процедуре изменения конституции. Обратной стороной этого служат обвинения со стороны оппонентов в сакрализации и окостенении конституции.

Другой вариант имеет место, когда жесткая конституция, возникшая в условиях конституционной революции и разрыва правовой преемственности, воплощает господство одной силы или власти над другими. В этом случае жесткость процедур изменения конституции фиксирует результат переворота и является прямо пропорциональной силе сопротивления. Российский вариант жесткой конституции служит примером данной тенденции. Возникает вопрос, может ли Конституция 1993 г. быть реально изменена, каков механизм возможных изменений, каковы их цели и какая политическая реальность стоит за этими возможными изменениями? В современной юридической литературе показано достаточно много способов изменения конституции (среди которых чисто правовые представляют только один вариант), которые можно расположить по степени убывания их радикальности в следующем порядке.

1. Изменение путем конституционной революции или переворота (когда конституция произвольно изменяется без использования заложенных в ней самой процедур изменения, как было в случае принятия Конституции 1993 г.). В истории не раз случалось, что динамичная политическая сила (парламент, президент, монарх), стремящаяся к господству и доминированию, будучи скована старыми конституционными нормами, бывает вынуждена изменить их неправовым путем (как это было с Наполеоном III во Франции, которому конституция не позволяла быть избранным президентом на следующий срок). Этот вариант развития событий нежелателен для общества, поскольку ведет к конституционным переворотам и кризису легитимности. Сама жесткость конституции при таком развитии событий становится ее минусом. В этом ключе интерпретировались предложения об изменении срока президентского мандата, зондаж общественного мнения и подготовка его к введению модели имперского президентства.

2. Изменение путем пересмотра всей конституции при изменении глав 1, 2 и 9 Конституционным Собранием (фактически это означает радикальную конституционную реформу). Особенностью российской Конституции признается разграничение конституирующей и конституционной власти, а также использование разных процедур внесения поправок к различным положениям. Конституирующая власть (Конституционное Собрание) осуществляет пересмотр конституции (изменение положений глав 1–2 и 9), в то время как конституционная – внесение поправок. Конституционное Собрание рассматривается иногда как некоторый современный российский аналог Учредительного собрания, однако такое утверждение является преждевременным из-за неясности принципов формирования данного института. Перед нами – опыт Конституционного Совещания и многих других аналогичных институтов в разных странах нового и новейшего времени, которые, являясь по существу конституирующей властью, на деле были сформированы исполнительной властью и находились в полной зависимости от нее. Споры о принципах формирования Конституционного Собрания (и связанные с ними альтернативные стратегии) выявили следующие вопросы: принципы формирования, срок полномочий и порядок деятельности Конституционного Собрания, его прерогативы в ходе разработки проекта новой конституции. Институт Конституционного Собрания был внесен в Конституцию 1993 г. скорее всего в результате заимствования из Конституции США (где он также регламентирован чрезвычайно

неопределенно). Поэтому нет ничего удивительного, что вопросы в отношении Конституционного Собрания в России очень напоминают те, которые адресованы в США процедуре созыва и деятельности Федерального Конвента. Федеральный Конвент (согласно ст. V Конституции США) созывается Конгрессом по просьбе легислатур штатов и является институтом, потенциально возможным в любое время, хотя он никогда не созывался для обсуждения поправок к конституции. Никто не знает, как такой Конвент мог бы быть организован (обстоятельства созыва Филадельфийского Конвента в 1787 г. были столь специфичны, что он не мог служить моделью будущих конвентов, созываемых легислатурами штатов для обсуждения поправок). Возникло три группы вопросов: как такой конвент может быть созван и может ли быть ограничен круг обсуждаемых им вопросов; как он должен быть организован и проводиться; что может быть сделано Конгрессом и штатами в ответ на его действия. Поскольку отсутствует законодательное регулирование этих вопросов, они могут встать очень остро в ситуации конституционного кризиса (53).

В Восточной Европе самый близкий аналог – Болгария, но там ситуация более определенная. Процедура изменения Конституции Болгарии выглядит особенно жесткой и сложной. Она стремится максимально дифференцировать изменения различного типа, разделяя фундаментальные и частичные (которые могут быть осуществлены парламентом). Для принятия новой конституции или ее радикального изменения предусмотрено создание особого института – Великого Народного собрания (ст. 158 болгарской Конституции). В отличие от конституций США и России, авторы болгарской Конституции не ограничились простым упоминанием этого института, но определили порядок его образования, функционирования и прекращения деятельности, введя ряд гарантий от узурпации им государственной власти (фактически аналог Учредительного собрания, формируемого на основе всеобщих выборов). Возможно, это было связано с известной особенностью болгарского переходного периода, состоявшей в сильных позициях номенклатуры и стремлением найти противовесы ей. Данный порядок пересмотра конституции, нетипичный для постсоветских режимов Восточной Европы, объясняется не столько влиянием конституции США, сколько особенностями болгарского переходного периода (54).

Напротив, страны Южной Европы (Греция, Испания и Португалия) и большинство стран Восточной Европы вводили наделение парламента конституирующими функциями. Влияние опыта крушения Веймарской Республики в Восточной Европе и современной германской доктрины проявилось в том, что, наделяя парламент конституирующей властью (при наличии соответствующего квалифицированного большинства и соблюдения установленной процедуры рассмотрения законопроектов о поправках), они, как правило, специально оговаривают, что изменение конституции может быть проведено исключительно особым законом об изменении конституции, а также в ряде случаев – введением материальных ограничений пересмотра (т. е. указания на положения конституции, которые не могут быть предметом конституционной ревизии ни при каких обстоятельствах). Процедура пересмотра в ряде случаев завершается референдумом, по итогам которого выносится окончательное решение о судьбе конституционной реформы (Ср. порядок осуществления конституционных реформ: Ст. ПО Конституции Греции; Ст. 166–169 Конституции Испании; Ст. 138–139 Конституции Италии; Ст. 284–289 Конституции Португалии) (55).

До сих пор не ясен порядок формирования Конституционного Собрания, что оставляет открытым вопрос о его возможной политической направленности (современные проекты законов о Конституционном Собрании укрепляют эти сомнения). Проблема конституирующей власти всегда была связана с вопросом о легитимности конституции. Противники считают конституцию нелегитимной, а сторонники говорят об исторической и народной легитимности в противовес чисто юридической. Оппозиция власти критиковала данную форму принятия конституции, подвергая сомнению результаты голосования. Раздавались призывы принять новую конституцию на основании консенсуса различных политических сил в рамках более представительного и легитимного органа – Конституционного Собрания или другого учредительного органа (например, Земского Собора, Учредительного собрания, Съезда народных депутатов). Вопрос, однако, заключался не в том, какая форма конституирующей власти будет избрана и какое историческое название она получит, а в том, насколько данный

институт окажется способным установить консенсус в обществе в отношении конституции. Установление такого консенсуса или реализация договорной модели возможны, как мы видели, лишь в результате согласия политических партий. Отсутствие такого согласия в обществе (и даже, напротив, господство в нем раскола) ведет к срыву всех попыток конституирующей власти, независимо от логики их обоснования. Примерами могут служить судьба Демократического совещания и Предпарламента, а также самого Учредительного собрания в период революции начала XX в. и отсутствие успеха аналогичных институтов в период конституционной революции конца XX в. (сюда следует отнести такие институты поиска консенсуса, как Съезд народных депутатов, провал создания единой конституционной комиссии в ходе конфликта парламента и президента, неэффективность договоров о согласии общественных и политических сил, а в последнее время также попытки нового Демократического совещания, Гражданского форума и Общественной палаты). Более того, эти примеры показывают, что меры по институционализации консенсуса в расколотом обществе часто ведут не к снятию противоречий, а к более жесткому их проявлению и оформлению. Поэтому успешный выход из авторитаризма договорным путем (испанская модель) остается очень редок. В современной России, где процесс формирования партий находится на начальной стадии, а культура компромисса отсутствует полностью, идея новой Конституанты не представляется эффективной. Отсутствие сильных партий и общественных организаций может стать следствием нового закона о партиях. Поэтому инициатива созыва Конституционного Собрания и принятия новой конституции может быть выгодна только тем силам, которые не сомневаются в результате. А это означает контролируемую извне конституирующую власть. Провести такую акцию чрезвычайно легко при нынешней расстановке сил, можно найти для нее благоприятное обоснование (например, необходимость изменения конституции в связи с созданием нового союзного государства), однако, долговременным следствием этой акции может стать уменьшение конституционной легитимности режима.

3. Изменение возможно путем реформирования конституции внесением частичных поправок в нее (в соответствии с заложенной в ней самой процедурой внесения поправок). Проблема внесения поправок (изменение положений глав 3–8), осуществляемых конституционной властью (законодательной властью Федерации и ее субъектов) становится актуальна в периоды острой конфронтации между ветвями власти. Политический конфликт приобретает тенденцию представать как конфликт интерпретаций конституционных норм о поправках. В ходе одного из таких конфликтов Государственная Дума апеллировала непосредственно к тексту ст. 136. Она считала (на основании ст. 136 и Регламента ГД 1994 г.), что поправки принимаются федеральными конституционными законами, одобрила (21 июня 1995 г.) ряд таких законов о поправках, касавшихся глав 4–6 (о президенте, федеральном собрании и правительстве), которые были призваны внести достаточно радикальные изменения в конституцию (эти законы были отклонены Советом Федерации 4 июля). Данная логика действий соответствовала той интерпретации российской Конституции, которая была основана на различии между федеральным конституционным и обычным федеральным законом (французская концепция дихотомии двух видов законодательства – органического или конституционного и обычного).

Конституционный суд дал совершенно иную интерпретацию Конституции, граничащую с ее изменением путем толкования (Постановление КС РФ от 31 октября 1995 г. № 12-П по делу о толковании ст. 136 Конституции РФ (СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4408) (56).

Вопрос о поправках был окончательно регламентирован в Федеральном законе от 4 марта 1998 г. «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции РФ» (СЗ РФ. 1998. № 10. Ст. 1146). Он закрепил, что поправки к главам 3–8 принимаются в форме закона РФ о поправке к Конституции РФ и дал понятие поправки – любое изменение текста глав 3–8 Конституции РФ: исключение, дополнение, новая редакция какого-либо из положений указанных глав Конституции (ч. 2 ст. 2 Закона). Согласно Закону, проект закона о поправке, для его принятия, должен быть одобрен нижней палатой большинством не менее двух третей от общего числа депутатов ГД, верхней палатой – большинством не менее трех четвертей от общего числа членов СФ, а затем получить одобрение законодательными (представительными) органами не менее чем двух третей субъектов РФ. Закон РФ о поправке направляется

председателем СФ Президенту РФ для подписания и официального опубликования, и вступает в силу со дня его официального опубликования, если самим законом не установлена иная дата вступления в силу. Принятая поправка в Конституции вносится президентом в ее текст.

Российский механизм внесения поправок, по– видимому заимствованный из Конституции США, представляется жестким. Собственно, в США этот механизм был разработан также с целью недопущения изменения Конституции федералистами. Он был призван гарантировать права штатов против попыток создания излишне централизованной модели федерализма (носителями этих идей в США были именно федералисты – сторонники единого федеративного государства, боровшиеся с его противниками – конфедералистами) (57). Этот мотив, безусловно, присутствовал и в ходе принятия российской Конституции (достаточно напомнить дискуссии 1992 г. о соотношении Конституции и Федеративного договора). В то же время, очевидно, что наряду с этим, в российской ситуации существовал и другой важнейший мотив (характерный для всех посткоммунистических государств). Он определялся как стремление предотвратить реставрацию однопартийной (коммунистической) системы путем максимального затруднения процедуры поправок. Именно с этим связано не только принятие данного механизма внесения поправок, но и такого разъяснения его применения Конституционным судом, который не позволял оппозиции, доминировавшей в Государственной Думе, менять Конституцию в одностороннем порядке.

Нельзя сказать, однако, что российская Конституция полностью защищена от радикальных изменений с помощью поправок (поскольку здесь нет материальных ограничений как в Португалии или положений, которые не могут изменяться ни при каких обстоятельствах как в Основном законе ФРГ или ограничений в возможности использования процедуры для особых периодов как в Испании). Нет такого сдерживающего фактора, как сильная и независимая система конвенциональных норм, соблюдение которых опирается на длительную историческую традицию и независимую судебную власть (как в Соединенном Королевстве, неписаная конституция которого может быть легко изменена решением парламента).

Здесь также многое зависит от того, какие силы инициируют эти поправки, каков порядок их принятия именно в качестве юридически значимых поправок, каков порядок их утверждения в качестве поправок и прохождения. Ясно, что использование разных способов изменения уже есть определенный политический выбор, исходящий из того, какие цели преследует правящая элита или контрэлита. Если следовать данной интерпретации предложенной темы, то она должна быть сформулирована по-другому: кто, как и при каких обстоятельствах может менять конституцию?

4. Изменение Конституции путем ее толкования Конституционным судом (в особенности при рассмотрении пробелов, умолчаний и противоречий в Конституции, разрешении коллизий между текстом Основного закона и текстами федеральных конституционных законов). Толкование, в свою очередь, может приобретать различные варианты. Его разновидностью является рассмотренное выше толкование самой процедуры изменения конституции. Круг возможных инициаторов (субъектов права) внесения предложений о поправках и пересмотре положений Конституции (зафиксированных в ст. 134) – президент, СФ, ГД, правительство, законодательные (представительные) органы субъектов, группа не менее одной пятой членов СФ или депутатов ГД – оказывается уже тех, которые обладают правом законодательной инициативы (ст. 104). Федеральный закон от 4 марта 1998 г. «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции РФ» (СЗ РФ. 1998. № 10. Ст. 1146) не предусмотрел участия КС в проверке на конституционность закона о поправке. Этим постановка проблемы участия Конституционного суда в процедуре поправок в России радикально отличается, в частности, от ее постановки в ФРГ. Поскольку Основной закон Германии содержит так называемые «вечные» нормы и не допускает их изменения поправками, возникает специфическое понятие – «неконституционные конституционные поправки») (58).

Влияние Конституционного суда России на процесс внесения поправок интерпретируется экспертами по-разному – в зависимости от того, принимают ли они кельзановскую модель роли КС как исключительно негативного законодателя. Кроме того, Конституционный суд может обращаться к комментированию законодательства о поправках лишь в том случае, если получит запрос об этом, и, следовательно, не обладает самостоятельной инициативой в данном

процессе. Этим его положение отличается от положения Конституционных судов других стран, которые могут самостоятельно решать вопросы конституционности (или неконституционности) законодательства, в первую очередь, законодательства, которое имеет целью изменение конституции. Конституционные суды выступают как гаранты стабильности конституционных норм в условиях переходного периода, что связано с расширением их прерогатив по рассмотрению законодательства (примеры Судов Испании, ЮАР, современной Мексики). В связи с этим упомянем дискуссию о внесении изменений в ФКЗ о Конституционном суде с целью наделения его правом и возможностью по собственной инициативе судить о конституционности поправок (до сих пор препятствием для этого служила позиция Конституционного суда в период конституционного кризиса 1993 г., когда он однозначно поддержал оппонентов президентской власти).

5. Изменение конституции путем принятия нового конституционного или органического законодательства, которое, как известно, может трансформировать объем основных понятий конституции и иерархию их ценностей, причем даже не обязательно отдельным законом, но их совокупностью (что делает этот процесс менее заметным, но от этого не менее реальным). Результатом преобразований, осуществлявшихся без формального изменения текста конституции, уже сейчас стало появление фактически параллельной конституции. Действующая конституция подверглась изменениям во всех своих наиболее значимых частях (федеральными конституционными законами). Среди направлений этих изменений: вертикальное разделение властей (переход от договорного федерализма к централизованному, создание нового административно– территориального деления, изменение статуса субъектов Федерации и их возможности влиять на трактовку федерализма в целом); горизонтальное разделение властей (изменение функционирования верхней палаты за счет радикального пересмотра порядка формирования, введение внеконституционного Государственного совета, реформирование судебной власти и прокуратуры, расширение полномочий президента по укреплению вертикали власти и т. д.); отношения между обществом и государством (пересмотр статуса общественных организаций и политических партий, начавшиеся изменения избирательной системы и т. д.). В результате становится возможным, как считают аналитики, радикальное изменение реальных прерогатив президентской власти в пользу их расширения (модель имперского президента).

6. Изменения путем реализации указного права президента и изменения законодательства путем изменения правоприменительной деятельности (вплоть до полного пересмотра политического режима, например, путем делегированных полномочий судам и администрации, введением чрезвычайного положения и т. п.).

Именно так (путем простых законов) была изменена Веймарская конституция. Это значит, что российская конституция в принципе не гарантирована от повторения ситуации, когда радикальные конституционные изменения могли быть получены решениями парламента или президента.

7. Изменение фактических обстоятельств жизни без изменения права (возможно, например, направленное создание этих фактических обстоятельств). Сюда могут быть отнесены фактические изменения позиции политического режима в отношении средств массовой информации, бизнеса. Свой вклад в данный процесс вносят направления поиска новой идеологии и государственной символики. Взятые в целом эти изменения в их совокупности меняют весь ансамбль конституционных норм, в том числе и тех, которые закреплены в разделах о фундаментальных правах, федерализме и структуре власти и управления. В определенном смысле они отражают тенденцию к реконституционализации. Это возвращение назад к дискуссиям кануна принятия Конституции 1993 г. Если в парламенте будет доминировать одна партия власти и сама эта власть будет фактически выведена из-под правового контроля (что имело место в ряде стран в периоды реконституционализации), то вероятно завершение очередного конституционного цикла, одного из тех, которые уже неоднократно бывали и кончались стагнацией, за которой следовала новая конституционная революция. При современной системе радикальное изменение конституции (например, принятие совершенно новой конституции, основанной на новых принципах) становится делом техники (это хорошо показано на примере многих государств постколониальной Африки, где

конституции просто фиксируют этапы перехода от вестминстерской системы к президентской, а от нее к личной деспотической власти) (59). Этот процесс может быть формально законным или регулироваться в рамках последующей легитимации, но при этом исчезает сам смысл конституционных ограничений власти.

Параллельная конституция (при существующей расстановке сил) легко может быть превращена в действующую. Данный процесс теоретически может привести к пожизненному президентству (как, например, в ряде государств СНГ, где введено имперское президентство). Эта система может действовать эффективно или неэффективно в зависимости от того, кто является носителем высшей власти. Однако она не содержит внутренних сдержек и противовесов, а потому будет испытывать трудности при осуществлении преемственности власти (интриги, борьба кланов и т. д. заменяют селекцию элит на демократических парламентских выборах).

Крушение Веймарской республики, следует отметить в этом контексте, произошло при сохранении формальных конституционных рамок, путем постепенного изменения конституционного режима. Такое изменение стало возможно, поскольку господствовавшая позитивистская правовая доктрина спокойно относилась к самому факту изменения конституции. К. Хессе констатирует, что в этот период «нарушения конституции считались допустимыми в государственной практике и подавляющим большинством теоретиков государственного права», причем «по общему мнению не существовало материальных границ для изменений конституции», что в конечном счете способствовало формально законному изменению политического строя и установлению национал-социалистского режима. Достаточно было получить необходимое квалифицированное большинство, как стало возможным изменить фундаментальные основы государства – принцип федерализма, перераспределение компетенции имперского правительства и земель, форму государства и важнейшие демократические институты (избирательное право, парламентаризм, референдум). В результате этих достаточно плавных изменений возник феномен параллельной конституции, которая, не затрагивая формально действующую конституцию, на деле выхолостила ее демократическое содержание. Решающую роль в этом процессе играло самоустранение парламента от политического процесса, делегирование полномочий законодательной власти исполнительной (указное право), использование чрезвычайных законов (60).

Существенное влияние имеет выбор соответствующей стратегии – способа изменения, степени его поддержки в обществе и легитимности, техника, результаты, принятие или неприятие их политическими партиями. Поправки есть основной способ преодоления конфликтности нормы и действительности, что особенно заметно в странах кодифицированного права. Вопрос о том, какой тип изменения конституции будет принят, – всегда важен и зависит от политических факторов. Вопрос о том, кто, когда и зачем принимает поправки, в сущности, связан с тем, какие тенденции в обществе взяли верх. Проблема выражается в том, что делать с конституцией – ничего, реформировать частично или принять новую. В гибкой конституции Великобритании, как показано, были предложены радикальные конституционные новации (возможные парламентским актом), а средством сохранения преемственности выступали изменения текста присяги судей. Жесткие конституции Южной Европы стали такими вследствие нежелания их создателей менять соотношение сил партий, возникшее в период договора. В Центральной и Восточной Европе основной причиной жесткости было опасение реставрации. В США с их жесткой конституцией, где вопрос о поправках имеет целую литературу, напротив, говорят о стагнации и необходимости облегчения процедуры внесения конституционных поправок. Идея облегчения процедуры изменения конституции связывается с необходимостью вывести конституционное развитие (которое до последнего времени осуществлялось практически исключительно путем судебного толкования) из монопольного контроля со стороны Верховного суда. А это, в свою очередь, связано с ослаблением легитимности последнего в результате непопулярных решений о результатах президентских выборов. В Японии – определенная жесткость конституции (в частности, трудность отказа от пацифистских положений по политическим причинам) привела к тому, что фактические изменения просто игнорировали конституционные запреты. Наконец, в ряде случаев жесткость конституции достигает абсолютного характера. Например, в одной из

революционных конституций попытки внесения поправок в конституцию объявлялись уголовным преступлением. В некоторых случаях это приводит к конституционной неподвижности – «сакрализации» и «петрификации» конституций (используя испанскую терминологию).

Особого внимания заслуживает проблема выбора конкретных норм конституции, в соответствии с которыми она может быть изменена в тех случаях, когда существует несколько таких норм (или их выбор признается участниками этого процесса). В Основном законе ФРГ при воссоединении – одна статья была использована вместо другой. В ходе дебатов в ФРГ о лучшем способе воссоединения с ГДР возник вопрос о судьбе Основного закона. Те, кто предпочитал осуществить объединение на основании ст. 146 Основного закона (предусматривавшей в этом случае принятие новой конституции), отдавали тем самым предпочтение радикальным конституционным изменениям (это были в основном представители левых партий, стремившиеся использовать возникшую ситуацию для расширения социальных прав). Те, кто выступал за вступление ГДР в ФРГ на основании ст. 23 (предусматривавшей такую возможность без принятия новой конституции), стремились сохранить существующее положение. Окончательный выбор второго варианта (принятый под влиянием христианских демократов) определил в то же время умеренный характер конституционных реформ, которые (при всей их многочисленности) были сведены к частичным изменениям статей Основного закона путем поправок (61). Во Франции периода формирования Пятой республики суть конституционных дебатов выражалась в споре о соотношении ст. 89 и 11 Конституции 1958 г. Оппоненты реформ де Голля, среди которых оказались практически все политические партии, профсоюзы, пресса и большинство интеллектуалов (в том числе юристов), настаивали на том, что любые изменения конституции могут быть проведены лишь в соответствии с процедурами, зафиксированными в ст. 89 парламентским путем. Сам де Голль и сторонники его реформ (понимавшие, что в этом случае они не могут быть реализованы) обратились к ст. 11, дававшей президенту возможность выдвинуть законопроект для обсуждения на референдуме. Этот референдум, давший победу голлистам (1962 г.), позволил внести радикальное изменение в конституцию (всеобщие и прямые выборы президента). Если в момент события большинство юристов расценивало данный вариант как нарушение конституции (переворот), то затем они приняли его, интерпретировав в качестве «конституционного обычая» (62).

Разброс мнений о характере необходимых конституционных изменений в России чрезвычайно широк и представлен в переходный период тремя основными стратегиями: первая исходит из необходимости принятия новой конституции, которое может быть осуществлено путем конституционной революции (созыва Учредительного собрания или Земского собора, не предусмотренных действующим правом) или полного пересмотра Конституции Конституционным Собранием (в этом случае центральной проблемой является принятие федерального конституционного закона о Конституционном Собрании). Для реализации этой стратегии как ранее, так и в настоящее время отсутствует необходимый консенсус между политическими партиями. Вторая стратегия видит решение проблемы в реализации поправок к соответствующим главам конституции. Однако она сталкивается с определенным внутренним противоречием: если эти поправки (к главам 3–8) являются достаточно радикальными (например, направлены на корректировку механизма разделения властей), то они неизбежно затрагивают трактовку положений глав 1–2, что возвращает нас к первой стратегии. Напротив, если предлагаемые изменения не столь принципиальны, то возникает вопрос о том, зачем они вообще должны быть внесены в виде поправок. Именно поэтому все инициативы оппозиционных политических партий в этой области оказывались безрезультатны, представляя собой не более чем инструмент в политической борьбе. Наконец, третья стратегия представлена теми, кто считает действующую конституцию вполне приемлемой в условиях российского переходного процесса (лучшей из всех возможных), а потому важнейшую цель они видят в ее сохранении и улучшении (путем конституционного законодательства и судебного толкования), а также в повышении ее эффективности (путем конституционализации отраслевого права). Их логика близка аргументам тех либералов прошлого, которые полагали, что существенные изменения конституции должны быть связаны не столько с текстуальными ее изменениями,

сколько с постепенным наполнением ее положений новым содержанием по мере роста политической культуры и распространения демократических ценностей.

Содержательный анализ выдвигаемых идей по изменению конституции (поскольку большинство из них не получило официального статуса предложений о поправках) позволяет констатировать, что они концентрируются в основном вокруг проблемы разделения властей.

Одно из конфликтных направлений, которое стремились урегулировать с помощью поправок, было изначально связано с проблемами федерализма. Сюда относятся: неопределенность совместной компетенции Федерации и ее субъектов (ст. 71–73), способная поглотить все прерогативы последних, трудность для них оспаривать конституционность законодательства, исходящего от исполнительной или законодательной власти, отсутствие бюджетного федерализма, отсутствие свободы в определении и достижении своих интересов (ст. 75), создании и сохранении своих собственных административных и представительных институтов (ч. 1 ст. 77 и ч. 2 ст. 77), решении вопросов назначения на руководящие должности без одобрения президента (ст. 78). Эти вопросы связаны с дискуссиями о бикамерализме, изменении статуса верхней палаты. Конституция должна, по мнению ряда экспертов, определенно лишить президента специфических прерогатив, реализуемых в отношении субъектов Федерации. Соответственно сторонники централизации выступали за радикальное изменение конституционных основ федерализма (вплоть до полного отказа от него), статуса субъектов Федерации (в направлении усиления их конституционной ответственности) и решения проблемы верхней палаты, которая должна перестать быть лоббистом региональных элит (вплоть до ее отмены и перехода к однопалатному парламенту).

Другое направление предлагавшихся поправок – соотношение парламента, правительства и президента. Мы видели, что различные интерпретации существующей формы правления и тенденций политического режима уже определяют соответствующие направления поправок. Они очень сходны с теми, которые выдвигались различными политическими силами во Франции в отношении Конституции 1958 г. Коммунисты выступали за парламентскую систему и отмену сильного президентства, голлисты за сохранение смешанной системы с сильной президентской властью, наконец, либералы – за рецепцию американской президентской системы. В российских условиях эти позиции, представленные уже в период конфликта конституционных проектов, сохранились до настоящего времени. Тезис о парламентской системе в России и отмене (или существенном ограничении) президентства позволял коммунистам (составлявшим оппозиционное большинство в Думе) надеяться на реставрацию советской системы. Концепция существования в России некоторого аналога смешанной системы (парламентско-президентской или «недопарламентской») позволяла ставить вопрос о конституционной ответственности правительства, ответственном министерстве или хотя бы «частично ответственном» министерстве (как это было представлено в некоторых либеральных поправках). Наконец, некоторые академические ученые и практики не скрывали предпочтения системе США, видя в ней оптимальное решение российских проблем. Для их интерпретации этой системы, однако, было свойственно подчеркивание черт сходства с российской и затушевывание принципиальных различий.

Третье направление касалось проблем судебной власти, прокуратуры и административной власти. Сюда следует отнести предложения об изменении трактовки конституционной ответственности субъектов и возможности обжалования их действий в суде, прерогатив палат парламента в отношении назначения и снятия судей и прокуроров, оценке конституционности указов президента. В целом – весь блок проблем, связанных с судебной реформой и проблемой независимости судей. Для сохранения и укрепления разделения властей в России необходима более точная демаркация прерогатив трех ветвей. Конституция могла бы сделать больше для поощрения распределения власти, обеспечения сдержек и противовесов и конструирования стабильного и регулируемого процесса реализации политики в главных проблемных областях. Отсутствие правоприменительного законодательства, несовершенная судебная администрация и эмбриональная многопартийная система еще более ослабляют кооперацию между ветвями власти. Предложения о реформировании конституции в этой области исходят из необходимости законодательного ограничения президента и его администрации, расширения парламентского контроля в области безопасности и контроля над правительственной бюрократией.

Неконтролируемость законом и чрезвычайная гибкость правительственных структур и функций оцениваются негативно, что делает личности наверху критическим фактором строительства государства и политики. Проблемы легитимации действующей конституции, нового институционального устройства и общих тенденций режима в конечном счете замыкаются (до настоящего времени) на фигуре президента, что не свидетельствует о стабильности демократического процесса.

Анализ обращения к регулированию проблемы поправок четко показывает, что этот вопрос был актуален в периоды острых политических кризисов, связанных с борьбой между двумя ветвями власти. Все три направления (и стимулированные ими поправки и законы) были связаны с принципиально различной оценкой Конституции 1993 г., имели выраженный политический (а не юридический) характер, их авторы часто не заботились о юридической корректности этих поправок, а часто даже не особенно волновались об их судьбе. Анализ поправок показывает три основных этапа их выдвижения, каждый из которых характеризуется определенными социальными силами: период доминирования оппозиции, стремящейся развернуть ситуацию назад (к доконституционным порядкам); ситуация неустойчивого равновесия, связанная со стремлением оппозиции усилить свои позиции в рамках действующей конституции (и в регионах); отказ от идеи конституционной реформы с достижением перевеса над оппозицией. Теперь эта идея может быть реализована самой властью, но она пока в этом не нуждается. Нет ничего удивительного поэтому, что идея поправок быстро исчезла из текущих дебатов с изменением ситуации после парламентских и президентских выборов 1999–2000 гг. (в результате которых возникло устойчивое президентское большинство в Думе, достаточное для проведения любых поправок). Однако это не значит, что выдвинутые ранее позиции перестали существовать в принципе, они обязательно проявятся в дальнейшем при первых признаках воспроизводства дуализма парламента и президента. Поскольку данная система власти уже сформировалась, вопрос об изменении или сохранении конституции имеет, собственно, скорее чисто инструментальное значение. Но и в этом качестве он представляет большую важность. Подходя с этих позиций к проблеме изменения российской конституции на современном этапе, следует отметить, что она уже подверглась значительным изменениям. Для их осуществления не были широко использованы юридические способы (возможно, в силу жесткости конституции), однако весь набор политических способов, безусловно, был применен.

Социологическая точка зрения дает ответ на вопрос – кто является инициатором самой дискуссии. Она выявляет прежде всего круг дискутантов по конституции и затем определяет их цели в дискуссии. Призыв к конституционной реформе идет, как правило, с периферии политического пространства от оппозиции, преисполненной надежд через институциональные реформы прийти к власти. Но может исходить и от самой власти, когда конституция ей мешает. Ясно, что для современного российского общества характерна устойчивая апатия в отношении конституции. Этот феномен (неоднократно подтверждавшийся данными социологических опросов населения) характерен в принципе для всех постсоветских стран после принятия новых конституций, а иногда уже в момент принятия (как, например, в ходе конституционного референдума 1997 г. в Польше, который с трудом состоялся). Население России плохо представляет себе содержание Конституции, не связывает своих перспектив с ее сохранением или изменением, а определенная часть общества (коммунистический электорат) вообще считает конституцию нелегитимной.

Обсуждение конституции концентрируется, следовательно, в элитных группах, которые представлены политиками, юристами, чиновниками и интеллектуалами (как своеобразный слой, осуществляющий медиативные функции между политической элитой, бюрократией и частью просвещенных слоев общества). До сих пор все дискуссии об изменении конституции носили сугубо политический характер и зависели от интересов борьбы за власть. Более того, позиции в дискуссии определялись степенью близости к власти: за принятие новой конституции выступали антисистемные силы (в основном левые радикалы); за частичное реформирование – парламентская оппозиция, за сохранение – сама власть и ее окружение. При этом дискуссии о конституции использовались в основном как мотив в политической игре. Этот феномен типичен не только для России, но и для других стран (Франция). В дискуссиях присутствуют и другие социальные интересы: конфликт между юристами (как правило, более

консервативными и отстаивающими текст закона) и политиками (рассуждающими исходя из здравого смысла и своих интересов). Это может быть и конфликт между поколениями политиков, например, «отцов-основателей» и молодежи, стремящейся вытеснить их (например, во Франции, Испании, по прошествии десятилетия со времени принятия конституций). Сюда же относится интересный феномен поведения так называемых интеллектуалов, которые, будучи у власти, защищали конституцию, а потеряв ее, стали выступать против (феномен, показанный в литературе о венгерской и польской интеллигенции, писавшей о «преданной революции» в период их отстранения от власти и последующих конституционных преобразований).

Для решения вопроса о том, следует или нет менять действующую конституцию России, в данный момент необходимо взвесить не только и не столько юридические аспекты проблемы, сколько чисто политические и психологические. В современной России нет политических сил, способных противостоять наметившейся экспансии исполнительной власти. Все альтернативные центры влияния, и ранее являвшиеся слабыми, окончательно потеряли способность оппонировать власти: региональные элиты оказались отодвинуты от власти (в результате создания федеральных округов); парламент в лице двух его палат, до последнего времени представлявший конфронтационный центр, полностью контролируется исполнительной властью через президентское большинство (и новый порядок формирования верхней палаты); политические партии утратили свою роль (новый закон о политических партиях, некоторые нормы которого как будто взяты из аналогичного закона Турции или государств направляемой демократии Латинской Америки), став системными и контролируемыми; средства массовой информации – прямо или косвенно потеряли независимость. Судебная система, как считают ее исследователи, также вписывается в единую властную вертикаль (некоторые наблюдатели констатируют фактическое ограничение независимости судей и используют историческое понятие «судебная контрреформа»). Конституционный суд демонстрирует лояльность всем действиям власти, отказавшись оппонировать президентским указам о реформировании федерализма и судебной системы. Различные группы внутри государственного аппарата выстраиваются по иерархии близости к центру власти. Внешний контроль, разумеется, сохраняется (например, в виде приоритета норм международного права над национальным, принятия Россией так называемых «европейских стандартов» правовой системы и необходимости учитывать прецеденты решений Европейского суда в качестве источника национального права), но он (как полагают в том числе некоторые западные наблюдатели) может быть уменьшен путем контроля над средствами массовой информации и рядом неписаных договоренностей с ведущими лидерами западных стран, основанных на их желании в поддержании стабильности и совместном участии во внешнеполитических союзах. Эта корректировка конституционных норм существенно меняет функционирование конституции, делая ее более авторитарной. Возникает вопрос об оценке этого в перспективе будущего.

Есть серьезные основания полагать, что формирующаяся центристская система направляемой демократии выражает некоторые объективные тенденции развития российского общества, соответствует ситуации и исторической традиции. Она, как показывает исторический опыт, может дать определенный прогресс в стабилизации и продвижении в социальных реформах. Негативные следствия системы также очевидны: растущая инерционная стабильность, отделение власти от общества и, в конечном счете, возможность блокирования самого курса реформ. Как всякая система нестабильного конституционализма она является феноменом переходного периода и может получать различные модификации и правовые интерпретации в будущем. Отсюда ответ на поставленный вопрос: 1) изменение конституции de facto приходится принимать как объективный факт (уже свершившийся); 2) изменение конституции de jure в нынешних условиях крайне нежелательно, поскольку страна рискует потерять и те демократические завоевания, которые в ней закреплены; 3) целесообразно сохранить, по возможности, текст Конституции 1993 г., осознавая даже, что он все менее соответствует реальности. Рассматривать его как определенную декларацию, которая в будущем может быть наполнена новым демократическим содержанием при сохранении легитимности. Могут сказать, что это напрасная попытка сохранить форму без реального содержания. Пусть так, это все же лучше, чем юридически зафиксировать новое содержание.

Дух российских законов: от плебисцитарной демократии к демократическому цезаризму. Специфика конституционных процессов в нестабильных демократиях особенно четко представлена в России. Понятие нестабильных демократий используется применительно к странам современного мира, где инфраструктура гражданского общества является не результатом длительного исторического процесса, но создается сознательными усилиями власти путем направленной политики права. Для нестабильных демократий повсюду в мире характерно наличие особых диспропорций и противоречий, разрешение которых является важной задачей конституционализма. Объективные противоречия переходного периода – между демократией и либеральным конституционализмом, федерализмом и унитаризмом, декларированными правами личности и жесткой моделью власти.

Распад тоталитарных и авторитарных режимов сам по себе еще не порождает гражданского общества и правового государства (как представляется в условиях эйфории начала переходного процесса). Напротив, резкий переход от систем с жесткой иерархией к демократии (понимаемой исключительно как реальное равенство) часто оказывается деструктивным фактором для судеб либеральных реформ. Демократия (правление большинства) и конституционализм (правовые ограничения этого большинства и правительства) вступают в переходный период не только как нетождественные явления, но могут перейти в резкий конфликт. Одной из форм проявления таких конфликтов становятся (в России и других странах Восточной Европы) противоречия парламента (который идет на популистские шаги ради широкой социальной поддержки) и главы государства (который вынужден проводить непопулярные экономические и политические реформы). Другая проблема – конфликт тенденций развития федерализма (которые в условиях демократического перехода часто оказываются связаны с национальным сепаратизмом) и унитаризма (связанного с объективной необходимостью централизации власти и управления в условиях кризиса и нестабильной демократии). Третья – между декларированными (в конституции) правами личности и трудностью их реальной защиты в переходный период (когда многие институты демократии еще не действуют или действуют неадекватно).

В ходе решения этих проблем проявляется конфликт права и эффективности, нормы и реальности. Он может быть разрешен в пользу права, в пользу реальности или в рамках некоторого синтеза старых и новых норм. За конституционными революциями поэтому следуют периоды конституционных контрреволюций или реконституционализации (которая означает возврат к правовым нормам, действовавшим до введения новой конституции). Таким образом, в результате трудностей конституционализма в неподготовленном обществе (где нет массовой поддержки конституции, отсутствует доступ масс к политическому процессу, политика концентрируется в элитных группах, конституционные нормы не защищены судами, нет адекватной административной реформы) очень вероятна возможность конституционной ретрадиционализации, осуществляемой одним из прямых или косвенных способов, показанных выше.

Стабильность демократического перехода связана в связи с этим не только с принятием конституции, но и созданием системы гарантий от возврата назад – ретрадиционализации. Это предполагает создание на основании конституции того социального консенсуса, которого не было до ее принятия. В литературе о переходных периодах эта ситуация определяется как консоциативная демократия, выработка некоторого метаправа – своего рода общественного договора о признании базовых принципов демократии и конституционализма. Понятие метаправа было введено для тех регионов мира, где существует разрыв между позитивным правом и представлением о справедливости. Оно означает наличие социального консенсуса в отношении ценностей и принципов конституции, своего рода прототип формирующегося гражданского общества – общественный договор молчаливого большинства, на основе которого могут предприниматься содержательные политические инициативы, признаваемые гражданами. Важнейшая причина победы стратегии конституционной революции и состояла в отсутствии этого метаправа, т. е. расколе общества в представлении о том, каким оно должно быть. Этот раскол имел разные параметры, отражающие трудность достижения такого единства в обществе, разделенном по идеологическому, национальному, конфессиональному и иным параметрам, действие которых обострялось усиливающимся разрывом центра и периферии,

масс и элитных групп (бюрократии, мощного военно-промышленного комплекса, централизованной экономики и репрессивных структур). В свою очередь, возможность достижения этой цели определяется в конечном счете культурно– историческими традициями, а также психологическими, политическими и институциональными факторами. В целом – возможностью осуществления метаполитики (или широкой политики права в ее понимании старыми русскими юристами), направленной на реализацию содержательной программы политических реформ.

В связи с этим для России продолжает быть актуальна интернациональная дискуссия о том, какие форма правления и тип режима лучше соответствуют задачам проведения политики демократической консолидации общества. Недостаточным оказался исключительно правовой подход Он обращен к чисто нормативистскому анализу российской конституции, игнорируя внеконституционные факторы социального и политического свойства. Совершенно справедливо усмотрев в российской конституции очевидные черты сходства и элементы заимствований из западных, данный подход не объясняет, почему эти элементы работают в российской среде иным образом, рассматривает происходящую борьбу как столкновение и перекрестное влияние различных иностранных ориентиров, в то время как речь шла о включении в действие механизма отбора тех норм и институтов, которые действительно способны эффективно функционировать в российской ситуации. С другой стороны, трудности иного рода возникали в результате приложения к этой ситуации теоретических моделей, полученных на ином эмпирическом материале. При обсуждении договорной модели переходного периода был сделан вывод о большей перспективности парламентской (или смешанной) формы правления перед президентской. Обращение с этих позиций (источником которых являлся сравнительный анализ переходных моделей в Южной Европе и Латинской Америке) к Восточной Европе и особенно России приводило исследователей к выводу о неадекватности российской президентской конституции.

Критики российской конституции, однако, не показали, какова может быть реальная альтернатива в исключительной ситуации перехода от номинального конституционализма к реальному. Дело в том, что в переходном обществе подобного типа (где отсутствует не только правовая система, но и вся инфраструктура демократии – федерализм, общественные организации, партии, группы интересов) проблема заключается скорее в самоидентификации и артикуляции различных интересов, чем в выборе между слабой и сильной моделями президентства. Если в странах Латинской Америки демократический переход осуществлялся под контролем армии, то в России его движущей силой становилась сама президентская власть.

В этой ситуации наиболее перспективным оказывался путь позитивного анализа нестабильного и меняющегося взаимодействия правовых норм и политических институтов. Именно он позволил раскрыть логику перехода от номинального конституционализма к реальному через особую переходную фазу, которую можно идентифицировать как мнимый конституционализм. Внимательное изучение этого феномена позволило констатировать, что он является практически универсальным для обществ переходного типа, может иметь разные исторические формы, а его политическим выражением являются различные типы конституционных отклонений и мутаций, ведущие к дисфункциям правовых норм. Это было показано, в частности, при анализе стратегий конституционных изменений. Опираясь на конституционные нормы, они тяготеют не к реальному парламентаризму и ответственному министерству, а к возвращению советской системы; не к реальному федерализму, а к сепаратизму; не к реальной президентской системе, а к разновидности мнимого конституционализма (принципат, консульство, пожизненное президентство). Однако на основании тех же норм конституции существует возможность развивать успешную демократическую консолидацию. Именно поэтому некоторые полагают, что на переходный период нужно не разделение властей, а сильное и просвещенное национальное лидерство. В этих условиях прямо избранный президент, который все более взаимодействует с парламентом и региональными правительствами и окружение которого разрешает конфликты в администрации, может быть единственной возможностью консолидации. Эта ситуация выражается понятием метаконституционной власти президента, которое объясняет специфику его социальной функции в российском обществе.

Российский политический режим переходного периода определяется как плебисцитарная демократия. Плебисцитарная демократия – исторически концепция демократии как непосредственного участия народа в государственном управлении посредством всеобщих и прямых выборов в парламент. В основе определения лежало сходство данного типа выборов с плебисцитом по важнейшим политическим и конституционным вопросам. Переход от цензовой парламентской демократии к плебисцитарной означал резкое усиление популизма и роли политических партий, призванных выражать настроения политических масс в парламенте. Данный процесс, реализовавшийся в странах Европы к началу XX в., вел к дестабилизации самого парламентаризма и сложившихся форм правового государства, поскольку предоставлял массам, не обладавшим политической культурой, реальные возможности участия в принятии политических решений. Этим объясняется критика плебисцитарной демократии, поиск коррективов ей в виде, например, концепции рационализированного парламентаризма и сильной президентской власти.

В странах со смешанной формой правления (как Веймарская Германия и голлистская Франция) режим плебисцитарной демократии позволял совместить демократическую легитимность системы и существование сильного национального лидерства – президента, способного выражать народную волю через голову парламента и политических партий. Именно в этом видели его основное преимущество такие либеральные мыслители, как М. Вебер и М. Дебре. Они не исключали (а возможно, и предвидели) ситуации, когда сильная президентская власть окажется способной ограничить действие либеральных институтов для осуществления непопулярных, но необходимых реформ. Основным способом обеспечения подобного харизматического статуса президента становились плебисциты или их эквивалент в виде референдумов (теория которых разрабатывалась такими мыслителями, как Карре де Мальберг или Р. Капитан специально как институт легитимации главы государства). Режим плебисцитарной демократии, историческим прототипом которого принято считать бонапартизм, получал более или менее либеральную трактовку в разных странах (от авторитарных режимов Южной Европы до голлизма и перонизма). Везде, однако, он имел сходные исторические функции, позволяя осуществить демократическую легитимацию авторитарной модернизации.

В России предпосылки для появления режима подобного типа возникли лишь в постсоветский период. Еще в ходе жесткого противостояния союзного и российского центров власти важную роль сыграл факт первых прямых выборов российского президента. В дальнейшем практика референдумов способствовала укреплению и легитимации его власти в условиях конституционного кризиса. В Конституции 1993 г. был заложен механизм использования референдумов и в дальнейшем – она наделяла президента прерогативой по назначению референдума (п. «в» ст. 84). Прерогативы президента по назначению референдума были ограничены Федеральным конституционным законом, принятым Думой (он вступил в действие 10 октября 1995 г.), специально с целью ограничения главы государства в использовании референдума по формальным и материальным параметрам. На референдум не могут быть вынесены вопросы, ограничивающие фундаментальные права и гарантии их реализации, изменения установленных сроков выборов парламента и президента, досрочного прекращения или продления срока полномочий президента и обеих палат парламента. Возможно поэтому референдум не применялся после принятия Конституции в 1993 г.

Разумеется, российская модель плебисцитарной демократии отличается от французской: там президент может назначать референдум только по согласованию с премьер-министром, ответственным перед парламентом, здесь – нет; там действует конституционный обычай, что президент, проигравший референдум, уходит в отставку (хотя это правило со временем отменилось), здесь – нет. В нынешних условиях законодательство о референдуме может быть легко пересмотрено. Наконец, российский президент имеет возможность реализовать свою политику без референдума. Аналогом референдумов в плебисцитарном режиме могут служить выборы, определяющие направление политического курса страны. Плебисцитарная демократия быстро превращается в демократический цезаризм, который соответствует модели авторитарной модернизации и управляемой демократии.

Рассмотрение российской модели конституционных преобразований последнего периода

в сравнительной перспективе представляется важным для выяснения объективных параметров и трудностей переходного времени, характера формирующейся политической системы, определения перспективных тенденций. Он важен уже тем, что позволяет вписать российский конституционный процесс в контекст мирового конституционализма, интерпретировать его в рациональных терминах современной науки, прогнозировать следствия различных стратегий конституционных изменений. Целесообразно поставить конституцию в контекст радикальных социальных и политических реформ постсоветского общества. В связи с этим основное внимание было обращено на конфликтные спорные моменты, нуждающиеся как минимум в новом осмыслении. Этот анализ показал, что конституция, созданная в условиях кризиса, оказалась не только вполне адекватна задачам переходного периода, но и способствует общей легитимности демократического перехода в стране. Ясно, что даже самая хорошая конституция не может оградить общество от социальных проблем. Принятая в условиях отсутствия демократического процесса – парламента, партий, независимой судебной системы, конституция способствовала их институционализации. Даже неопределенность некоторых ее положений, связанная с отсутствием компромиссов, казалось, придает ей гибкости. Общая демократическая направленность конституции, разумеется, вступала в противоречие с авторитарностью российского президентства, однако именно этот институт был последовательным гарантом конституционализма и его защитником от многочисленных сторонников реставрации старой номинальной системы.

5. Динамика российского конституционализма в прошлом и настоящем

Развитие конституционализма – принципиальный элемент исторического процесса Нового и Новейшего времени. Понятие конституционализма имеет в современной литературе три смысла: во-первых, Основной закон государства и система публично-правовых актов, принятых в его развитие; во-вторых, система политических и публично-правовых институтов, формирование которых обеспечивает реализацию конституционных норм (верховенство права, народный суверенитет, разделение властей, парламент, независимый суд, контроль конституционности законов); в– третьих, социальное движение, имеющее целью создание гражданского общества, правового государства и закрепление этих принципов в основных законах государства и практике функционирования его институтов. Последнее понимание термина особенно актуально для стран, где (как в России) демократические учреждения находятся на стадии формирования (63).

Начав исследование абсолютизма, мы перешли к историческим сравнениям переходов от абсолютизма к конституционным монархиям; конституционализму, его периодичности, что привело к постановке проблемы динамики конституционализма в сравнительной перспективе. Сравнительный анализ абсолютизма, конституционных революций и конституционных реформ Нового и Новейшего времени позволяет обратиться к анализу российской специфики (64). Была систематически рассмотрена проблема Старого порядка и революции в России, выяснения специфики российских форм абсолютизма, логики трансформации сословного строя и цикличности перехода к конституционной демократии (65).

В отличие от других стран, где тема конституционализма и парламентаризма является классическим и магистральным направлением исследований, в России серьезное обращение к ней стало возможно лишь в последнее время. В науке имперского периода, в том числе историко-правового направления, обсуждение проблемы в академической литературе было затруднено в силу ограничений официальной монархической идеологии, а также отсутствия самого объекта исследования – действующей конституции. Основной вклад был сделан либеральной юридической мыслью начала XX в., которая рассматривала преимущественно теоретические аспекты конституционализма и была ориентирована на политическую практику данного периода (66). В постреволюционный период объективный анализ конституционализма оказался совершенно исключен в результате установления диктатуры и создания системы номинального конституционализма, фактически представлявшего собой отрицание конституции в общепринятом смысле слова. В результате образовалась историографическая лакуна, существование которой мешает двигаться вперед как в научных исследованиях

конституционализма, так и в его практической реализации. До сих пор сохраняются (в том числе в академических исследованиях) архаичные представления о суррогатном советском «конституционализме» и «парламентаризме», ведутся поиски особого российского пути к правовому государству, имеет место апология правового нигилизма или авторитарных тенденций российской государственности. Следствием этого становятся терминологическая неопределенность, трудности классификации, а также определения исторических рамок явления российского конституционализма. Это сделало целесообразным проведение систематического анализа российского конституционализма по трем направлениям: в сравнительной перспективе (как с классическими европейскими моделями, так и с переходными типами нестабильных демократий); в исторической длительности (от первых идей ограничения абсолютизма и конституционных проектов до развитых форм); и в контексте механизмов и технологий реализации.

Корпус источников исследований данного типа включает следующие их разновидности: законодательство (прежде всего основные законы – конституции, кодексы, правовые акты, регулирующие отношения собственности, власти, структуру и функции важнейших государственных институтов); материалы (в том числе делопроизводство) основных институтов, занимавшихся принятием конституционных законов (Учредительное Собрание, Государственная Дума, Государственный Совет, Совет Федерации), законодательным проектированием (от Уложенных комиссий XVIII в. и Законодательных комиссий XIX в. к материалам Юридического совещания при Временном правительстве или Главного Земельного Комитета и от них – к материалам Конституционного совещания, разрабатывавшего Конституцию 1993 г., а также современных центров законодательного проектирования); документы, отражающие содержание и направления судебного толкования основного законодательства и правоприменительную практику (например, разъяснения верховной власти, Сената, Конституционного суда); авторитетные мнения крупных теоретиков права (представленные, в частности, в трудах представителей юридической или государственной школы); политические и конституционные проекты, разрабатывавшиеся партиями, политическими институтами, группами лиц и отдельными индивидами, выражающие альтернативные концепции государственного устройства (причем независимо от того, оказали ли они реальное воздействие на позитивное право); наконец, та часть документов личного происхождения, которая отражает сравнительную конституционную проблематику, в частности, переписка деятелей и ученых (например, Б.Н. Чичерина и А. Тьера; С.А. Муромцева и Р. фон Иеринга; Б.А. Кистяковского и М. Вебера; Ф.Ф. Кокошкина и деятелей III Французской республики) (67). Информативна работа по реконструкции аграрных проектов, историко-социологический анализ которых позволил раскрыть эволюцию отношений собственности, государственного регулирования поземельных отношений, позиции социальных групп и административных институтов в ходе радикальных конституционных реформ.

В целом, реализуется реконструкция отношений общества и государства в рамках такого явления, как российский конституционализм: определение этапов его формально-юридического выражения; соотношение конституирующей и конституционной власти на разных этапах; определение социальных носителей конституционной идеологии – политических партий и элитных групп; авторов проектов и мыслителей, определивших направление дискуссий по данной теме.

Метод и структура подхода: теория конституционных циклов применительно к России. В основу нашего аналитического подхода был положен метод цикличности, суть которого изложена в начале данной главы. Метод цикличности широко представлен в естественных и гуманитарных науках (например, теория экономических циклов Н.Д. Кондратьева; социологические концепции П.А. Сорокина, теория смены цивилизаций А. Тойнби) (68). Однако до настоящего времени он занимал недостаточное место в социологических и историко– правовых исследованиях. Восполнение данного пробела представлено в нашей теории конституционных циклов.

Нами предложено следующее определение конституционного цикла. Цикл есть движение системы от одной стабильности к другой через ряд промежуточных стадий, которые характеризуются неполной стабильностью или ее утратой. Конституционный цикл – период

времени, в ходе которого в обществе через известные интервалы времени происходит смена основных состояний конституционного регулирования – от утраты старой конституции (Основного закона) – к принятию новой, а затем трансформации последней под влиянием реальности. Определяющую роль здесь играет социально-психологический компонент – укорененность в умах известных представлений и их последовательная смена под влиянием логики политического процесса. Движущей силой является конфликт правосознания общества и позитивного права. Типология циклов, разработанная на основе их сравнения в разных странах, включает следующие варианты: большие и малые циклы; полные и неполные; правильной формы и деформированные.

Механизм цикличности выражается в смене трех фаз – отказ от старого Основного закона (деконституционализация); принятие нового (конституционализация); процесс изменения новой конституции под воздействием изменившейся социальной реальности (реконституционализация). Россия представляет не линейную, но именно циклическую модель исторического развития конституционализма. Каждый цикл включает в себя фазу деконституционализации – подъем конституционализма нового типа (фаза завышенных политических ожиданий), фазу конституционализации или практической реализации конституционных принципов и выяснения их конфликтности с реальностью (начало политического разочарования) и, наконец, фазу перехода к реконституционализации – ограниченной демократии, а затем и к авторитаризму (при полной политической апатии общества), после чего циклы возобновляются вновь через известный промежуток времени.

Российская модель конституционализма, столь многим обязанная французской, также может интерпретироваться как циклическая, причем понимание специфики этой цикличности очень важно для объяснения перспектив ее развития. С одной стороны, конституционные циклы в России представляли собой объективное следствие движения к демократии и в этом смысле были отнюдь не эфемерным образованием. Как и в других странах, конфликт права (как нормативной системы) и его социальной эффективности составлял основу и определял содержание конституционной цикличности. С другой – общие особенности российского конституционализма не могли не сказаться на конфигурации российских циклов, продолжительности их отдельных фаз, а также интенсивности соответствующих изменений.

Эти особенности российского конституционализма понятны в широкой сравнительной перспективе: отсутствие социальных предпосылок для конституционализма в виде развитого гражданского общества и правового государства, с одной стороны, и наличие серьезных препятствий для него, традиционное сословное общество и система служилого государства – с другой; конфликт общества и государства, социальной и правовой модернизации как двух основных ее типов, а также постоянное принесение правовой модернизации в жертву социальной; конституционная отсталость страны; конституционная модернизация в качестве основного способа преодоления противоречия; радикальная конституционная революция как основной (и единственный) способ принятия новых конституций в ходе всех конституционных циклов.

Выраженная цикличность российской модели конституционного развития является отражением нестабильности правовой системы. Эта нестабильность проявляется в последовательной смене периодов деконституционализации, конституционализации и реконституционализации, причем каждый раз на основании новых идеологических принципов и соответствующих иностранных моделей. Эти конституционные революции, радикально отвергающие предшествующую модель (а часто и всю историческую традицию), не содержат конструктивных элементов обеспечения политико-правовой преемственности, что делает их конституционные достижения крайне непрочными. В результате не возникает стабильной конституционной традиции, которая обеспечивает преемственность и легитимность провозглашаемых прав, а также фундаментальных отношений собственности и власти, что в свою очередь тормозит конституционную модернизацию. Угроза новых конституционных кризисов и последующих реконституционализаций остается постоянным фактором российского общества, периодически приводя в действие механизм завершения очередного цикла авторитарной фазой.

Особенность российских циклов XVII–XX вв. состоит в их жестком содержании: совпадая

по формальным признакам (фазам развития), каждый из циклов стремится в то же время радикально отрицать предыдущий.

Три больших цикла российского конституционализма. В истории России можно выделить три больших конституционных цикла: цикл эпохи Смутного времени (начало XVII в.); цикл начала XX в. (1905–1918 гг.); цикл конца XX в. (1989–2006 гг.). Интерес для нас представляют. именно большие конституционные циклы, а не малые (в принципе, они вписываются в так называемый «закон маятника», представленный в российском контексте чередованием реформ и контрреформ на пути модернизации). Малые циклы отражают скорее формы саморегуляции политической системы, которые могут иметь внешнее сходство при различном качественном наполнении. Большие циклы, напротив, гораздо более информативны для раскрытия содержательных, качественных параметров конституционализма. Большой конституционный цикл может охватывать различный период времени, но непременно включает три основные фазы (некоторые из них могут быть только обозначены, в то время как другие получают гипертрофированное выражение).

Первый цикл эпохи Смутного времени (начало XVII в.) отражает процесс генезиса конституционных форм и определяется понятием протоконституционализма (в виде так называемого «аристократического конституционализма», известного также странам Западной Европы). Однако в нем, тем не менее, уже можно различить три основных фазы. Первая фаза: кризис легитимности политической системы, связанный с прекращением династии (самозванчество как проявление этой тенденции). Политическим выражением кризиса является конфликт боярства с царским самодержавием, восходящий к началу процесса централизации власти и установлению самодержавия в России. Теоретическим выражением спора о форме правления становится осуждение боярством тирании Ивана Грозного, причем аргументы сторон напоминают те, которые выдвигались монархомахами в Западной Европе периода религиозных войн. Борис Годунов стал царем путем избрания, но не пошел на ограничение своей власти (не дал боярам ограничительной записи). В этом – источник конфликта с боярством и основная политическая причина начала Смуты. Вторая фаза: попытки ограничения монархической власти договором в пользу Земского Собора и Боярской Думы (договор бояр с В. Шуйским 1606 г. и королевичем Владиславом в 1610 г.). «Впервые в Московском государстве появляется проект (договор) ограничения царской власти», – констатировал В.О. Ключевский (69). Третья фаза (реконституционализация): Земский Собор 1613 г., выборы нового царя и новой династии, развитие политической системы от сословно-представительной монархии в сторону абсолютизма и его окончательное утверждение в ходе преобразований государственного строя Петра Великого в первой четверти XVIII в.

Второй из российских больших циклов (пик которого приходится на 1905–1918 гг.) связан с переходом от абсолютизма к республике. Он включает фактически два больших периода (которые также могут интерпретироваться как циклы), первый из которых характеризуется переходом от самодержавия к конституционной монархии дуалистического типа, а второй – от данного специфического режима (определяемого как мнимый конституционализм) к демократической республике с последующим установлением режима, номинального конституционализма (однопартийной диктатуры). Рассматривая данный (второй) конституционный цикл как единое целое, можно четко выделить три основных фазы. Первая фаза (деконституционализация) отражается кризисом легитимности абсолютной монархии (самодержавного строя). Необходимость перехода от абсолютизма к правовому государству стала осознаваться еще в XVIII в. (проекты верховников 1730 г.), и особенно в XIX и начале XX вв. (в проектах политических и конституционных преобразований, в частности, проектах Основных законов, разработанных либерально– конституционным движением в 1904 г.), но реально эта проблема была поставлена лишь на переломном этапе первой русской революции. На этом этапе в результате конституционной революции 1905–1907 гг. начинается переход от абсолютизма к дуалистической монархии (70). Вторая фаза (конституционализация) связана с поиском оптимальной формы правления в условиях нарастающего системного кризиса: она включает непоследовательное правовое оформление конституционной монархии дуалистического типа (Манифест 17 октября 1905 г. и Основные законы Российской империи в редакции 1906 г.), быстро трансформировавшейся в режим мнимого конституционализма, а

затем (в результате февральской революции 1917 г.) к республике, поиск юридического оформления которой должен был завершиться с созывом Конституанты (Учредительного собрания) для принятия Основного закона (1917 – начало 1918 гг.) (71). Третья фаза (реконституционализация) представляет собой отказ (с насильственным роспуском Учредительного собрания) от предшествующей модели конституционализма, узурпацию власти и установление режима номинального конституционализма (1918–1989 гг.). На этой фазе (которая продолжалась фактически на всем протяжении существования советского номинального конституционализма) конфликт либерального конституционного права и социальной эффективности был снят с помощью принесения права в жертву абстрактным утопическим принципам фактического равенства и социальной справедливости (они рассматривались массами как гарантии социальной значимости и эффективности правовых норм). Все это достигалось с помощью искусной подмены реального рационального конституционного права номинальным, единственной подлинной социальной функцией которого становилось камуфлирование политической реальности (советские конституции 1918, 1924, 1936 и 1977 гг.). Кроме того, третья фаза второго конституционного цикла может быть определена как реконституционализация лишь с большой долей условности, поскольку возвращала ситуацию к доконституционным порядкам, реально восстанавливая социальные институты и практику российского традиционного общества (систему принудительного труда и неограниченного государственного контроля).

Третий конституционный цикл (1989–2006 гг.) связан с растущим осознанием бесперспективности модели номинального конституционализма и однопартийной диктатуры, особенно в период так называемого «застоя», появлением альтернативной политической культуры (правозащитное движение). Он начал реально развиваться с конца 1980-х гг. и завершается в настоящее время. Особенность данного (третьего) цикла состояла в том, что он (как и два предшествующих) был деформирован распадом государства. В этом цикле прослеживаются также три основные фазы: деконституционализация – кризис легитимности советской модели номинального конституционализма в союзном масштабе в 1989–1991 гг., а затем в российском – в 1991–1993 гг. (72); конституционализация – принятие новой Конституции 12 декабря 1993 г. в результате конституционной революции (73), а в настоящее время, особенно после 2000 г., стали проявляться признаки третьей фазы – реконституционализации. На этой фазе мы стали свидетелями трудного поиска соотношения новых конституционных норм (отчасти заимствованных извне, отчасти соответствующих предшествующим российским традициям) и изменившейся социальной реальности. В связи с этим сохраняет актуальность вопрос: что представляет собой третья фаза современного конституционного цикла и может ли этот цикл, как и предшествующие, закончиться воссозданием авторитарной модели в одной из возможных многочисленных модификаций? Некоторые тенденции развития российской политической системы новейшего времени делают такое завершение третьего конституционного цикла весьма вероятным (74).

Механизмы действия российских конституционных циклов. Сравнение трех конституционных революций – XVII, начала и конца XX в. позволяет констатировать их структурное сходство.

Во-первых, по побудительным мотивам и началу возникновения можно констатировать структурное сходство трех кризисов, в основе которых лежал конфликт легитимности и законности (существующее конституционное устройство отбрасывается во имя изменившихся представлений общества или его части о социальной справедливости).

Содержание конфликта в первом случае определялось поиском легитимного носителя власти; во втором – стремлением либерализма противопоставить прежней легитимности самодержавия (принцип монархического суверенитета) новую (принцип народного суверенитета), а ключевым предметом споров стала интерпретация прерогатив монарха в Основных законах в редакции 1906 г. и модель конституционного устройства, выносимая на Учредительное собрание. В третьем случае конфликт легитимности и законности также выступал как движущая сила конституционного кризиса, выражавшегося в противопоставлении утратившей легитимность советской правовой системы новой, основанной на демократической легитимности (ключевой предмет споров – судьба ст. 6 Конституции 1977 г. о руководящей

роли партии, наследовавшей в этом смысле самодержавию, и прерогативы президента как гаранта конституции).

Во-вторых, по логике разворачивания все они проходят три фазы (напоминающие гегелевскую спираль) и завершаются (возможно, за исключением последнего цикла) не менее радикальной реконституционализацией, возвращающей ситуацию к доконституционным порядкам (что закладывает основу для следующего разрушительного цикла). В ходе трех конституционных революций данный переход имел не линейный, но циклический характер, включая отказ от существующей правовой системы, введение новой (демократической) конституции, наконец, последующее согласование ее с реальностью, которое во многом вело к восстановлению дореволюционных порядков (если не формально-юридически, то фактически).

В-третьих, они сходны по своему политическому выражению (конституционная революция, а не конституционная реформа, т. е. такое изменение действующего Основного закона, которое не опирается на его нормы, в результате чего каждый раз происходит разрыв правовой преемственности). Обращает на себя внимание сходство общей динамики конституционных кризисов в России XVII–XX в. В первом случае речь шла о переходе от одной концепции самодержавия к другой (от тирании к легитимной монархии), в двух других – о переходе от системы абсолютизма (монархического в первом случае и однопартийного во втором) к политической демократии в ее современном понимании (система, признающая верховенство прав человека, правовое государство, разделение властей).

В-четвертых, на пике всех больших циклов ставится под вопрос сохранение единства государства (распад и восстановление во всех трех случаях). В результате ослабления политической власти усиливаются центробежные тенденции. В ходе конфликта дебатируются различные модели соотношения центра и регионов – конфедерации, федерации, автономизации, различных вариантов деволюции и местного самоуправления. В конечном счете, однако, доминирующей оказывается такая модель, которая позволяет восстановить реальный контроль центра (в виде возвращения к унитаризму, квази-федерализму или выстраивания единой властной вертикали). Специфика процессов децентрализации: в первых двух случаях они сопровождались внешней интервенцией, в последнем – имели спонтанный характер.

В-пятых, существует сходство институциональных параметров конфликта: он включает противостояние между законодательной и исполнительной властью, так называемое двоевластие (непрочный баланс сил) и последующее разрешение в пользу одной из ветвей власти (всегда – исполнительной). Достаточно проанализировать с этой точки зрения разворачивание конституционного кризиса 1993 г. Сразу после ликвидации однопартийной системы и провозглашения конституционных принципов демократии, прав человека и разделения властей начинает формироваться двоевластие, происходит кристаллизация двух полярных центров власти – Верховного Совета и Президента. Конституционная легитимность (опора на действующее позитивное право) являлась серьезным аргументом противников усиления президентской власти и основанием требований ее ограничения. В этих условиях сформировался конфликт двух типов легитимности – парламентской и президентской. Он типологически очень сходен с конфликтом между легитимным Временным правительством и большевиками, опиравшимися на суррогатные органы представительства (советы), а еще ранее – конфликтом Думы и монарха в начале XX в. Это наблюдение может быть продолжено указанием на сходство роспуска Верховного Совета президентом в 1993 г., роспуска Учредительного собрания большевиками и роспуска Государственной Думы П.А. Столыпиным (так называемый «государственный переворот») с последующим изменением структуры основного законодательства в пользу исполнительной власти. В период Смуты двоевластие было представлено конфликтом монарха и боярской аристократии (стремившейся ограничить его власть с помощью Земского собора и Боярской Думы). В результате подобных конфликтов двоевластие разрешается в конечном счете в пользу исполнительной власти – монарха, диктатора, президента.

В-шестых, определенное типологическое сходство переходных политических режимов, возникающих в ходе трех конституционных революций и их идеологии. В первом случае это сословно-представительная монархия, эволюционирующая в абсолютизм. Во втором –

дуалистический режим в форме конституционной монархии, тяготеющий к юридическому и реальному перевесу исполнительной власти над законодательной. Эта неустойчивая форма при переходе к республике быстро уступает место однопартийной диктатуре, являющейся фактической реставрацией абсолютизма. В третьем – это формально также дуалистический режим с уникальной формой правления (прямых аналогов которой не существует) с выраженным перевесом президентской власти. Современная модель сверхпрезидентской республики типологически выступает как историческое продолжение предшествующих форм абсолютизма, сословно-представительной монархии и, особенно, монархического конституционализма, возникших в результате предшествующих конституционных революций. В обоих случаях (1905 и 1993 г.) глава государства является гарантом конституции, он наделен не только исполнительной, но и существенной законодательной властью (указы с силой закона). И в том, и в другом существует сфера конституционной неопределенности, позволяющая интерпретировать так называемые «спящие полномочия» главы государства в пользу широкой трактовки административных прерогатив исполнительной власти. Наконец, в обоих случаях конструкция разделения властей не исключает ее трактовки в направлении мнимого конституционализма.

В-седьмых, констатируем поразительное сходство по продолжительности развития российских циклов (10–15 лет в активной форме).

Каждый из циклов имеет свою телеологию, задаваемую всем предшествующим развитием и логикой конституционного кризиса, породившего его к жизни. Первый цикл имел целью противопоставить нелегитимной монархии – легитимную; второй – противопоставить абсолютизму конституционное государство – народное представительство в форме конституционной монархии или республики. Он заключался в стремлении преодолеть дуализм права и правосознания путем создания демократических институтов, но завершился введением номинального конституционализма (который фиксировал элементы правосознания архаичных крестьянских масс, но сделал конституционализм фикцией). Третий определялся стремлением к переходу от номинального советского конституционализма к реальному. Таким образом, по своим объективным задачам третий цикл ближе к либеральному этапу конституционной трансформации, чем к этапу завершения второго цикла, отрицанием которого изначально являлся. Все предшествующие циклы развивались совершенно спонтанно, осуществлялись с разрывом правовой преемственности и обладали сходством на завершающей стадии реконституционализации, представленной авторитарным режимом и конституционным застоем, в недрах которого готовилась конституционная революция, открывавшая следующий цикл.

Практическое значение концепции. Представленная концепция конституционных циклов имеет универсальное значение, раскрывая соотношение позитивного конституционного права с меняющимися правовыми ожиданиями общества. Особенно актуально ее применение при изучении движения от авторитаризма к демократии в обществах переходного типа. Конституционализм обеспечивает ресурсы, позволяющие переходным обществам двигаться от авторитаризма к демократии, сохраняя при этом параметры социальной и политической стабильности. Однако эволюционистские и линейные концепции такого перехода не отражают его трудностей, возможности разрывов (подчас длительных), отклонений и прямого регресса (в виде мнимого и номинального конституционализма).

Рассмотренный подход имеет следующие преимущества: он позволяет, во-первых, на доказательном уровне реализовать сравнительный подход, в частности, определить, в какой степени классическая модель западной демократии и конституционализма может быть эффективно реализована в других регионах мира. Данная концепция очерчивает различные подходы к конституционализму в политической мысли и на практике, в разные периоды, показывая, как смещался баланс между авторитаризмом и либерализмом. Этим она открывает возможности стадиальных асинхронных сравнений по разным странам.

Во-вторых, анализ российского конституционализма проводится на всем протяжении его исторического существования. Это позволяет понять динамику конституционализма, объективные трудности его реализации, причины повторяемости основных моделей и форм их реализации. В частности, решить, в какой степени новые институты эффективны при решении

проблемы традиционного общества; как возможно практически использовать объективные различия между формально-правовой и реальной (социологической) характеристикой традиционных институтов; в какой мере целесообразно сохранить разделение социальных и технологических (или инструментальных) параметров реформы. Подчеркивается важность конституционных процессов для обществ, находящихся в ситуации перехода, и представляется обоснованным вывод, что посткоммунистические конституционные преобразования в России еще далеки от завершения.

В-третьих, появляется возможность раскрыть механизмы цикличности и, соответственно, предложить стратегии конституционных реформ на разных стадиях процесса. Речь идет о создании такой конституционной инженерии, которая включала бы ряд рассмотренных констант – историческая традиция (историческая справедливость, легитимность новых установлений); позитивное право (как выражение конфликтной динамики преобразований); технологии реализации законодательства. В частности, удается показать связь конституционализма с разработкой стратегии и осуществлением принципиальных реформ на современном этапе – конституционной, федеративной, земельной, административной, судебной.

Прогностическая функция концепции представляется чрезвычайно актуальной, поскольку дает возможность избежать ошибок прошлого и реализовать систему социальных амортизаторов, смягчающих деструктивные последствия будущих конституционных циклов. Например, констатировавшееся сходство заключительной фазы ряда предшествующих конституционных циклов ставит проблему альтернативности демократии и авторитаризма в более широкий сравнительно-исторический контекст.

Заключение

Существуют три основных параметра социологии права – теория, конструирование моделей и технологии реализации права в обществе. Первое направление – теория и методология исследований – включает: определение социального содержания и функций юридического феномена, места правовой системы в обществе; отношения юридической системы к другим социальным подсистемам – политической, экономической, культурной; организационный и функциональный анализ норм и юридических институтов; социального и юридического обмена. Сюда входят отношение права с социальным и политическим контролем; процессы социализации; отношения юридической системы с социальной системой; разграничение основных политико-правовых идеологий; проблемы взаимного влияния различных правовых систем.

Социология права формулирует различие между позитивным правом и правовым идеалом. В этой перспективе мы рассмотрели, как решают вопрос политико-правовые идеологии современности – консерватизм, либерализм, социализм, коммунизм и анархизм, национализм, фундаментализм и новейшие течения. Они противостоят друг другу по линии отношения к праву в условиях острых социальных конфликтов, предлагая в сущности три вектора – сохранение status quo, его изменения с разрушением правовой основы и такого изменения, которое сохраняет правовые инструменты. Сквозные темы теоретического подхода: теории права (юснатурализм, юспозитивизм и юридический реализм); легитимность и законность правовых институтов; правовой монизм и правовой плюрализм (в частности, правовой дуализм) как выражение кризиса легитимности; направления и виды изменения и толкования права как способы разрешения конфликта. Теоретические аспекты объяснения права включают такие понятия, как норма и реальность, плюрализм правовых систем, возможности различных интерпретаций действующего права. В центре всегда – социальные функции права (такие как социальная интеграция и социальный контроль, разбор и разрешение конфликтов, социальная организация, легитимация социальной власти).

Второе направление социологии права – конструктивистское: оно находит выражение в конструировании моделей, выражающих устойчивые отношения права и социальной реальности, установление которых позволяет активно использовать правовую норму для

трансформации этой реальности. В этом контексте в книге рассмотрены конфликтные параметры правового регулирования, выражающиеся понятием кризиса права, правового дуализма, конфликта легитимности и законности.

Прежде всего в сфере анализа – социальные параметры правового института собственности – владения, пользования и распоряжения имуществом, его функционирования в обществе – необходимость консенсуса (который возможен лишь при опоре на известные договорные представления) и необходимость быстрого реагирования на ситуацию, которое не всегда возможно в жестких рамках договора, национализация и приватизация, демонополизация собственности, с одной стороны, и поиск добросовестного собственника, с другой; социальная ответственность государства и возможность правового контроля над ним; разрешение экономических споров и трансформация судебной системы; провозглашение независимости бизнеса и сохранение постоянного административного прессинга на него. Было показано, в частности, каким образом переход к новому гражданскому и земельному законодательству нашел выражение в идеологических и политических разногласиях, которые в свою очередь определили масштаб и рамки достигнутых договоренностей. В целом – данное направление включает объяснение социальных параметров правового феномена.

Другим универсальным проявлением социального конфликта становится круг проблем, связанных с криминологическим анализом преступления и наказания, в частности – поиск социологической теории, объясняющей различные типы девиантного и делинквентного поведения, а также воздействие наказания на явление преступности. Конструируя модели преступного поведения, социология права (и криминология) в сущности ставит своей целью создание адекватного механизма защиты общества от деструктивных явлений и поиск адекватных правовых инструментов для такой защиты. В рамках социологической теории преступления становится возможным переосмысление такого устойчивого социального явления, как правовой нигилизм, его исторические корни и функционирование в переходном обществе (включая такие его разновидности, как политический экстремизм и терроризм). Центральная проблема этой части работы: при каких обстоятельствах отдельные проявления делинквентного и криминального поведения получают системный характер и ниспровергают всю существующую систему позитивного права? Иначе говоря, когда преступление становится источником нового права? Выясняется значение категории спроса на право и отказа от него как индикатора степени развития гражданского общества.

Наконец, пример конструкций, объясняющих динамику процессов, – конструирование моделей правовых трансформаций, связанных с модернизацией или ретрадиционализацией правовых институтов. В книге представлена теория конституционных циклов, интерпретирующая динамику смены основных фаз конституционного регулирования (деконституционализации, конституционализации и реконституционализации). Изучение механизмов правовой модернизации связано с введением двух моделей – договорной модели перехода (конституционная реформа) и модели разрыва правовой преемственности (конституционная революция). Последняя анализируется в рамках концепции конституционных переворотов, которая позволяет в свою очередь выстроить ряд моделей неправового изменения основных законов. Ключевым институтом, определяющим вектор конституционной модернизации, является конституционное правосудие, которое анализируется не только как судебный, но и как политический институт в системе разделения властей, причем становится важным социологический анализ параметров его функционирования. В книге показано, каким образом нейтрализм или активизм институтов контроля конституционности в толковании основного законодательства ведут к установлению определенной политической позиции, формирование которой является принципиальным объектом изучения с позиций социологии права.

Третье направление социологии права – разработка технологий изменения правовой системы в рамках публичной политики. Данное направление опирается на выводы социологической теории права и разработанные модели правовых институтов и процессов с целью практического использования: почему один институт в различных обществах функционирует не одинаково или, напротив, различные институты выполняют сходные функции; возможно ли прямое заимствование иностранных институтов в действующее

позитивное право или они будут отторгнуты социальной средой;

каковы составляющие рационального поведения в данной социальной и культурной среде, как действовать, чтобы добиться эффективной реализации норм.

Тем не менее, технологический подход имеет свою специфику. Она заключается в прагматическом описании механизмов и создании инструкций по их применению. Проблема может не иметь однозначного теоретического решения (как, например, вопрос введения частной собственности на землю), но получить прагматическое (или технологическое) решение исходя из потребностей общества данного времени, страны, региона. С этой точки зрения – важен анализ взаимодействия социальных приоритетов, институтов, правовых норм, поведения и его мотивов, различных стратегий достижения целей.

Особые технологии реализации правовых и административных реформ необходимы, очевидно, в традиционных и архаичных обществах, как это было показано в разделах о реформировании гражданского права, аграрных реформах, а также подходах юридической антропологии, когда необходимо учитывать не только рациональное содержание реформ, но и параметры, связанные с адаптацией новых институтов (эта адаптация заставляет иногда отказываться от понятия целерациональной ориентации, поскольку условием эффективного функционирования является принятие нововведений населением).

Поскольку задача может иметь не одну, а несколько составляющих, важно включить в поле зрения достижения отдельных разделов юридической социологии (социология договорного права, трудового права, семейного права, уголовного права, социология преступности в рамках криминологии). Разработка на этой основе структуры и алгоритмов реализации публичной политики должна включать исследование всех участников юридических отношений – лиц или групп, прямо или косвенно вовлеченных в процесс производства, истолкования, применения и осуществления права (например, судей, адвокатов, нотариусов, законодателей, политических функционеров, арбитров и посредников в социальных спорах).

Сюда входит социологический анализ интерпретации и применения права: поведение участников юридического процесса (особенно – судей); институциональный и функциональный анализ администрации правосудия; социологический анализ проблемы доступа к правосудию, неформальных механизмов разрешения конфликтов (посредничество, арбитраж, международные переговоры); анализ альтернативных и негосударственных механизмов разрешения конфликтов в перспективе юридического плюрализма; «альтернативное использование» права и юридическая система как инструмент политической интерпретации норм со стороны судей; антропологические наблюдения об организации правосудия; фактические обстоятельства, оказывающие влияние на принятие судебных решений; соотношение юстиции с уголовным судопроизводством и пенитенциарной системой; социологический анализ юриспруденции.

Создание нового права (конституций, кодексов или законов) – есть всегда результат применения определенных технологий, хотя сам факт этого применения не всегда является осознанным. Раскрыть эти технологии – значит объяснить социальную логику функционирования права и, следовательно, подчеркнуть возможность осознанного выбора оптимальной стратегии преобразования права.

Примечания

Введение

1. Классические труды: Вебер М. Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990; Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение. М.: Канон, 1995; Шмитт К. Политическая теология. М: Канон, 2000; Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Правоведение, 2000; Weber M. Rechtssoziologie (Kap.VII), in: Wirtschaft und Gesellschaft. 2. Halbbd., Tubingen (1. Auflage 1922, 5. revid. Auflage 1976). S. 387–513; Weber M. Rechtssoziologie, hg. Von J. Winckelmann. Berlin, 1967; Jellinek G. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Julius Springer, 1921; Erlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge,

Mass.: Harvard Univ. Press, 1936; Kelsen H. Reine Rechtslehre. Zweite neubearb. und erweiterte Auflage. Wien: Franz Deuticke, 1960; Carre de Malberg R. Contribution a la theorie generale de l'Etat. P.: Sirey, 1920– 1922. T. 1–2; Schmitt C. Politische Romantik. Berlin: Duncker und Humblot, 1968; Timascheff N.S. An Introduction to the Sociology of Law. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1939; Gurvitch G. Sociology of Law. N.Y.: Philosophical Library, 1942. Подробнее: Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Hrsg. von M. Stolleis. Munchen: Beck, 2001.

2. Важнейшие труды по проблеме соотношения теорий естественного права, позитивизма и реализма: Theory of Legal Science. Boston: Reidel, 1984; Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press, 1961; Fuller L. Anatomy of Law. N.Y.: Praeger, 1968; Rawls J. A Theory of Justice. Cambridge: Harward Univ. Press, 1971; Dworkin R. Law's Empire. L.: Fontana/Cambridge Mass.: Harvard Univ. Press, 1986; MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford University Press, 1978; Raz J. The Authority of Law. Oxford: Clarendon Press, 1979; Bobbio N. Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Milano: Comunita, 1977; Habermas J. Faktizitat und Geltung. Frankfurt am Main, 1992; Troper M. Pour une theorie juridique de l'Etat. P.: PUF, 1994; Curso de teoria del derecho (Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernandez, Rafael de Asis con la colaboration de Maria Jose Farinas, Angel Llamas, Javier Ansuategui, Jesus P. Rodriguez, Jose Maria Sauca). Madrid: Marcial Pons, 1999.

3. Дискуссия о предмете и границах социологии права представлна в работах: Holms O.W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10; Pound R. The Call for a Realist Jurisprudence // Harvard Law Review. 1931. Vol. 44 (5); Pound R. Sociology of Law and Sociological Jurisprudence // The University of Toronto Law Journal. 1943. Vol. 5 (1); Llewellin K. N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step // Columbia Law Review. 1930. Vol. 30 (4); Timasheff N.S. The Sociological Place of Law // The American Journal of Sociology. 1938. Vol. 44 (2); Black D. The Boundaries of Legal Sociology //The Yale Law Journal. 1972. Vol. 81. См. также рассмотрение вопроса с позиций социологической теории: Селзник Ф. Социология права // Социология сегодня. Проблемы и перспективы. М.: Прогресс, 1965; Мейхью Л. Социология права // Американская социология. Перспективы, проблемы, методы. М., Прогресс, 1972; Мертон Р. Явные и латентные функции // Американская социологическая мысль. М.: МГУ, 1994.

4. Вклад русской школы в социологию права отражен в следующих переизданных трудах: Ковалевский М.М. Социология. Современные социологи. СПб.: Алетейя, 1997. Т. 1–2; Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М.: Пресса, 1991; Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Правоведение, 2000; Острогорский М.Я. Демократия и политические партии. М.: РОССПЭН, 1997; Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб.: РХГИ, 1998; Сорокин П.А. Система социологии. М.: Наука, 1993. Т. 1–2; Тимашев Н.С. Развитие социологии права и ее сфера // Беккер Г., Босков А. Современная социологическая теория. М.: Иностранная литература, 1961; Подробнее: Медушевский А.Н. История русской социологии. М.: Высшая школа, 1993; Он же: Л.И. Петражицкий и кризис права начала XX века // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 3 (56); Общественная мысль России XVIII – начала XX века: Энциклопедия. М.: РОССПЭН, 2005.

5. Современные подходы представлены в следующих изданиях: Aubert V. Sociology of Law: Selected Readings. Penguin, 1969; Hunt A. The Sociological Movement in Law. L.: Macmillan, 1978; Luhmann N. Rechtssoziologie. Opladen: Reinbek, 1983. Bd. 1–2; Teubner G. Recht als autopoietisches System. Frankfurt am Main, 1989; Cappelletti M. Le pouvoir des juges. R: Economica, 1990; Rehbinder M. Rechtssoziologie. Berlin, 1993; Theoretische Perspektiven rechtssoziologischer und kriminologischer Forschung. Hrsg. von A.K. Bora. Frankfurt am Main, 1994; Raiser T. Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland. Baden-Baden, 1995; Treves R. Sociologie du droit. P.: PUF, 1995; Carbonnier J. Sociologie juridique. P.: PUF, 1994. ArnaudA-J., Farinas Dulce M.J. Systemas juridicos: elementos para un analisis sociologico. Madrid, 1996; Vanderlinden J. Anthropologie juridique. P.: Dalloz, 1996; Burtch B. Sociology of Law. Toronto: Thomson, 2003.

6. Теоретические труды автора данной книги: Медушевский А.Н. Сравнительное конституционное право и политические институты. М.: ГУ-ВШЭ, 2002; Он же: Теория конституционных циклов. М.: ГУ-ВШЭ, 2005; Он же: Russian Constitutionalism. Historical and Contemporary Development. L.; N.Y.: Routledge, 2006.

Глава 1. Легитимность и законность: политико– правовые идеологии современности

1. Тойнби А. Дж. Постижение истории. М.: Прогресс, 1991.
2. Bracher K.D. Zeit der Ideologien. Eine Geschichte politischen Denkens im 20. Jahrhundert. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1982.
3. Contemporary Europe. Ed. By R. Sakwa and A. Stevens. N.Y.: 2000; Медушевский А.Н. Европейская интеграция: механизмы взаимодействия // Вестник Европы. 2006. Т. XVII.
4. Destutt de Tracy A. L. Elements dTdeologie. P., 1801–1815.Vol. 1–4.
5. Religion Revolutionnaire // Dictionnaire Critique de la Revolution Francaise. Institutions et Creations. P.: Flammarion, 1992. P. 311–328.
6. Гегель Г. Политические произведения. М.: Наука, 1978.
7. Маркс К., Энгельс Ф. Немецкая идеология // Соч. Т. 3. С. 12.
8. Энгельс Ф. Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии // Соч. Т. 21.
9. Энгельс Ф. Письмо Ф.Мерингу 14 июля 1893 // Соч. Т. 39.
10. Aron R. L'Opium des intellectuelles. P.: CalmannLevy, 1955.
11. Mannheim K. Ideology and Utopia. Introduction to the Sociology of Knowledge. L.: Routledge and Kegan Paul LTD, 1949. P. 131.
12. Op. cit. P. 197.
13. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М.: Медиум, 1995. С. 201–202.
14. Deutsch K.W. Politics and Government. How People Decide Their Fate. Boston: Houghton Mifflin Company, 1974. P. 10.
15. Levi-Strauss K. Le Totemisme aujourd'hui. P., 1962.
16. Debray R. Critique de la raison politique. P.: Gallimard, 1981.
17. Острогорский М.Я. Демократия и политические партии. М.: РОССПЭН, 1997.
18. Brinton C. The Anatomy of Revolution. N.Y.: Prentice-Hill. P. 37–38.
19. Koselleck R. (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Stuttgart, 1982; Nipperdey T. Deutsche Geschichte 1800–1866. Burgerwelt und starker Staat. Miinchen, 1983; Deutsche Geschichte 1866–1918. Munchen, 1990.
20. Koselleck R. Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der burgerlichen Welt. Frankfurt am Main, 1973.
21. Habermas J. Structurwandel der Offentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bUrgerlichen Gesellschaft. Darmstadt: Liichterhand, 1976. S. 211–212.
22. Michels R. Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Democratie. Untersuchungen uber die oligarchischen Tendenzen des Gruppen-lebens. Stuttgart, 1989.
23. Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение. М.: Канон, 1995.
24. Fromm E. Escape from Freedom. N.Y.: Holt, Rinehart and Winston, 1947.
25. Walzer M. The Revolution of the Saints. A Study in the Origins of Radical Politics. L.: Weidenfeld and Nicolson, 1966. P. 302.
26. Cassirer E. Die Philosophie der Aufklarung. Tubingen, 1932; Meinecke F. Die Idee der Staatsrason in der neueren Geschichte. Munchen, 1960; Эти идеи просветителей отражены в статьях: «Философ», «Критика» и «Литераторы» // Философия в Энциклопедии Дидро и Даламбера. М.: Наука, 1994.
27. Tocqueville A. L'Ancien regime et la revolution. P.: Gallimard, 1964.
28. Их анализ: Медушевский А. Конституционные кризисы в обществах переходного типа // Вопросы философии. 1999. № 12; Он же: Сравнительное конституционное право и политические институты. М.: ГУ-ВШЭ, 2002.
29. Beyme K.Von. Die politischen Theorien der Gegenwart. MUnchen, 1984; Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart / Lieber H.J. (Hg.). Munchen: Olzog, 1991.
30. Nisbet R. Conservatism // A History of Sociological Analysis. Ed. by T.Bottomore andR.Nisbet. L.: Heinemann, 1978. P. 80–117.
31. Popper K. The Poverty of Historicism. L., 1957.

32. Rousseau J. – J. Du contrat social ou principes du droit politique. P.: Flammarion, 1992. P. 29.

33. Современный консерватизм. М., 1992; Консерватизм в России // Социологические исследования. 1993. № 1; Консерватизм и либерализм: сходства и различия в стратегии и тактике // Путь. 1995. № 7. С. 297–301.

34. Mitchell L.G. Introduction // Burke E. Reflections on the Revolution in France // The Writings and Speeches of Edmund Burke. Vol. VIII (The French Revolution. 1790–1794). Oxford: Clarendon Press, 1989. P. 1–51.

35. Unamuno M. Del sentimiento tragico de la vida. M.: Akal, 1983.

36. Burke E. Reflections on the Revolution in France //The Writings and Speeches of Edmund Burke. Vol. VIII (The French Revolution. 1790–1794). Oxford, Clarendon Press, 1989. P. 53–293. P. 94, 219.

37. De Maistre J. Considerations sur la France. Essai sur le Principe generateur des Constitutions politiques. Preface du Comte B. de Vesins. P.: Librairie Nationale, 1907. P. 95.

38. De Maistre J. De la Souverainete du people. Un anti-contrat social. P.: PUF, 1992. P. 190.

39. Bonald L. Theorie du pouvoir politique et religieux dans la societe civile. Bruxelles, Gerant, De Mat, 1845 // Oeuvres de M. De Bonald. T. III. P. 222.

40. Франсуа Рене де Шатобриан. Замогильные записки. М.: Изд-во им. Сабашниковых, 1995. С. 69, 71, 94, 126–127, 177–178, 268–269, 329, 333, 445, 536.

41. Chateaubriand Francois Rene de. De Bonaparte, des Bourbons, et de la Necessite de se rallier a nos princes legitimes pour la bonheur de la France et celui de l'Europe // Chateaubriand F. Grands ecrits politiques. Presentation et notes J. -P.Clement. P., 1993. T. 1. P. 67.

42. Chateaubriand F. Reflexions politiques // Chateaubriand F. Grands ecrits politiques. T. 1. P. 191–196. P. 161.

43. Алексеев А.С. Возникновение конституций в монархических государствах континентальной Европы XIX столетия. Французская конституционная хартия 1814 г. М., 1914.

44. Guizot F. Du Gouvernement representatif et de l'etat actuel de la France. P., 1816.

45. Chateaubriand F.R. De la monarchic selon la Charte. Le Roi, la Charte et les honnetes gens. September 1816 // Grands ecrits politiques. T. 1. P. 309.

46. Chateaubriand F.R. De la Monarchic. P. 333.

47. De Lolme J.L. Constitution de l'Angleterre. P.: Chez Barde, Manget et Compagnie, 1679. T. 1. P. 68–69.

48. Chateaubriand F. R. De la Monarchic. P. 325–328, 342.

49. De Maistre J. Oeuvres completes. P., 1884– 1887. Vol. VIII.

50. Берлин И. Жозеф де Местр и истоки фашизма. Философия свободы. Европа. М.: Новое литературное обозрение. 2001. С. 231, 298.

51. Donoso Cortes J. Lecciones de Derecho Politica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. P. 6, 23–26, 54.

52. Schmitt C. Donoso Cortes in gesamteuropaischen Interpretation. Koln: Greven Verlag, 1950. S. 66.

53. Новгородцев П. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии. М., 1896 (новое изд. М., 1999).

54. Stahl Friedrich Julius. Die Philosophie des Rechts. Heidelberg, 1830– 37. Bd. 1–3; Stahl F.J. Das monarchische Princip. Heidelberg, 1845.

55. Stein L. v. System der Staatswissenschaften. Stuttgart-Augsburg, 1852– 1856. Bd. 1–2.

56. Friedrich M. Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft. Berlin: Duncker und Humblot, 1997.

57. Hintze O. Gesammelte Abhandlungen zur Allgemeinen Verfassungsge-schichte. Gottingen, 1962.

58. Schmitt C. Die Diktatur. Berlin, 1921.

59. Schmitt C. Politische Romantik. Munchen, 1919.

60. Schmitt C. Verfassungslehre. Berlin, 1970; Ottmann H. Carl Schmitt // Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts. Hrsg. Von K. Ballestrem und H. Ottmann. Munchen, Oldenburg,

1990. S. 61–87.

61. Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: российский конституционализм в сравнительной перспективе. М.: РОССПЭН, 1998.

62. Русский либерализм: исторические судьбы и перспективы / Под ред. В.В. Шелохаева. М.: РОССПЭН, 1999.

63. Hayek F.A. von. The Road to Serfdom. L.: 1943.

64. Liberalismus // Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Stuttgart, 1982. Bd. 3; Liberalismus. Koln, 1976; Constitutionalism. N.Y., 1979.

65. Locke J. Two Treatises of Government. Cambridge: Univ. Press, 2002; Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М.: Весь мир, 2000.

66. Bentham's Political Thought. L.: Croom Helm, 1973.

67. Mill J.S. On Liberty and Other Writings. Cambridge: University Press, 2000.

68. Naumann F. Werke. Politische Schriften. Hrsg. von T. Schieder. Duusseldorf, 1966.

69. Tomas y Valiente F. Manual de Historia del Derecho Espafiol. Madrid: Tecnos, 1997.

70. Montesquieu Ch. De l'Esprit des lois. P.: Flammarion, 1979. Vol. 1–2.

71. Carnot L. Revolution et mathematique. P.: L'Herne, 1984. P. 228.

72. Condorcet J.A.C. de. Essai sur la Constitution et les functions des Assamblees provincials // Sur les elections et autres textes. P.: Fayard, 1986. P. 357.

73. Олар А. Политическая история Французской революции. Происхождение и развитие демократии и республики (1789–1804). М., 1902.

74. Sieyes E. Qu'est-ce que le Tiers Etat? Pref. de J.D. Bredin. P.: Flammarion, 1988. P. 31–32.

75. Sieyes E. Qu'est-ce que le Tiers Etat? P. 65. См. также: P. 53–54, 112–113, 127–128, 135– 136.

76. Barnave A. De la Revolution et de la Constitution. Pref. de F.Furet. P.: Press Universitaires de Grenoble, 1988.

77. Barnave A. De la Revolution et de la Constitution. P. 164, а также: P. 102, 117.

78. Constant B. Ecrits politiques. Textes choisis, presentes et annotes par M.Gauchet. P.: Gallimar, 1997.

79. Bastid P. Benjamin Constant et sa doctrine. P.: Armand Colin, 1966. T. 2. P. 900–921.0

80. Madame de Stael. Des Circonstances Actuelles qui peuvent terminer la Revolution et des principes qui doivent fonder la republique en France. Edition critique par L.Omacini. P.–Geneve: Librairie Droz, 1979. P. 160–165.

81. Rosanvallon P. Le moment Guizot. P.: Gallimard, 1985. P. 13–14.

82. Токвиль А. Демократия в Америке. М.: Прогресс, 1992.

83. Сравнение взглядов Пушкина и Токвиля на демократию представлено в кн.: Россия и мировая цивилизация. М.: ИРИ РАН, 2000. С. 465– 480; См. также: Алексис де Токвиль. Социология государства и права // Социологические исследования. 2005. № 10.

84. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998.

85. Bagehot W. The English Constitution. Cambridge: Univ. Press, 2001.

86. Милль Д.С. Представительное правление. СПб.: Посев, 1907.

87. Mohl Robert v. Politische Schriften. Eine Auswahl, hrsg. von K.v.Beyme. Koln, 1966; Mohl R. Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. Erlangen 1855– 1858. 3 Bde. (Reprint Graz 1960).

88. Rotteck K. v./ Welcker C. Das Staats-Lexikon, Enzyklopaedie der samtlichen Staatswissenschaften fur alle Stande, 15 Bde., Altona 1835/43, 2 Aufl. 1845/48 (Reprint Frankfurt am Main, 1990).

89. Подробнее об этих германских юристах: Juristen. Ein biographisches Lexikon. Munchen, Beck, 2001.

90. Гумбольдт К.В. Опыт установления пределов государственной деятельности. СПб.: 1908.

91. Модели общественного переустройства России. М.: РОССПЭН, 2004.

92. Weber M. Politik als Beruf // Gesammelte Politische Schriften. Tubingen, 1958. S. 909–960.

Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. Koln, 1964.

93. Острогорский М.Я. Демократия и политические партии. М.: РОССПЭН, 1997; Michels R. Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Democratic Untersuchungen uber die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens. Stuttgart, 1989.

94. Duverger M. La monarchic republicaine, ou comment les democraties se donnent des roi. P.: Robert Laffont, 1974.

95. Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925; Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. Neudruck der zweiten umgearbeiteten Auflage von 1929, Aalen 1963.

96. Мангейм К. Диагноз нашего времени. М., 1994.

97. Arendt H. The Origin of Totalitarianism. N.Y., 1951.

98. Vollrath E. Hanna Arendt // Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts. Hrsg. Von K. Ballestrem und H. Ottmann. Munchen, Oldenburg, 1990. S. 13–32.

99. Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. L.: Macmillan and Co., 1931.

100. Ortega y Gasset J. La Rebellion de las masas. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

101. Smend R. Verfassung und Verfassungsrecht. Munchen, 1928.

102. Schumpeter J.A. Capitalism, Socialism and Democracy. N.Y., 1942.

103. Кейнс Дж. М. Избранные произведения. М., 1993.

104. Rostow W.W. The Process of Economic Growth. N.Y., 1952; Rostow W.W. The Stages of Economic Growth. A Non Communist Manifesto. Cambridge, 1960.

105. Бьюкенен Дж. М. Сочинения. М.: ТаурусАльфа, 1997.

106. Leibholz G Strukturprobleme der modemen Demokratie. Karlsruhe, 1958.

107. Dahl R. Poliarchy: Participation and Opposition. New Haven and L., 1971; Даль Р. Введение в экономическую демократию. М.: 1991.

108. Aron R. Memoires. P.: Julliard, 1983.

109. Сахаров А.Д. Размышления о прогрессе, мирном сосуществовании и интеллектуальной свободе // Тревога и надежда. М.: Интер-Вер-со, 1991. С. 11–47.

ПО. Strauss Leo. Natural Right and History. Chicago: Univ. Press, 1953.

111. Rawls J. A Theory of Justice. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 1971.

112. Dworkin A. Taking Rights Seriously. New Impression with Reply to Critics. L.: Duckworth, 1977.

113. Dahrendorf R. Fragmente eines neuen Liberalismus. Stuttgart, Deutsches Verlagsanstalt, 1987.

114. Гидденс Э. Социология. М.: УРСС, 1999.

115. Европейский Альманах за 2001 г. История. Традиция. Культура. М., 2002.

116. Маркс К. Критика Готской программы // Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. 19. С. 1–32.

117. Ленин В.И. ПСС. Т. 36. С. 65.

118. Essential Works of Socialism. Ed. by I. Howe. New Haven and L.: Yale Univ. Press, 1976.

119. Арон Р. Этапы развития социологической мысли. М.: Прогресс, 1993.

120. Медушевский А.Н. История русской социологии. М.: Высшая школа, 1993.

121. Ballerstrem K. Das politische Denken des Marxismus // Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts. Hrsg. Von K. Ballestrem und H. Ottmann. Munchen, Oldenburg, 1990. S. 147–177.

122. Schumpeter J.A. The Communist Manifesto in Sociology and economics // Essays. Cambridge (Mass.), 1951. P. 292.

123. Arendt H. Between Past and Future. Six Exercises in Political Thought. N. -Y., The Viking Press, 1961. P. 24–25.

124. Марксизм как социология (Дарендорф, Гидденс, Липсет): Dahrendorf R. Der modeme soziale Konflikt. Munchen, 1992.

125. Берлин И. Цит. соч. С. 369, 391.

126. Бернштейн Э. Возможен ли научный социализм? М., 1991; Жорес Ж. Социалистическая история французской революции. М.: Прогресс, 1977. Т. 1–6.

127. Бауэр О. Национальный вопрос и социал– демократия. М.: Книга, 1918.

128. Гильфердинг Р. Финансовый капитал. Новейшая фаза в развитии капитализма. М.-Л.: Гос. соц.-эк. изд., 1931.

129. Именно эта проблема не позволила достичь единства. См.: Международная социалистическая конференция. Объединенное заседание Исполкомов Трех Интернационалов. Стенографический отчет. М., 1922.

130. Диктатура пролетариата // Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 165–167.

131. Плеханов Г.В. Централизм или бонапартизм? // Возвращение публицистики. 1900–1917. М., 1991.

132. Тоталитаризм в Европе XX века. Из истории идеологий, движений, режимов и их преодоления. М., 1996.

133. Bottomore T. Marxism and Sociology // A History of Sociological Analysis. L.: Heinemann, 1978. P. 118–148.

134. Ленин В.И. Что делать? Наболевшие вопросы нашего движения // ПСС. Т. 6.

135. Serge V. Vie et mort de Trotsky. P.: Amiot et Dmont, 1951. P. 27.

136. Дойчер И. Троцкий: изгнанный пророк. М.: Центрполиграф, 2006.

137. Бухарин Н.И. Избранные произведения. М.: Экономика, 1990.

138. Kolakowski L. Hauptstramungen des Marxismus. Entstehung. Entwicklung. Zerfall. Munchen-Zurich, R. Piper und Co. Verlag, 1981. Bd. 1. S. 478.

139. Об этих дискуссиях: Отечественная политология: итоги XX века // Политическая наука. 2001. № 1. С. 107–181.

140. Оруэлл Дж. 1984. М.: ДЭМ, 1989.

141. Кестлер А. Слепящая тьма. М., 1995.

142. Archives de Prefecture de Police (Cabinet de Prefet). К 3. Досье на А.Кестлера за 1939 и 1946 гг.

143. Burnham J. The Machiavellians. Defenders of Freedom. N.Y., 1943.

144. Джилас М. Лицо тоталитаризма. М.: Новости, 1992.

145. Wittfogel К. – A. Oriental Despotism. A Comparative Study of Total Power. New Haven, London, 1957.

146. Malaparte C. Technique du Coup d'Etat. P.: Bernard Grasset, 1966 (1992).

147. Nolte E. Die Kriese des liberalen Systems und die faschistischen Bewegungen. Munchen, 1968; Звезда и свастика: Большевизм и русский фашизм / Под ред. СВ. Кулешова. М., 1994.

148. Поппер К. Открытое общество и его враги. М.: Культурная инициатива, 1992. Т. 1–2.

149. Furet F. Le passe d'une illusion. Essai sur l'idee communiste au XX-e siecle. P.: R. Laffont, 1995. P. 99.

150. Kolakowski L. Hauptstramungen des Marxismus. Entstehung. Entwicklung. Zerfall. Munchen-Zurich, R. Piper und Co. Verlag, 1981. Bd. 1–3. Barrow C.W. Critical theories of the state: Marxist, neo-Marxist, post-Marxist. Madison (Wis.): Univ. of Wisconsin press, 1993.

151. Реклю Э. Избранные сочинения. М., 1921; Прудон П.Ж. Что такое собственность? СПб., 1907; Кропоткин П.А. Современная наука и анархия. М.: Правда, 1990.

152. Hobsbsbawm E. The Age of Revolution: 1789– 1848. N.Y.: World, 1962.

153. Бакунин М.А. Государственность и анархия. Борьба двух партий в интернациональном обществе рабочих // Бакунин М.А. Философия, социология, политика. М.: Правда, 1989; Archives Bakounine. Leiden, 1971. Vol. IV (M.Bakounine et ses relations avec S.Necaev. 1870–1872).

154. Carr E. The Romantic Exiles. A Nineteenth Century Portrait Gallery. Boston: Beacon Press, 1961.

155. Лебон Г. Психология масс. М.: Харвест, 2000.

156. Moscovici S. L'Age des foules. Un traite historique de psychologie des masses. Bruxelles: Edition Complexe, 1991.

157. Сорокин П.А. Дальняя дорога. М.: Терра, 1992.

158. Мельгунов СП. Красный террор в России. 1918–1923. М.: Постскриптум, 1990.

159. Карр Э. Большевистская революция. 1917– 1923. М.: Прогресс, 1990.

160. Errico Malatesta: His Life and Ideas. L., 1965.

161. Ellul J. De la revolution aux revokes. P.: CalmannLevy, 1972; Woddis J. New Theories of Revolution. N.Y.: International Publishers, 1972; Lenk K. Theorien der Revolution. Munchen, 1981.

162. Эйзенштадт Ш. Революция и преобразование обществ. Сравнительное изучение цивилизаций. М.: Аспект-Пресс, 1999.

163. Общественная мысль России XVIII–XX вв. Энциклопедия. М.: РОССПЭН, 2005.

164. Nation // Dictionnaire Critique de la Revolution Frangaise. Idees. P.: Flammarion, 1992. P. 339–357.

165. Doyle W. Origins of the French Revolution. N.Y.: Oxford Univ. Press, 1980.

166. Albert-Sorel J. La revolution frangaise et la formation de l'Europe moderne. P.: Payot, 1965. P. 275.

167. Гегель Г. В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990.

168. Nolte E. Der Faschismus in seiner Epoche. Action Franchise, Italienischer Faschismus, Nationalsocialismus. Munchen, 1963; Theorien uber den Faschismus. Koln, 1967; Laqueur W. Fascism. Past, Present, Future. N.Y.: Oxford University Press, 1996.

169. Bracher K.D. Die deutsche Diktatur. Entstehung, Structur, Folgen des Nationalsozialismus. Frankfurt am Main: Ullstein, 1979.

170. Talmon J.L. The Myth of the Nation and the Vision of Revolution. The Origins of Ideological Polarisation in the Twentieth Century. L.: Seeker and Warburg, 1981.

171. Laquer W. Der Weg zum Staat Israel. Geschichte des Zionismus. Wien, 1975.

172. Preuss U. Revolution, Fortschritt, und Verfassung. Berlin, 1990.

173. Ye-Lin Cheng R. The First Revolution in China: A Theory. N.Y: Vintage Press, 1973. P. 63–66.

174. Bianko L. Les origins de la revolution Chinoise, 1915–1949. P.: Gallimard, 1967.

175. Akamatsu P. Meiji-1868. Revolution et contrerevolution au Japon. P.: Calmann-Levy, 1968.

176. Japan in Transition. From Tokugawa to Maiji. Ed. by M.B. Jonsen and G Rozman. Princeton Univ. Press, 1986. P. 10–13.

177. Modem Japan. Aspects of History, Literature and Society. Ed. by W.G Beasly. L.: Allen and Unwin LTD, 1975. P. 15–17.

178. Knight A. The Mexican Revolution. Cambridge: Univ. Press, 1987. Vol. 1–2.

179. Nunes A. Les Revolutions du Mexique. P.: Rammarion, 1975. P. 152–155.

180. De Soto H. The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Nowhere Else. N.Y., 2000.

181. Peron Juan D. Doctrina Peronista. Buenos Aires, 1949.

182. Vargas G La pensee politique de President Getulio Vargas. Classement systematique et traduction frangaise par H. Klinghoffer. Rio de Janeiro, 1942.

183. Macridis R. Contemporary Political Ideologies. Boston, 1986; Paul E. Sigmund. The Ideology of the developing Countries. N.Y., 1972.

184. The Ideologies of the Developing Nations. Ed. with an Introduction by RE. Sigmund. N.Y, 1963.

185. Муаммар Каддафи. Зеленая книга. М.: Международные отношения, 1989. С. 47, 56, 139.

186. Rodinson M. Muhammed et l'lslam d'aujourd'hui // L'Islam politique et croyance. P.: Fayard, 1993. P. 25–78.

187. Laroui A. Islam et modemite. P.: La Decouverte, 1986. P. 20–21, 81– 83.

188. Vatikiotis P.J. Islam and the State. L.: Billings and So ns Ltd., 1987. P. 50–51.

189. Khosrokhavar F. L'Utopie Sacrifiee. Sociologie de la revolution iranienne. P.: Presses de la Fondation Nationale de sciences politiques, 1993. P. 62–75; Achour Y.B. Politique, religion et droit dans le monde arabe. Tunis: Ceres Productions, 1992. P. 130–131.

190. Interpreting the political. New methodologies. Ed. by Terrell Carver and Matti Hyvarinen. L.; N.Y: Routledge, 1997.

191. Hoffe O. Demokratie im Zeitalter der Globalisierung. Munchen: Beck, 1999; Demokratiereform: Die Zukunft des politischen Systems. Wien, 1999.

192. Различные подходы к защите прав в эпоху терроризма: Law after Ground Zero. Ed. By J.Strawson. L.: The Glasshouse Press, 2002; Heymann Ph., Kayyem J. Protecting Liberty in an Age of Terror. Cambridge (Mass.): МГГ Press, 2005; Deflem M. Global Rule of Law or Global Rule of Law

Enforcement? The Annals of the American Academy of Political and Social Science. 2006. № 603. P. 240–252.

193. Дженис М., Кей Р., Бредли Э. Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии. М.: Права человека, 1997; Европейский суд по правам человека. Избранные решения. М.: Норма, 2000. Т. 1–2.

194. Toffler O. Future Shock. N.Y., 1970.

195. Touraine A. La Societe postindustrielle. P., 1969.

196. Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Frankfurt am Main, 1981. Bd. 1–2.

197. Greffe X. Societes Postindustrielles et Redeveloppment. P., 1992; Frenkel B. The Post-Industrial Utopians. Cambridge, 1987; Block F. Postindustrial Possibilities. Berkeley, 1990.

198. Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество, культура. М., 2001.

199. Экономика и общество в информационную эпоху // Экономический журнал Высшей школы экономики. М., 2001. Т. 5. № 1.

200. Вебер М. Избранное. Образ общества. М.: Юрист, 1994.

201. Staatsburgerschaft in Europa. Historische Erfahrungen und aktuelle Debatten. Hrsg. von Ch. Conrad und J. Kocka. Hamburg, 2001.

Глава 2. Социальные функции права: право и экономика

1. Муромцев СА. Очерки общей теории гражданского права. М., 1877; Анненков К. Система русского гражданского права. СПб.: М.М. Стасюлевич, 1894. Т. 1 (Введение и общая часть); Мейер Д.И. Русское гражданское право. 9-е изд. с испр. и дополн. А.Х. Гольмстена. СПб.: Н.К. Мартынов, 1910; Гольмстен А.Х. Юридические исследования и статьи. СПб., 1894; Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1908; Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Казань, 1910.

2. Кавелин К.Д. Русское Гражданское Уложение // Собр. соч. СПб., 1900. Т. 4; Коркунов Н.М. Значение Свода законов// Сб. статей Н.М. Коркунова: 1871– 1897. СПб.: Н.К. Мартынов, 1898; Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса: Экономическая типография, 1901; Богров Н.Л. Краткое пособие к изучению Свода Законов гражданских. М., 1908; Гуляев А.М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства, кассационной практики Правительствующего Сената и проекта Гражданского Уложения. СПб.: М.М. Стасюлевич, 1913.

3. Работы по теории и истории кодификации: Кавелин К.Д. Какое место занимает гражданское право в системе права вообще // Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн. 1. С. 80–114; Пахман СВ. История кодификации гражданского права. Т. 1–2. СПб., 1876; Пахман СВ. К вопросу о предмете и системе русского Гражданского Уложения // Журнал гражданского и уголовного права. 1882. Кн. 8. С. 193– 222; Сергеевич В.И. Задачи истории кодификации // Вестник Европы. СПб., 1876. Т. VI. № 11. С. 453–478; Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Казань, 1893. С. 186–187; Тур Н.А. О плане разработки Гражданского и Торгового уложений // Журнал Министерства Юстиции. 1897. № 3 (март). С. 1–18.

4. Лозина-Лозинский М.А. Кодификация законов по русскому государственному праву // Журнал Министерства Юстиции. 1897. № 4. С. 274–291; № 5. С. 106–173; Блосфельд Г.Э. «Законная сила» Свода законов в свете архивных данных // Журнал Министерства Юстиции. 1915. № 2, 3. С. 230.

5. Тельберг Г. Участие императора Николая I в кодификационной работе его царствования // Журнал Министерства Юстиции. 1916. № 1 (январь). С. 233–244.

6. Это показано в работах по истории кодификации права в России: Филиппов А. Значение Сперанского в истории русского законодательства первой половины XIX в. // Русская мысль. 1889. Кн. IV (год десятый). С. 1–21; Макаров А.Н. К истории кодификации основных законов // Журнал Министерства Юстиции. 1912. № 10 (декабрь). С. 222–278.

7. Коркунов Н.М. Значение Свода законов // Сб. статей Н.М. Коркунова: 1871–1897. СПб.: Н.К. Мартынов, 1898. С. 79, 95.

8. Коркунов Н.М. Сборник статей: 1877–1897. СПб.: Н.К. Мартынов, 1898. С. 106.

9. Медушевский А.Н. Проект Гражданского уложения Российской империи в сравнительном освещении // Цивилистические исследования. М.: Статут, 2006. Вып. 2.

10. Гражданское Уложение. Книга первая. Положения общие. Проект высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. С объяснениями. СПб.: Государственная типография, 1903; Гражданское Уложение. Книга вторая. Семейственное право. Проект высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. С объяснениями. СПб., 1902.

III. 655 с; Гражданское Уложение. Книга третья. Вотчинное право. Проект высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. СПб., 1904. 108 с; Гражданское Уложение. Книга четвертая. Наследственное право. Проект высочайше утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. Вторая редакция с пояснениями. СПб.: Государственная типография, 1905. XIII. 108 с; Гражданское Уложение. Проект высочайше утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. СПб., 1905. XI. 508 с.

11. Предметный указатель к проекту Гражданского Уложения (ред. 1905 г.). Сост. Е. Тягельский и В. Шадурский. СПб.: Сенатская типография, 1909. 63 с; Тур Н.А. О плане разработки Гражданского и Торгового уложений // Журнал Министерства Юстиции. 1897. № 3 (март). С. 1–18.

12. Французский гражданский кодекс 1804 года. С позднейшими изменениями до 1939 года. М.: Юриздат, 1941.

13. Sagnac Ph. La legislation civile de la Revolution frangaise (1789–1804). Essai d'histoire sociale. P.: Hachette, 1898; Code Civil // Dictionnaire Critique de la Revolution Frangaise. Institutions et Creations. P.: Flammarion, 1992. P. 133–152.

14. Naissance du Code Civil. La Raison du Legislateur. P., 1989.

15. Салейль Р. Французский гражданский кодекс и исторический метод. СПб.: Сенатская типография, 1905. С. 18, 22.

16. Карамзин Н.М. Записка о Древней и Новой России в ее политическом и гражданском отношениях. М.: Наука, 1991. С. 90.

17. Сперанский М.М. Проекты и записки. М.-Л.: РАН, 1961; Сперанский М.М. План государственного преобразования графа М.М. Сперанского. М.: Русская мысль, 1905. С. 338–339.

18. Середонин СМ. Граф М.М. Сперанский. Очерк государственной деятельности. СПб.: Общественная польза, 1909. С. 173.

19. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. Введение и часть общая. СПб., 1902. С. 141–148.

20. О влиянии французского гражданского кодекса на кодификацию в Испании см.: Tomas y Valiente F. Manual de Historia del Derecho Espanol. Madrid: Tecnos, 1997; Figueras Pamies M. La Escuela Juridica Catalana Frente a la Codificacion Espanola. Barcelona: Bosch, 1987.

21. Зарудный СИ. Гражданское Уложение Итальянского королевства и русские гражданские законы. Опыт сравнительного изучения системы законодательств. СПб.: Типография Второго Отделения Собственной ЕИВ Канцелярии, 1869; Влияние итальянской правовой традиции на российскую прослеживалось и в более ранний период: Зарудный СИ. Бекария «О преступлениях и наказаниях» в сравнении с главой X Наказа Екатерины П. СПб., 1902.

22. Gisalberti C. La codificazione del diritto in Italia 1865–1942. Roma: Laterza, 1985. P. 90.

23. См.: Изменение и консолидация рыночного законодательства в контексте российской судебной реформы: Научные материалы. М.: ИППП, 2004.

24. Общее гражданское Уложение Австрийской империи (1811 г.). СПб.: Типография Сената. 1885. VII. 421 с.

25. Wieacker F. Voraussetzungen europaischer Rechtskultur. Gottingen: GmbH und Co., 1985. S. 17.

26. Das Allgemeine biirgerliche Gesetzbuch vom 1 Juni 1811 Sammt den dazu erslossenen Nachtrage = Berordnungen und den iiber die Ginfuchrung dieses Gesetzbuches in Ungam, Kroatien, Slavonien, Serbien und Zemeser Banate und Sibenburgen getroffenen mit Rucksicht auf das praktische

Bediirfniss erlandert von Dr. Moriz von Stubenrauch. Wien: Verlag von Friedrich Manz, 1854– 1858. Bd. 1–3.

27. Lantze H. Die Eingliederung der osterreichischen Zivilrechtswissenschaft in die Deutsche Pandektenwissenschaft // Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848–1944). Hrsg. Von A. Csizmadia und K. Kovacs. Budapest: Akad. Kiado, 1970. S. 59–70.

28. John M. Politics and the Law in Late NineteenthCentury Germany. The Origins of the Civil Code. Oxford, 1989. P. 43.

29. Гражданское Уложение Германской империи. СПб.: Типография Сената (Приложение к Журналу Министерства Юстиции за 1898 г.). 1898. VIII. 505 с.

30. Zweigert K., Kotz H. Einfuhrung in die Rechtsvergleihung auf dem Gebiete des Privatrechts. Tubingen, 1984. Bd. 1–2.

31. Gierke O. Der Entwurf eines Burgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig, 1889.

32. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. М.: Иностр. лит., 1949.

33. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. СПб.: М.М. Стасюлевич, 1902. Т. 1. С. 169; Бернгефт Ф. Гражданское уложение Германской империи в процессе его образования. СПб.: Сенатская типография, 1910. С. 24; Колер И. Современное гражданское право Германии. СПб.: Сенатская типография, 1910. С. 51.

34. См.: Entwurf eines burgerlichen Gesetzbuchs fur das Konigreich Sachsen. Dresden: Konigl. Hoffbuchdrukkerei, 1852. Heft 1–2; Allgemeines Landrecht fur die Preussischen Staaten. Berlin: Bey George Jacob Decker und Sohn, Konigl Geh. Oberhofbuchdrucken, 1794. Bd. 1. Tail 2. Titel 6–10; Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch fur des Konigreich Baiem. Entwurf von 1808– 1809. Frankfurt am Main: Keip Verlag, 1986 (Zweites Buch. Von den Gutern, und den verschiedenen Formen des Eigentums).

35. Гражданское Уложение Цюрихского кантона. СПб.: Изд. Комиссии по составлению Гражданского Уложения, 1887. VIII, 458, X С.

36. Блунчли И.К. История общего государственного права и политики от XVI века по настоящее время. СПб.: Изд. О.П. Бакста, 1874. С. 359, 504.

37. Гражданские законы Калифорнии. В сравнительном изложении с законами Нью-Йорка и других Восточных штатов и с общим правом Англии и Северной Америки. Соч. К.И. Малышева. СПб.: К.Л. Риккер, 1906. Т. 1–3.

38. The Civil Code of the State of New-York, reported complete by the Commissioners of the Code, Alb. 1865.

39. Гражданские законы губерний царства Польского. Т. 1. Гражданское Уложение 1825 года и Положение о союзе брачном 1836 года. СПб.: Изд. Второго отдела Собственной ЕИВ Канцелярии, 1875. 273 с.

40. Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских испытал существенное влияние римского права. Подробнее: Нольде А.Э. Происхождение части текста действующего Свода гражданских узаконений губерний Прибалтийских. Таблица заимствований текста статей из литературы римского права и иностранных кодексов. СПб., 1912.

41. Общее Уложение и дополнительные к нему узаконения Финляндии. Новое издание на основании официальных шведско-финляндских источников К.И. Малышева. СПб., 1891. XX. 1004 с.

42. Jakubowski I. Pravo Rzymskie w projektach Kodyfikacyinych polskiego oswiecenia. Lodz, 1984. P. 118–120.

43. Borkowska-Badienska E. Zbior praw Sadowych Andrzeja Zamoyskiego. Poznan, 1986. P. 349–351.

44. Нольде А.Э. Очерки по истории кодификации местных гражданских законов при графе Сперанском. СПб.: Сенатская типография, 1906. Вып. 1. Попытка кодификации литовско-польского права. С. 198.

45. Нольде А.Э. Очерки по истории кодификации местных гражданских законов при графе Сперанском. СПб.: Сенатская типография, 1914. Вып. 2. Кодификация местного права прибалтийских губерний. С. 2.

46. Das schwedische Reichsgesetzbuch von 1734 (Sveriges Rikes Lag). Beitrage zur

Entstechungs– und Entwicklungs-geschichte einer vollstandigen Kodifikation. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1986.

47. Bjorne L. Das Gesetzbuch von 1734 und die finnische Privatrechts-wissenschaft im 19. Jahrhundert // Das schwedische Reichsgesetzbuch von 1734 (Sveriges Rikes Lag). Beitrage zur Entstechungs– und Entwicklungsgeschichte einer vollstandigen Kodifikation. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1986. S. 165.

48. Гражданские законы (Свод Законов. Т. X. Ч. 1) с разъяснением их по решениям Правительствующего Сената. СПб.: Типография Второго отдела Собственной ЕИВ Канцелярии, 1871. 5-е изд., доп. 619 с; Боровиковский А. Законы гражданские (Свод законов. Т. X. Ч. 1) по новому официальному изданию 1900 года. С объяснениями по решениям Гражданского Кассационного департамента и общих собраний его с уголовным, I и II Департаментами Правительствующего Сената. СПб.: А.С. Суворин, 1904. 11-е изд. II. 926 с.

49. Wortman R.S. The Development of a Russian Legal Consciousness. Chicago: Univ. Press, 1976. P. 287–288.

50. Скребицкий А. Крестьянское дело в царствование Александра II. Материалы для истории освобождения крестьян. По официальным источникам. Бонн на Рейне: Типография Ф.Крюгера, 1862– 1868. Т. 1–4.

51. Эта концепция генезиса правового дуализма в России зафиксирована современником реформ и собеседником ее ведущих представителей: Leroy-Beaulieu A. L'Empire des Tsars et les Russes. P.: Hachette, 1897. T. 1. P. 419–420.

52. Семенов-Тян-Шанский П.П. Эпоха освобождения крестьян в России (1857–1861). Т. 2. СПб., 1913. С. 37.

53. Мейер Д.И. Русское гражданское право. 9-е изд. с испр. и доп. А.Х. Гольмстена. СПб.: Н.К. Мартынов, 1910. С. 235–266.

54. Гражданское Уложение. Книга третья. Вотчинное право. Проект высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. СПб., 1904. Ст. 2.

55. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Вып. II. Вещное право. СПб., 1896. С. 15–16; 33–34.

56. Анненков К. Система русского гражданского права. СПб.: М.М. Стасюлевич, 1894. Т. 1. Введение и общая часть. С. 321.

57. Аграрный вопрос. Изд. П.Д. Долгорукова и П.И. Петрункевича. М., 1905. Т. 1–2; Кауфман А.А. Аграрный вопрос в России. М., 1912.

58. Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. М.: И.Н. Кушнерев, 1896. Ч. II. С. 189–191.

59. Кавелин К.Д. Крестьянский вопрос. Исследование о значении у нас крестьянского дела, причинах его упадка и мерах к поднятию сельского хозяйства и быта поселян. СПб.: М. Стасюлевич, 1882. С. 80.

60. Корнилов А.А. Реформа 19 февраля 1864 года в Царстве Польском // Великая реформа. Русское общество и крестьянский вопрос в прошлом и настоящем. М.: Изд-во И.Д. Сытина. Т. 5. С. 292.

61. Дювернуа Н. Значение римского права для русских юристов. Ярославль, 1872; Покровский И.А. История римского права. Пг., 1915.

62. Медушевский А. Стратегии решения аграрного вопроса в России // Отечественные Записки. 2004. № 1.

63. Вебер М. Аграрная история Древнего мира / Под ред. Д. Петрушевского. М., 2001. См. также переводы немецких работ: Дорн Л. Об узуфрукте по римскому праву. СПб., 1871; Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875; Моддерман В. Рецепция римского права. СПб., 1888; Сальковский К. Институции. Основы системы и истории римского гражданского права. Киев, 1910; Развернутый анализ категорий римского права был дан в кн.: Хвостов В.М. История римского права. М., 1919; См. также: Никольский Б.В. Система и текст XII Таблиц. Исследование по истории римского права. СПб., 1897; Пергамент М.Я. Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве. Одесса, 1899; Азаревич Д. Прекариум по римскому праву. Ярославль, 1877; Боголепов Н. Учебник истории римского права. М., 1895; Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения. М.: Юрид. лит.,

1989.

64. Ростовцев М.И. Колонат // Вебер М. Аграрная история древнего мира. М.: Канон, 2001. С. 469–490; Ростовцев М.И. Рождение Римской империи. Пг.: Огни, 1918.

65. Кавелин К.Д. Какое место занимает гражданское право в системе права вообще // Журнал гражданского и уголовного права. СПб., 1880. Кн. 1 (январь– февраль). С. 80–114; Пахман СВ. К вопросу о предмете и системе русского Гражданского Уложения // Журнал гражданского и уголовного права. СПб., 1882. Кн. 8 (ноябрь). С. 193–222; Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Казань: Типография Университета, 1893.

66. Сергеевич В.И. Древности русского права. СПб., 1911. Т. 3; Ключевский В.О. Право и факт в истории крестьянского вопроса // Соч. М., 1956. Т. 7; Ковалевский М.М. Общинное землевладение, причины, ход и последствия его разложения. М., 1879; Кареев Н.И. Поместье-государство и сословная монархия Средних веков. СПб., 1908; Лаппо-Данилевский А.С Очерк истории образования главнейших разрядов крестьянского населения в России // Крестьянский строй. СПб., 1905. Т. 1; Павлов-Сильванский Н.П. Закладничество-патронат. Акты о посадских людях-закладчиках. СПб., 1909.

67. Медушевский А.Н. Опыт Великих реформ. Технология демократических реформ в переходных обществах // Вестник Европы. 2003. Т. IX.

68. Гражданское Уложение. Книга четвертая. Наследственное право. Проект. Вторая редакция с пояснениями. СПб., 1905. С. 80.

69. Изменение и консолидация рыночного законодательства в контексте российской судебной реформы: Научные материалы. М.: ИППП, 2004; Изменение рыночного законодательства в контексте российской судебной реформы: Научные материалы. М.: ИППП, 2005.

70. Экономические реформы и правовое регулирование: политические альтернативы России // Социально-политические процессы и экономическое состояние России. Материалы научного семинара. М.: Фонд развития политического центризма, 2006. С. 140–178.

71. Собственность в жизни россиян: домыслы и реальность. Материалы социологического исследования. М., 2005.

72. Земля необетованная // Отечественные записки. 2004. № 1 (16).

73. Подробнее: Медушевский А.Н. Аграрная реформа в России в условиях правовой нестабильности // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2004. № 2 (47).

74. Подробнее: Медушевский А.Н. Право и новые технологии: параметры регулирования Интернета (Рунета) // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1. С. 106–113.

75. Подробнее: Медушевский А.Н. Административная реформа в России // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4 (49).

76. Реформа государства // Отечественные записки. 2004. № 2.

77. Полный сборник кодексов Российской Федерации. С изменениями и дополнениями. М., 2005.

78. Административная и судебная реформа в России // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3 (52).

79. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 1999. С. 145.

80. Сборник законодательства Российской Федерации. 2001. № 44. Ст. 4147; Земельный кодекс Российской Федерации. М., 2002; Полный сборник кодексов Российской федерации. С изменениями и дополнениями. М., 2002.

81. Медушевский А.Н. Власть и собственность в современной России: принятие Земельного кодекса Российской Федерации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 1 (38). С. 2–13; Он же: Power and Property in Russia: the Adoption of the Land Code // East European Constitutional Review. 2002. Vol. II. № 3.

82. Гаджиев Г.А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателя за рубежом и в Российской Федерации. М.: Манускрипт, 1995; Гаджиев Г.А., Пепеляев С.Г. Предприниматель-налогоплательщик– государство. Правовые позиции Конституционного суда Российской Федерации. М., 1998.

83. Суханов Е. Понятие права собственности в российском законодательстве и в модельном Гражданском кодексе для стран СНГ // Конституционное право:

восточноевропейское обозрение. 2001. № 1.

84. Собственность на землю в России: история и современность. М.: РОССПЭН, 2002.

85. Различные позиции представлены в кн.: Роль конституционных судов в обеспечении права собственности. М., 2000.

86. Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1988; Гражданское право. М.: БЕК, 1999. Т. 1–2.

87. Административно-территориальное устройство России: история и современность. М.: Олма-Пресс, 2003.

88. Постановление Конституционного суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 25. Ст. 2781.

Определение Конституционного суда РФ от 27 июня 2000 г. № 92–0 по запросу группы депутатов Государственной Думы Российской Федерации о проверке соответствия Конституции Российской Федерации отдельных положений конституций Республики Адыгея, Республики Башкортостан, Республики Ингушетия, Республики Коми, Республики Северная Осетия-Алания и Республики Татарстан // Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 29. Ст. 3117.

89. Подробнее см.: Собственность на землю в России: история и современность. М.: РОССПЭН, 2002. С. 463–464.

90. Дебаты о земле в Государственной Думе (1994– 2000 гг.): Документы и материалы. М., 2000. Кн. 1– 2. См. также: Скайнер Л. Приватизация земли: политический конфликт и правовая неопределенность // КПВО. 2001. № 2. С. 149–158.

91. Особенно важны: Указ Президента РФ от 27 октября 1993 г. «О регулировании земельных отношений и развитии аграрной реформы в России» // Российские вести. 1993. 29 октября; и Указ Президента РФ от 7 марта 1996 г. «О реализации конституционных прав граждан на землю» // Российская газета. 1996. 12 марта.

92. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 2000. Т. 1. С. 127.

93. Здесь и далее все цитаты из выступлений участников обсуждения Земельного кодекса РФ приводятся по рабочей стенограмме заседаний Совета Федерации и Государственной Думы.

94. В этой связи обращает на себя внимание различие трактовок самого понятия кодификации, которая интерпретируется как «систематизация правовых норм» в официальном отзыве правительства, кодификация «нормативных правовых актов» (Заключение Комитета Совета Федерации по делам Федерации, федеративному договору и региональной политике), а также «кодификация законов» (выступление И.В. Старикова). Различие трактовок определяется отнюдь не правовой догматикой, а политическими причинами: должна ли кодификация включать только нормы законов или учитывать также положения значительного числа подзаконных актов, которые, по мнению оппонентов, изменяли содержание законов. Отсюда – противоречие двух типов кодификации и различных стратегий ее осуществления, которое прослеживается в целом ряде документов и выступлений.

95. Подробнее: Принятие Земельного кодекса (мониторинг) // Совет Федерации и конституционные процессы в современной России. Бюллетень. Октябрь 2001. (http://www.ilpp.ru/bulletin). Печатная версия: 2002. № 1. С. 34–45.

96. О проектах реформирования верхней палаты на современном этапе см.: Совет Федерации: эволюция статуса и функций. М., 2003.

97. Рыночная трансформация сельского хозяйства: десятилетний опыт и перспективы. М., 2000; Трансформация экономических институтов постсоветской России. М., 2000; Орловская С.К. Земельная собственность в России // Россия в условиях трансформаций. М.: ФРПЦ, 2001.

98. Собственность на землю в России. М., 2002. С. 515.

99. Подробнее: Медушевский А.Н. Проекты аграрных реформ в России XVIII–XXI века. М.: Наука, 2005.

100. Неделски Д. Следует ли предоставлять праву собственности конституционную

защиту? Релятивистский и сравнительный подход // Роль конституционных судов в обеспечении права собственности. М.: ИППП, 2001. С. 160–182.

101. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., Международные отношения, 2000. Т. 1–2.

102. Дебаты о земле в Государственной Думе (1994– 2000 гг.): Документы и материалы. М.: РОССПЭН, 2000. Кн. 1– 2.

103. Вебер М. Аграрная история древнего мира / Под ред. Д. Петрушевского. М.: Канон-Пресс, 2001.

104. Милюков П.Н. Историк, политик, дипломат. М.: РОССПЭН, 2000.

105. Проекты к сочинению Нового Уложения 1754– 1766 гг. и первоначальный План к сочинению нового Уложения // Проекты Уголовного Уложения 1754– 1766 / Под ред. А. Востокова. СПб.: Сенатская типография, 1882.

106. Поленов А.Я. Об уничтожении крепостного состояния крестьян в России // Русский Архив. Историко-литературный сборник. М., 1865 (Год Третий). С. 510–541.

107. План государственного преобразования графа М.М. Сперанского. Введение к Уложению государственных законов 1809 г. М.: Сытин, 1905.

108. Проекты П.Д. Киселева см. в кн.: ЗаблоцкийДесятовский А.П. Граф П.Д. Киселев и его время. СПб., 1882. Т. 1–4.

109. Великая реформа, 1861–1911. Русское общество и крестьянский вопрос в прошлом и настоящем. М.: И.Д. Сытин, 1911. Т. I–V.

ПО. Кавелин К.Д. Записка об освобождении крестьян в России // Собр. соч. Спб.: М.М. Стасюлевич, 1898. Т. 2.

111. Скребицкий А. Крестьянское дело в царствование Александра II. Материалы для истории освобождения крестьян. По официальным источникам. Бонн на Рейне, Ф.Крюгер, 1862–1868. Т. I–IV.

112. Гражданское Уложение. Книга первая. Положения общие. Проект Высочайше утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения с объяснениями. СПб.: Государственная типография, 1903; Гражданское Уложение. Книга третья. Вотчинное право. Проект Высочайше Утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. Вторая редакция с пояснениями. СПб.: Государственная типография, 1905.

113. Проект Основных положений аграрной реформы Партии народной свободы // Съезды и конференции Конституционно-демократической партии. М.: РОССПЭН, 1997. Т. 1. См. также: Аграрный вопрос. Изд. П.Д. Долгорукова и П.И. Петрункевича. М.: Право, 1906– 1907.

114. Проект Основного закона о земле фракции социалистов-революционеров Учредительного собрания // Партия социалистов-революционеров: Документы и материалы, 1900–1922. М.: РОССПЭН, 2000. Т. 3. Ч. 2. Документ № 29.

115. Коминтерн в решениях по аграрному и крестьянскому вопросу. М., 1932.

116. Земельный кодекс Российской Федерации // Полный сборник кодексов Российской Федерации. М.: Славянский дом книги, 2002.

117. Витте СЮ. Записка по крестьянскому делу. СПб., 1905.

118. Столыпин П.А. Нам нужна Великая Россия. Полное собрание речей в Государственной Думе и Государственном Совете. 1906–1911. М.: Наука, 1991.

119. Свод аграрных программ. СПб.: Право, 1907; Программы политических партий России. Конец XIX – начало XX вв. М.: РОССПЭН, 1995.

120. Чичерин Б.Н. Собственность и государство. М.: И.Н. Кушнерев, 1883.

121. «Проект 42-х»: аграрный законопроект, внесенный фракцией партии народной свободы // Государственная Дума. 1906–1917. Стенографические отчеты. М., 1995. Т. 1.

122. Труды Комиссии по подготовке земельной реформы. Пг.: Министерство земледелия, 1917.

123. Типовой крестьянский наказ // Известия Всероссийского Совета Крестьянских Депутатов. Пг., 19 августа 1917. № 88.

124. Конституционные проекты в России XVIII– XX вв. М.: РАН, 2000.

125. Кауфман А.А. Аграрный вопрос в России. М.: Общественная польза, 1918.

126. Чаянов А.В. Избранные труды. М.: Колос, 1993.

127. Кондратьев Н.Д. Аграрный вопрос. М.: Лига аграрных реформ, 1917.

128. Латкин В.Н. Законодательные комиссии в России XVIII столетия. СПб.: Стасюлевич, 1887; Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д.: Феникс, 1995.

129. Пахман С. В. История кодификации гражданского права. СПб., 1876. Т. 1–2.

130. Современный анализ этих концепций см.: Цивилистические исследования. Ежегодник гражданского права. М.: Статут, 2006. Вып. 2.

131. Русский либерализм: исторические судьбы и перспективы. М.: РОССПЭН, 1999; Российские либералы. М.: РОССПЭН, 2001.

132. Экономика переходного периода. Очерки экономической политики посткоммунистической России. 1991–1997. М.: ИЭППП, 1998.

133. Федеральная реформа 2000–2003. М.: МОНФ, 2003.

134. Изменение и консолидация рыночного законодательства в контексте российской судебной реформы. М.: ИППП, 2005.

135. Принятие Земельного кодекса (мониторинг) // Совет Федерации и конституционные процессы в современной России. Бюллетень. 2001. № 1.

136. Гакстгаузен А. Исследования внутренних отношений народной жизни и в особенности сельских учреждений России. М.: А.И. Мамонтов, 1870.

137. Кавелин К.Д. Крестьянский вопрос. Исследование о значении у нас крестьянского дела, причинах его упадка и мерах к поднятию сельскохозяйственного производства и быта поселян. М.: Стасюлевич, 1882.

138. Skyner L. Property as Rhetoric: Land Ownership and Private Law in Pre-Soviet and Post-Soviet Russia // Europe-Asia Studies. 2003. Vol. 55, № 6. P. 889–905.

139. Собственность на землю в России: история и современность. М.: РОССПЭН, 2002.

Глава 3. Функция социальной защиты: преступление и наказание

1. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М.: Стеле, 1995.

2. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998.

3. Ломброзо Ч. Преступление. Новейшие успехи науки о преступнике. Анархисты. М.: Инфра, 2004; Ферри Э. Уголовная социология. М., 1907; Тард Г. Социальная логика. СПб.: Социально-психологический центр, 1996.

4. Их общий обзор см.: Криминология XX век. СПб.: Юридический центр Пресс, 2000; Криминология / Под ред. Дж.Ф. Шели. СПб.: Питер, 2003; Криминология. М.: Клувер, 2005.

5. Дюркгейм Э. Норма и патология // Социология преступности. Сб. ст. М.: Прогресс, 1966. С. 42.

6. Дюркгейм Э. Норма и патология. С. 43.

7. Тард Г. Сравнительная преступность. М., 1907.

8. Lemert E. Social Pathology. A Systematic Approach to the Theory of Sociopatic Behavior. N.Y.: McGraw-Hill Book Company, 1952. P. 22.

9. Lemert E. Social Pathology. P. 44.

10. Лист Ф. фон. Преступление как социально– патологическое явление. Задачи уголовной политики. М.: Инфра-М., 2004.

11. Фокс В. Введение в криминологию. М.: Прогресс, 1985. С. 281.

12. Georg Simmel. Ed. by Lewis A.Coser. New Jersey: Englewood Cliffs, 1965.

13. Селлин Т. Конфликт норм поведения // Социология преступности: Сб. ст. М: Прогресс, 1966. С. 282.

14. Sellin T. Culture Conflict and Crime. N.Y., 1938; Void GB. Theoretical Criminology. N.Y., 1958; Chambliss W.J. and Seidman R. Law, Order and Power. Massachusetts, Addison-Wesley, 1971; Quinney R. Critic of Legal Order. Boston, 1974.

15. Криминология XX век. СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. С. 79–80.

16. Tomas W.I. and Znaniecki F. The Polish Peasant in Europe and America. N.Y.: A.Knopf, 1927. Vol. 2. P. 1753– 1755.

17. Шнайдер Г.Й. Криминология. М.: Прогресс, 1994. С. 183.

18. Тард Г. Преступник и преступление. М.: Типогр. т-ва Н.Д. Сытина, 1906. С. 165–166.

19. Тард Г. Преступник и преступление. С. 194.

20. Sutherland E.H. Principles of Criminology. 3-ed edition. N.Y: J.B. Lippincott Company, 1939; Sutherland E.H., Cressey D. Principles of Criminology. N.Y, 1960.

21. Крэсси Д. Теория дифференцированной связи // Социология преступности: Сб. ст. М.: Прогресс, 1966. С. 90–91.

22. Sutherland E.H. White Collar Crime. N.Y: The Dryden Press, 1949.

23. Glueck S. ed. The Problem of Delinquency. Boston, 1957; Глюк Ш. Теория и факт в криминологии. Критика теории дифференцированной связи // Социология преступности: Сб. ст. М.: Прогресс, 1966. С. 109.

24. Cloward R.A., Olin L.E. Delinquency and Opportunity: A Theory of Delinquent Gangs. N.Y, 1961; Cohen S. Folk Devils and Moral Panics. N.Y., 1980; Farrington D.P., Ohlin L.E., Wilson J.Q. Understanding and Controlling Crime. Toward a New Research Strategy. N.Y, Berlin: Springer-Verlag, 1986.

25. Мертон Р.К. Социальная структура и аномия // Социология преступности: Сб. ст. М.: Прогресс, 1966. С. 309–310.

26. Garofalo R. La Criminologie. P., 1890; Критику данной концепции см.: Сорокин П.А. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. СПб.: РХГИ, 1999. С. 106–107. Начало психологического подхода в криминологии ассоциируется с кн.: Esquirol J.E.D. Des Maladies Mentales. P., 1938.

27. Хорни К. Невротическая личность нашего времени. М.: Прогресс, 1993. С. 174.

28. Toch H. Violent Men. An Inquiry into the Psychology of Violence. Harmondsworth: Penguin Books, 1972.

29. Кайзер Г. Криминология. Введение в основы. М.: Юрид. лит., 1979. С. 93.

30. Von Henting H. The Criminal and His Victim: Studies in the Socio-biology of Crime. New Haven: Yale University Press, 1948.

31. Victimology: A New Focus. Lexington (Mass.), Lexington Books, 1975. Vol. 3. Crimes, Victims, and Justice. Ed. by I. Drapkin and E. Viano.

32. Lombroso Ch. L'uomo delinquente. Torino, 1896– 1897. Vol. 1–3.

33. Тард Г. Преступник и преступление. С. 35–36.

34. См.: Криминология / Под ред. Дж.Ф. Шели. СПб.: Питер, 2003.

35. Mezger E. Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen. Stuttgart, 1944; Лист Ф. фон. Преступление как социально-патологическое явление. Задачи уголовной политики. М.: Инфра-М, 2004.

36. Matza D. Delinquency and Drift. N.Y, 1964; Hirshi T. Causes of Delinquency. Berkley, 1969; Reckless W.C. The Crime Problem. N.Y, 1973.

37. Брейтуэйт Дж. Преступление, стыд и воссоединение. М.: Центр «Судебно-правовая реформа», 2002. С. 46–60.

38. Криминология XX век. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2000.

39. Брейтуэйт Дж. Преступление, стыд и воссоединение. М.: Центр «Судебно-правовая реформа», 2002. С. 60–61; 68–69; 127– 128.

40. Уэда К. Преступность и криминология в современной Японии. М.: Прогресс, 1989. С. 95.

41. Becker H.S. Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance. N.Y, 1963; Erikson R. Criminal Reactions. Westmead, 1975; Schur E.Crimes Without Victims. N.J., 1965; См. также: Криминология / Под ред. Дж.Ф. Шели. СПб.: Питер, 2003; Криминология XX век. С. 80–83.

42. Уэда К. Преступность и криминология в современной Японии. М.: Прогресс, 1989. С 54.

43. Theories of Punishment. Edited by Stanley E. Grupp. Bloomington/ L.: Indiana University Press, 1971. P. 5–9.

44. Theories of Punishment. P. 25.

45. Основы теории сформулированы утилитаризмом: Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998.

46. Кристи Н. Пределы наказания. М.: Прогресс, 1985; Он же. Ответ насилию. В поисках чудовищ. М.: Центр содействия реформе уголовного правосудия, 2003.

47. Апсель М. Новая социальная защита (гуманистическое направление в уголовной политике). М., 1970.

48. Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений. М., 1979; Фокс В. Введение в криминологию. С. 62; С этим различием подходов не в последнюю очередь связаны проблемы статистики преступности и ее использования: Лунеев В.В. Преступность XX века. Мировой криминологический анализ. М.: Норма, 1997.

49. Pound R. The Spirit of the Common Law. Boston: Beacon Press, 1921 (reprinted 1963); Pound R. Social Contract throught Law. New Haven: Yale Univ. Press, 1942; Pound R. Contemporary Juristic Theory // Lloyd D. (ed.) Introduction to Jurisprudence. L.: Stevens, 1965.

50. Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1936.

51. Llewellyn K.N. and Hoebel E.A. The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence. Norman: University of Oklahoma Press, 1961.

52. Radcliffe-Brown A.R. Structure and Function in Primitive Society: Essays and Addresse. L.: Cohen and West. Glencoe, Free Press, 1952; Редк-лифф-Браун А.Р. Метод в социальной антропологии. М.: Канон-пресс, 2001.

53. Malinowski B. Scientific Theory of Culture and Other Essays. N.Y: Oxford Univ. Press, 1960. P. 154.

54. Maine Sir Henry Sumner. Ancient Law. Boston, Beacon Press, 1963 (reprint of 1861 edition); Maine Sir H. The Early History of Institutions. L., 1875; Hartland E.S. Primitive Law. L.: Methuen, 1924.

55. Durkheim E. Les formes elementaires de la vie religieuse. P.: PUF, 1998; Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии. М.: Восточная литература, 1996.

56. Фрейд З. Тотем и табу. М.-Пг., 1914.

57. Malinowski B. Crime and Custom in Savage Society. Peterson, N.J., Littlefield A., 1959. P. 58–59.

58. Подробнее: Timasheff N.S. An Introduction to the Sociology of Law. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 1939; См. также: Тимашев Н.С. Развитие социологии права и ее сфера // Беккер Г. и Босков А. Современная социологическая теория. М.: Изд-во иностр. лит., 1961. С. 479–507.

59. Vinogradoff P. Outlines of Historical Jurisprudence. Oxford: Oxford Univ. Press, 1922. Vol. 2. P. 10.

60. Pospisil L. Anhropology of Law. A Comparative Theory. N.Y.: Harper and Row, 1971; Pospisil L. J. The Ethnology of Law. Second Edition. L.: Cummings Publishing Company, 1978; О влиянии норм обычного права на формирование структуры индийских каст см.: Дюмон Л. Homo Hierarchicus. Опыт описания системы каст. СПб., Евразия, 2001.

61. Pospisil L. The Kapauku Papuans of West New Guinea. N.Y.: Holt, Richart and Winston, 1963. P. 54–55.

62. Pospisil L. Anhropology of Law. A Comparative Theory. N.Y.: Harper and Row, 1971.

63. Gluckman M. Politics, Law and Ritual in Tribal Society. Oxford: Blackwell, 1965.

64. Holmes O.W The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. № 10.

65. Cardozo B.N. The Growth of the Law (12-th printing). New Haven: Yale Univ. Press, 1953 (first ed. 1924). P. 52.

66. Hoebel E.A. The Law of Primitive Man. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 1954. P. 78.

67. Barkun M. Law Without Sanctions. New Haven, Conn.: Yale Univ. Press, 1968.

68. Малиновский Б. Избранное: Аргонавты западной части Тихого океана. М.: РОССПЭН, 2004.

69. Maine S. Ancient Law. N.Y, 1879. P. 165.

70. Diamond S. Primitive Law. Second Edition (First published 1935). L.: C. A. Watts, 1950.

71. Roberts S. Order and dispute: An Introduction to Legal Anthropology. N.Y.: St.Martin's

press, 1979.

72. Service E.R. Origins of the State and Civilisation. The Process of Cultural Evolution. N.Y: Norton, 1975. P. 40.

73. Gluckman M. The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia. Manchester: Univ. Press, 1955. P. 357.

74. Pospisil L. Kapauku Papuans and their Law. New Haven: Yale Univ. Press, 1958.

75. Rattray R.S. Ashanti Law and Constitution. Oxford Univ. Press, 1929; Murdock G.P. Our Primitive Contemporaries. N.Y.: Macmillan, 1934; Escarra J. Le Droit Chinois. Peking. Ed. Henri Vetch, 1936; Riasanovsky V.A. Fundamental Principles of Mongol Law. Tientsin, Telberg, 1937; Meek C.K. Law and Authority in a Nigerian Tribe. L., Oxford Univ. Press, 1937; Schapera I. A Handbook of Tswana Law and Custom. L.: Oxford Univ. Press, 1938.

76. Barton R.F. The Kalingas: their Institutions and Custom Law. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1949; Penwill D.J. Kamba Customary Law. L.: Macmillan, 1951; Holleman J.F. Shona Customary Law. L.: Oxford Univ. Press, 1952; Howell P.P. A Manual of Nuer Law. L.: Oxford Univ. Press, 1954; Epstein A.L. Judicial Techniques and the Judicial Process: A Study in African Customary Law. Manchester: Univ. Press, 1954; Elias T.O. The Nature of African Customary Law. Manchester: Univ. Press, 1956; Cory H. Sukuma Law and Custom. L.: Oxford Univ. Press, 1958.

77. Krader L. (ed.) Anthropology and Early Law. N.Y.: Basic Books, 1967; Goldschmidt W. Sebei Law. Berkeley: Univ. of California Press, 1967; Anderson J. (ed.). Family Law in Asia and Africa. L.: Allen and Unwin, 1968; Buxbaum D.C. (ed.). Family Law and Customary Law in Asia. The Hague, Martinus Nijhoff, 1968; Gluckman M. Ideas and Procedures in African Customary Law. Oxford Univ. Press, 1969; Nader L. (ed.). Law in Culture and Society. Chicago: Aldine, 1969; Kinion S.V. Law Study and Law Examinations in a Nutshell. St. Paul, West Publishing Co. 1971; Collier J.F. Law and Social Change in Zinacatan. Stanford: Stanford Univ. Press, 1973.

78. Подробнее: Moore S.F. Law as Process. An Anthropological Approach. L.: Routledge and Kegan Paul, 1978.

79. Gulliver P.H. Social Control in an African Society. A Study of the Arusha: Agricultural Masai of Northern Tanganyika. L.: Routledge, 1963.

80. Bohannan P. Justice and Judgment Among the Tiv. L.: Oxford Univ. Press, 1957. P. 214.

81. Sutherland E.H. Principles of Criminology. 3-ed edition. N.Y: J.B. Lippincott Company, 1939. P. 19–21.

82. Becker H.S. Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance. N.Y: The Free Press, 1963. P. 9.

83. Для криминологической теории нормы и девиации интересны следующие работы: Фуко М. Рождение клиники. М.: Смысл, 1998; Он же. История безумия в классическую эпоху. СПб.: Университетская книга, 1997; Он же. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М.: Ad Marginem, 1999.

84. Carbonnier J. Sociologie juridique. P.: PUF, 1994. P. 136–147.

85. Общественная мысль России XVIII – начала XX века. Энциклопедия. М., 2005.

86. Вехи. Сборник статей о русской интеллигенции. М., 1909.

87. Даль В. Толковый словарь в четырех томах. М.: Русский язык, 1989–1991. Т. IV. С. 88.

88. Даль В. Указ соч. Т. III. С. 396.

89. Даль В. Указ. соч. Т. II. С. 259.

90. Уголовное Уложение 22 марта 1903 г. С мотивами, извлеченными из объяснительной записки Редакционной комиссии, представления Мин. Юстиции в Государственный Совет и журналов – особого совещания, особого присутствия департаментов и общего собрания Государственного Совета. Изд. Н.С. Таганцева. Неофициальное. СПб.: Государственная типография, 1904.

91. Lombroso Ch. L'uomo delinquente. Torino, 1896– 1897. Vol. 1–3.

92. Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПБ.: РХГИ, 1998.

93. Дюркгейм Э. Норма и патология // Социология преступности. М.: Прогресс, 1966. С. 39–45.

94. Тард Г. Сравнительная преступность. М., 1907.

95. Тард Г. Преступник и преступление. М.: Типогр. т-ва Н.Д. Сытина, 1906. С. 109.

96. Ломброзо Ч. Преступление. Н.К. Мартынов, 1900.

97. Ломброзо Ч., Ляски Р. Политическая преступность и революция по отношению к праву, уголовной антропологии и государственной науке. СПб.: Ф.И. Булгаков, 1907. С. 181.

98. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1907.

99. Ашаффенбург Г. Преступление и борьба с ним. Уголовная психология для врачей, юристов и социологов (К вопросу о реформе уголовного законодательства). Одесса: Изд-во Вл.Распопова, 1906. С. 234.

100. Набоков В.Д. Содержание и метод науки уголовного права // Сборник статей по уголовному праву. СПб.: Общественная польза, 1904. С. 8.

101. Дриль Д.А. Учение о преступности и мерах борьбы с нею. СПб.: Шиповник, 1912.

102. Гогель С.К. Курс уголовной политики в связи с уголовной социологией. СПб.: Типография А.Г. Зозена, 1910. С. 3.

103. Лист Ф. Задачи уголовной политики. СПб.: КЛ. Пентковский, 1895.

104. Набоков В.Д. Петербургский конгресс международного союза криминалистов, его значение и результаты // Сборник статей по уголовному праву. СПб.: Общественная польза, 1904. С. 58–69.

105. Принс А. Преступность и репрессия. Уголовно-юридический очерк. М.: Изд-во кн. магазина Гросман и Кнебель, 1898; Принс А. Защита общества и преобразования уголовного права. М., 1912.

106. Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. Пг.: Юридическое общество при Пг. ун-те, 1916.

107. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М.: Стеле, 1995.

108. Гернет М. Общественные причины преступности. Социологическое направление в науке уголовного права. М.: С. Скирмунт, 1906.

109. Гогель С.К. Предмет науки уголовного права // Вопросы уголовного права, процесса и тюрьмоведения. Собрание исследований. СПб.: Типография товарищества «Общественная польза», 1906. С. 223–231.

110. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая. 2-е изд., переем, и доп. СПб.: Государственная типография, 1902. Т. II. С. 821.

111. Жижиленко А.А. Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств. Пг.: Правда, 1914.

112. Таганцев. Указ. соч. Т. II. С. 876.

113. Таганцев Н.С. Пережитое. Пг.: Государственная типография, 1919. Вып. 1. С. 6–21.

114. Суд присяжных в России: Громкие уголовные процессы 1864– 1917 гг. Л.: Лениздат, 1991.

115. Бехтерев В.М. Объективно-психологический метод в применении к изучению преступности // Дриль Д.А. Учение о преступности и мерах борьбы с нею. СПб.: Шиповник, 1912. С. 518.

116. Гольденвейзер АС. Преступление как наказание, а наказание как преступление. Киев: Типография Р.К. Лубковского, 1911.

117. Против смертной казни. М., 1906; О смертной казни. Мнения русских криминалистов. М., 1909.

118. Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. Пг.: Юридическое общество при Пг. ун-те, 1916. С. 2–3.

119. Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 5.

120. Foinitsky I. Memoir sur la nomenclature internationale des delits en general et sur la statistique de la recidive, presente au IX Congres international de statistique. SPb., 1907. P. 5.

121. Дриль Д.А. Учение о преступности и мерах борьбы с нею. СПб.: Шиповник, 1912. С. 136–137.

122. Ашаффенбург Г. Преступление и борьба с ним. Уголовная психология для врачей, юристов и социологов (К вопросу о реформе уголовного законодательства). Одесса: Изд-во Вл. Распопова, 1906. С. 160.

123. Гернет М. Общественные причины преступности. Социологическое направление в

науке уголовного права. М.: С. Скирмунт, 1906; Гогель С.К. Предмет науки уголовного права // Вопросы уголовного права, процесса и тюрьмоведения. СПб.: Общественная польза, 1906.

124. Чарыхов Х.М. Учение о факторах преступности. Социологическая школа в науке уголовного права. М.: МГУ, 1910. С. 144.

125. Кони А.Ф. Антропологическая школа в уголовном праве // За последние годы. СПб., 1896.

126. Ферри Э. Уголовная социология. М., 1907.

127. Ломброзо Ч. Преступление. СПб.: Н.К. Мартынов, 1900.

128. Вульферт А. Антрополого-позитивная школа уголовного права в Италии. Критическое исследование. М.: Типография В.В. Исленьева, 1887. Вып. I; Ярославль, Типография М.Х. Фальк, 1893. Вып. II.

129. Гернет М.Н. Преступление и борьба с ним в связи с эволюцией общества (1914) // Гернет М.Н. Избранные произведения. М.: Юрид. лит., 1974. С. 221.

130. Бехтерев В.М. Объективно-психологический метод в применении к изучению преступности. С. 519.

131. Предисловие В.В. Пржевальского к книге: Принс А. Преступность и репрессия. Уголовно– юридический очерк. М.: Изд-во кн. магазина Гросман и Кнебель, 1898. С. V–VI.

132. Гогель С. К. Курс уголовной политики в связи с уголовной социологией. СПб.: Типография А.Г. Зозена, 1910. С. 103.

133. Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. С. 75–78.

134. Ашаффенбург Г. Психиатрия и уголовное право. Одесса, 1929.

135. Ломброзо Ч. Анархисты. Криминально-психологический и социологический очерк. СПб.: А. Миллер, 1907.

136. Доклады специальной комиссии С.-Петербургских обществ Психиатрического и Юридического по вопросу об организации психиатрического изучения преступного класса. СПб., 1894.

137. Крафт-Эбинг Р. фон. Судебная психопатология. Перевод с немецкого и дополнение по русскому законодательству А. Черемшанского. СПб.: К.Л. Риккер, 1895. С. 165.

138. Крафт-Эбинг. Указ. соч. С. 191.

139. Крафт-Эбинг. С. 197.

140. Бехтерев В.М. Объективная психология. СПб.: 1907–1812. Вып. 1–3.

141. Ковалевский П.И. Судебная психопатология. М., 1889.

142. Сорокин П.А. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. СПб., 1913.

143. Крафт-Эбинг. Указ. соч. С. 15–16.

144. Дриль Д.А. Учение о преступности и мерах борьбы с нею. СПб.: Шиповник, 1912. С. 140.

145. Гернет М.Н. Суд или самосуд. М.: Изд-во Союза потребительских обществ, 1917. С. 9.

146. Вульферт А. Антрополого-позитивная школа уголовного права в Италии. Критическое исследование. М.: Типография В.В. Исленьева, 1887. Вып. I. С. 193.

147. Духовский М.В. Русский уголовный процесс. М.: М.В. Клнжин, 1910. С. 200.

Глава 4. Функция разрешения конфликтов: механизмы взаимодействия права и политики

1. Медушевский А.Н. Сравнительное конституционное право и политические институты. М.: ГУ-ВШЭ, 2002.

2. Вебер М. Политика как призвание и профессия // Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 644–706.

3. Еллинек Г. Борьба старого права с новым. М.: Заратустра, 1908.

4. Del Veccio G C Etat et le Droit. P.: Dalloz, 1964. P. 110–133.

5. Carre de Malberg R. Contribution a la theorie generate de l'Etat. P.: Sirey, 1920– 1922. T. LP.

65–67.

6. Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925.

7. Kelsen H. Reine Rechtslehre. Zweite neubearb. Und erweiterte Auflage. Wien: Franz Deuticke, 1960.

8. Де Местр Ж. Рассуждения о Франции. М.: РОССПЭН, 1997.

9. Schmitt C. Politische Theologie. Berlin: Duncker und Humblot, 1968. S. 49.

10. Ленин В.И. Государство и революция. Учение марксизма о государстве и задачи пролетариата в революции // ПСС. Т. 33.

11. Аристотель. Политика. Афинская политая. М.: Мысль, 1997.

12. Luttwak E. Coup d'Etat: A Practical Handbook. N.Y.: A.Knopf, 1969.

13. Макиавелли Н. Рассуждения о первой декаде Тита Ливия. М.: Мысль, 1996. С. 151.

14. Naude G. Considerations politiques sur les Coups d'Etat. P.: Editions de Paris, 1988.

15. Constant B. De l'Esprit de conquete et de l'usurpation // Ecrits politiques. P.: Gallimard, 1997.

16. Буонароти Ф. Заговор во имя равенства, именуемый заговором Бабефа. Процесс и документы. М.-Л.: Изд-во Академии, 1948. Т. 2. С. 62.

17. Blanqui L. A. Ecrits sur la Revolution // Oevres Completes. P.: Galilee, 1977. T. 1.

18. Malaparte C. Technique du Coup d'Etat. P.: Bernard Grasset, 1966 (1992).

19. Медушевский А.Н. Как научить демократию защищаться: Курцио Малапарте как теоретик государственных переворотов // Вестник Европы. 2002. Т. IV. С. 72–91.

20. Berns W. The Writing of the Constitution of the United States // Constitution Makers on Constitution Making: The Experience of Eight Nations / Ed. by R.A. Goldwin, A. Kaufman. Wash., 1988. P. 119–148.

21. Jacobson GJ. Apple of Gold. Constitutionalism in Israel and the United States. Princeton, New Jersey: Princeton Univ. Press, 1993.

22. Anweiler O. Die Ratebewegung in Russland, 1905– 1921. Leiden: Brill, 1958. S. 234–235.

23. Arjomand S.A. The Turban for the Crown. The Islamic Revolution in Iran. N.Y.: Oxford Univ. Press, 1988. P. 135.

24. Merkl P.H. The Origin of the West German Republic. N.Y.: Oxford Univ. Press, 1963.

25. Koseki Shoichi. The Birth of Japan's Postwar Constitution. Boulder: Westview Press, 1998.

26. Kalaycioglu E. Constitutional Viability and Political Institutions in Turkish Democracy // Designs for Democratic Stability. Studies in Viable Constitutionalism. Ed. Abdo I.Baaklini and Helen Desfosses, Armonk. N.Y.: M.E. Sharpe, 1997. P. 179–210.

27. Mavrias K.G Transition democratique et Changement Constitutionnel en Europe du Sud. Espagne-GrecePortugal. Athenes, N.Sakkoulas, 1997.

28. Baaklini A.I. The Brazilian Legislature and Political System. Westport: Greenwood Press, 1992.

29. Valenzuela A. The Breakdown of Democratic Regimes: Chile. Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, 1978; Stepan A. Arguing Comparative Politics. Oxford: Oxford Univ. Press, 2001.

30. Sathyamurthy T.V. The Constitution as an Instrument of Political Cohesion in Postcolonial States: The Case of India, 1950– 1993 // Designs for Democratic Stability. Studies in Viable Constitutionalism. Ed. Abdo I. Baaklini and Helen Desfosses, Armonk. N.Y: M.E. Sharpe, 1997. P. 147–178.

31. Rouquie A. L'Etat militaire en Amerique Latine. P.: Seuil, 1982; Laveau R. Le Sabre et le Turban. L'Avenir du Maghreb. P.: F.Bourin, 1993.

32. Presidentialism and democracy in Latin America / Ed. By Mainwaring S., Shugart M.S. Cambridge: Cambridge Univ. press, 1999; Legislative Politics in Latin America. Ed. by S. Morgenstern and B. Nacif. Cambridge Univ. Press, 2002.

33. Nwabueze B.C. Constitutionalism in the Emergent States. Rutherford, Fairleigh Dickinson Univ. Press, 1973.

34. Kommers D.P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd ed. Rev.a.expanded. Durham and London, Duke Univ. Press, 1997.

35. Boldt H. Verfassungskonflikt und Verfassungshistorie // Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert. Berlin, 1975. S. 75–102.

36. Медушевский А.Н. Конституционные циклы во Франции и модель их преодоления // Космополис. 2004. № 2 (8); L'Ecriture de la Constitution de 1958. Sous la direction de D. Maus, L. Favoreu, J. – L. Parodi. P.: Economica, 1992; Maus D. Etudes sur la Constitution de la V-e Republique. Mise en place pratique. P.: Les Editions STH, 1990. P. 15–54.

37. Capitant R. Ecrits constitutionnells. P.: CNRS, 1982. P. 327.

38. Avril P. La V-e Republique. Histoire politique et Constitutionnelle. P.: PUF, 1987. P. 35.

39. Sanchez Navarro A.J. La transicion espanola en sus documentos. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 1998.

40. Serena de la Graza M. Transiciones en America Latina: Reflexiones sobre la reforma politico-institucional en Brasil y Argentina // Transiciones y Disenos Institucionales. Maria del Refugio Gonzalez, Sergio Lopez Ayllon (Ed.) Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2000. P. 225–253.

41. South Africa: Designing New Political Institutions. Ed. by M. Faure and J.E. Lane. L.: Sage Publications, 1996.

42. Denquin J. – M. Referendum et plebiscite. Essai de theorie generate. P.: LGDJ, 1976; Guillaume-Hofnung M. Le referendum. P.: PUF, 1994; Hamon F. Le referendum. Etude comparative. P.: LGDJ, 1995. P. 61.

43. Конституционный суд как гарант разделения властей. М.: ИППП, 2004.

44. Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society. Ed. by Yoichi Higuchi. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001.

45. Duverger M. La Monarchic Republicaine, ou comment les democraties se donnent des roi. P.: Robert Laffont, 1974.

46. The Revolutions of 1989. Ed. Tismaneanu V. L.; N.Y.: Routledge, 1999.

47. Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World. N.Y: Oxford Univ. Press, 1993.

48. О технологии «бархатных революций» см.: Шарп Дж. От диктатуры к демократии. Стратегия и тактика освобождения. М.: Новое издательство, 2005.

49. Meretik G. La Nuit du General. Enquete sur le coup d'Etat du 13 decembre 1981. P.: P. Belfond, 1989.

50. Portocala R. Autopsie du Coup d'Etat Roumain. Au pays du mensonge triomphant. P.: Calmann-Levy, 1990.

51. Tsatsos CD. Making the Constitution of Greece // Constitution Makers on Constitution Making. The Experience of Eight Nations. Ed. by R. A. Goldwin and A. Kaufman. Washington, 1988. P. 69–92.

52. Lithuania // In The Public Eye. Parlamentary Transparency in Europe and North America. Ed. by E. Rekosh. Washington: International Human Rights Law Group, 1995. P. 117–130.

53. Sultanistic Regimes. Ed. by Chehabi and J. Linz. Baltimore: The Johns Hopkins Univ. Press, 1988.

54. В политологической литературе юридическая сторона этих переворотов практически не рассматривается: Киргизский переворот. Март-апрель 2005. М.: Европа, 2005; Оранжевая революция. Украинская версия. М.: Европа, 2005; Средняя Азия: андижанский сценарий? М.: Европа, 2005. О конституционной стороне проблемы см.: Медушевский А.Н. Конституционный кризис в Киргизии // Сравнительное конституционное обозрение, 2006. № 1 (54). С. 3–14.

55. Borja R. Derecho politico y constitucional. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1992. P. 90.

56. Lauvaux Ph. La dissolution des assemblees parlementaires. P.: PUF, 1983.

57. Rabasa E. La constitucion y la dictadura. Estudio sobre la organizacion politica de Mexico (Tercera edition). Mexico City: Editorial Porrua, 1956. P. 244–245.

58. O'Donnell G Bureaucratic Authoritarianism. Argentina, 1966–1973, in Comparative Perspective. Berkeley: Univ. of California Press, 1988.

59. Finer S.E. The Man on Horseback. The Role of the Military in Politics. L.: Westview Press, 1988. P. 5.

60. Colomer J.M. La transicion a la democracia: el modelo espanol. Barcelona: Anagrama, 1998. P. 151.

61. Вебер М. Политика как призвание и профессия // Избранные произведения. М., 1990.

62. Kelsen H. Reine Rechtslehre. Zweite neubearb und erweiterte Auflage. Wien: Franz Deuticke, 1960.

63. Troper M. Pour une theorie juridique de l'Etat. P., 1994.

64. Разделение властей в Великобритании отрицал еще Бэгот: Bagehot W. The English Constitution. Cambridge: Univ. Press, 2001. См. также: Sartori G. Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry Into Structures, Incentives and Outcomes. 1994.

65. Cappelletti M. Le pouvoir des juges. P., 1990; Brewer-Carias R. A. Judicial Review in Comparative Law. Cambridge: Univ. Press, New Haven, 1992; Stone Sweet A. Governing with Judges. Oxford University Press, 2000; Pegoraro L., Damiani P. Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts // Developments in European, Italian and Israeli Law. Ed. by A.M. Rabello, A. Zanotti. Milano, Giuffre Editore, 2001.

66. Lambert E. Le gouvernement des juges et la lutte contre la legislation sociale aux Etats-Unis: l'experience americaine du controle judiciaire de la constitutionalite des lois. P.: Giard, 1921.

67. Schmitt C. Der Hiiter der Verfassung. Tubingen, 1931.

68. Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М.: Весь мир, 2000. № 78; The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789–1800. N.Y.: Columbia Univ. Press, 1985–1998. Vol. 1–6.

69. Существенную роль в этом сыграли новые теории справедливости: Rawls J. A Theory of Justice. Revised Edition. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 1999; Rawls J. Justice as Fairness. A Restatement. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 2003.

70. Уитц Р. Об отсутствии определенности в толковании конституции // КПВО. 2002. № 1 (30). С. 26–35.

71. Meny Y. Politique comparee. Les democraties: Allemagne, Etats-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie. Paris, Montchrestien, 1996. P. 376–413.

72. Corwin E. The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress (1906) // Corwin on the Constitution. Ed. with an Introduction by R.Loss. Ithaca and L.: Cornell Univ. Press, 1981. Vol. 1. P. 27-^0; The US Courts. Their Jurisdiction and Work. W., 1986; Baum L. The Supreme Court. Washington, Congressional Quarterly Press, 1989; Rehnquist W.H. The Supreme Court. N.Y: Vintage Books, 2001.

73. Политизация конституционного правосудия: Dahl R.A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker // Journal of Public Law. 1957. № 6. P. 279–295; The Supreme Court and American Political Development. Ed. by R. Kahn and K.I. Kersch. Princeton: Univ. Press of Kansas, 2006.

74. Sunstein C.R. The Partial Constitution. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1994; Posner R.A. Overcoming Law. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 1995; Hall K.L. (Ed.). The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions. N.Y: Oxford Univ. Press, 1999; Fried Ch. Saying What the Law Is. The Constitution in the Supreme Court. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 2005.

75. Corwin E.S. The Constitution and What it Means Today. Princeton: Univ. Press, 1978. P. 268–279; Constitutional Law. 6-th edition. By J.E. Nowak, R.D. Rotunda. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

76. Schwartz B. A History of the Supreme Court. N.Y, Oxford: Oxford University Press, 1993; Law and Jurisprudence in American History. Cases and Materials. Third ed. Ed by S.B. Presser and J.S. Zainaldin. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995; Friedman L.M. A History of American Law. N.Y.: Simon and Schuster, 2005.

77. Tushnet M. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton Univ. Press, 1999; Seidman L.M. Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review. New Haven: Yale Univ. Press, 2001.

78. Kommers D.P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd ed. Rev.a.expanded. Durham and L.: Duke Univ. Press, 1997.

79. Alvarez Conde E. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Tecnos, 1997. Vol. II. Capitulo XXIV El Tribunal Constitucional. P. 281–363.

80. Elvira Perales A. Implementing the Spanish Constitution //Constitutional Policy and Change

in Europe. Ed. by J.J. Hesse and N. Johnson. Oxford: Univ. Press, 1995. P. 214–240.

81. Mavrias K.G Transition democratique et Changement Constitutionnel en Europe du Sud. Espagne-GrecePortugal. Athenes, N.Sakkoulas, 1997; Oliveira Martines G Portugal. Instituicoes e Factos. Lisboa: Casa da Moeda, 1991.

82. Tsatsos CD. Making the Constitution of Greece // Constitution Makers on Constitution Making. The Experience of Eight Nations. Ed. by R.A. Goldwin and A. Kaufman. Washington, 1988. P. 69–92.

83. Медушевский А.Н. Кельзеновская модель конституционного правосудия и изменение конституций в странах Восточной Европы // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах. М., 1999.

84. Sadurski W. Judicial Review, Separation of Powers and Democracy: The Problem of Activist Constitutional Tribunals in Postcommunist Central Europe // Studi Politici. 1999. № 3. P. 93–117.

85. South Africa: Designing New Political Institutions. Ed. by M. Faure and J.E. Lane. L.: Sage Publications, 1996.

86. Address by Justice Albie Sachs (october 8, 1996) // Comparative Constitutional Law. Ed. by V.C Jackson, M. Tushnet. N.Y, 1999. P. 329–332.

87. In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, (4) SA 744, 776– 779. (Constitutional Court Sept. 6,1996) // Comparative Constitutional Law. Ed. by V.C. Jackson, M. Tushnet. N.Y., 1999.

88. Sathyamurthy TV. The Constitution as an Instrument of Political Cohesion in Postcolonial States: The Case of India, 1950– 1993 (P. 147–178) // Designs for Democratic Stability. Studies in Viable Constitutionalism. Ed. Abdo I.Baaklini and Helen Desfosses. Armonk; N.Y: M.E. Sharpe, 1997.

89. Conrad D. Rule of Law and Constitutional Problems of Personal Laws in India (209–230) // Rules, Laws, Constitutions. Ed. S. Saberwal, H. Sievers. New Delhi, L.: Sage Publications, 1998.

90. Maluka Z. K. The Muth of Constitutionalism in Pakistan. Karachi: Oxford Univ. Press, 1995.

91. Dawood J. M. The Role of Superior Judiciary in the Politics of Pakistan. Karachi: Royal Book Company, 1994.

92. Legislative politics in Latin America. Ed. by S. Morgenstern, B. Nacif. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2002.

93. Parra B. Governance and Democratization in PostPinochet Chile // Democratization in the Third World. Concrete Cases in Comparative and Theoretical Perspective. Ed. by L.Rudebeck, O.Tornquist and V.Rajas. N.Y.: St. Martin's Press, 1988. P. 288–289.

94. Baaklini A.I. The Brazilian Legislature and Political System. Westport: Greenwood Press, 1992.

95. Fix Fierro H. Poder judicial // Transiciones y Disenos Institucionales. Maria del Refugio Gonzalez, Sergio Lopez Ayllon (Ed.) Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2000. P. 220.

96. Tomatsu H. Judicial Review in Japan: An Overview of Efforts to Introduce U.S. Theories // Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society. Ed. by Yoichi Higuchi. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001 (P. 251–277).

97. Lochak D. La Justice administrative. P,, 1994.

98. Nonaka T. Supreme Court Precedents and the Lower Courts in the Exercise of Judicial Review // Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society. Ed. by Yoichi Higuchi. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001.

99. Yamashita K. Property Rights and Their Raison d'etre in the Japanese Constitution // Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society. Ed. by Yoichi Higuchi. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001.

100. Goldstein S. The Supreme Court of Israel in a Comparative Perspective // Developments in European, Italian and Israeli Law. Ed. by A.M. Rabello, A. Zanotti. Milano: Giuffre Editore, 2001. P. 37–99.

101. Lewinsohn-Zamir D. Constitutional Protection of Property Rights and Expropriation Law // Developments in European, Italian and Israeli Law. Ed. by A.M. Rabello, A. Zanotti. Milano: Giuffre Editore, 2001. P. 101–112.

102. Segal Z. Parliament in the Era of Judicial Review // Developments in European, Italian and Israeli Law. Ed. by A.M. Rabello, A. Zanotti. Milano: Giuffre Editore, 2001.

103. Commons A.J.R. Legal Foundations of Capitalism. Madison: The University of Wisconsin Press, 1959.

104. L'Ecriture de la Constitution de 1958. Sous la direction de D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi. P.: Economica, 1992.

105. Chantebout B. Droit constitucionnel et science politique. P.: Armand Colin, 1998. P. 59–63.

106. По России см.: Конституционные права в России: дела и решения. М.: ЦЕУ, 2002; Конституция Российской Федерации с комментариями Конституционного суда РФ. М.: ИНФРА-М, 2001; Конституционный суд РФ: Постановления. Определения, 1992–1996. М., 2001; Конституция Российской Федерации в решениях Конституционного суда России. М.: ИППП, 2005.

107. Это видно на подходах к проблеме конституционного регулирования собственности и вмешательства государства: Ackerman B.A. Private Property and the Constitution. New Haven and L.: Yale University Press, 1977; Роль конституционных судов в обеспечении права собственности. М., 2001; Конституционное правосудие и социальное государство. М., 2003.

108. Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации. М., 2002.

109. Fundamental Principles on the Status of NonGovernment Organizations in Europe, Council of Europe, http://www.coe.int/T/E/Legal Affairs/Legal cooperation/Civil society/ ПО. Обзор судебной практики см. в книге: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия. М., 1998. С. 391–405; Конституция Российской Федерации в решениях Конституционного суда России. М.: ИППП, 2005.

111. Overview of Good Practices with Regard to NGO Regulations in the OSCE Participating States OSCE– ODIHR. Legis Paper – Nr.: NGO-RUS /065/ 2006 (IU). www.legislationline.org; См. также: OSCE Participatind State Legislation Concerning NGOS: Examples of Good Practice. Annex. // Overview of Good Practices with Regard to NGO Regulations in the OSCE Participating States OSCE– ODIHR. Legis Paper – Nr.: NGO-RUS /065/2006 (IU). www.legislationline.org

112. Конституция Европейского Союза: Договор, устанавливающий конституцию для Европы. М.: Инфра-М, 2005.

Глава 5. Функция обеспечения консенсуса: преемственность и разрыв в правовом развитии как проблема социологии права

1. Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. М.: ВШЭ, 2005.

2. Иеринг Р. Борьба за право. М.: Феникс, 1991.

3. Linz J., Stepan A. Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America and Post-Communist Europe. Baltimore: The JohnHopkins Univ. Press, 1996.

4. Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of of the Constitution. L.: Macmillan, 1931.

5. Brazier R. Constitutional Reform. Oxford: Univ. Press, 1998. P. 27.

6. Foley M. The Politics of the British Constitution. Manchester: Univ. Press, 1999.

7. Loveland I. Constitutional Law. A Critical Introduction. L.: Butterworths, 1996. P. 46–47.

8. Wade H.W.R. Constitutional Fundamentals. L., 1980. P. 37–38.

9. Constitutional Futures. A History of the Next Ten Years. Ed. by R.Hazell. Oxford: Univ. Press, 1999; См. также: Медушевский А.Н. Конституционные преобразования в Великобритании и России: сравнительные параллели // Британские политические традиции и реформа власти в России. М.: Посольство Великобритании в Москве, 2005.

10. Constitution Makers on Constitution Making. The Experience of Eight Nations. Ed. by R.A. Goldwin and A. Kaufman. Washington, 1988; Constitutional Policy and Change in Europe. Ed. by J.J. Hesse and N. Johnson. Oxford: Univ. Press, 1995.

11. Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World (D. Greenberg, S.N. Katz, M.B. Oliviero and S.C. Wheatley eds.). 1993; Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Athens. 1993. 2d ed.

12. Stepan A. Arguing Comparative Politics. Oxford: Univ. Press, 2001.

13. Jorge de Esteban. El proceso constituyente espanol. 1977–1978 // La Transicion democratica Espanola. Eds J. Felix Tezanos, R. Cotarelo, A. De Bias. Madrid, Sistema, 1989; Rubio Llorente F. La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

14.Медушевский А.Н. Договорная модель перехода к демократии // Вестник Европы. 2005. Т. XVI.

15.South Africa: Designing New Political Institutions. Ed. by M. Faure and J.-E. Lane. L.: Sage Publications, 1996.

16. Конституции государств Центральной и Восточной Европы. М.: ЦКИ МОНФ, 1997.

17. Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. М., 1995. Т. 1–14.

18. Preuss U.K. Constitutional Revolution. N.Y.: Atlantic Highlands, 1995.

19. Golay J.E. The Founding of the Federal Republic of Germany. Chicago: Univ. Press, 1963; Merkl P.H. The Origin of the West German Republic. N.Y.: Oxford Univ. Press, 1963.

20. Koseki Shoichi. The Birth of Japan's Postwar Constitution. Boulder. Westview Press, 1998; Otake H. Two Contrasting Constitutions in the Postwar World: The Making of the Japanese and the West German Constitutions // Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society. Ed. by Y. Higuchi. Tokyo: Univ. Press, 2000. P. 43–71.

21. Oliveira Martins G. Portugal. Instituigoes e Factos. Lisboa: Casa Da Moeda, 1991. P. 19–49; Ozbudun E. Contemporary Turkish Politics. Challenges to Democratic Consolidation. L.: Boulder, 2000.

22. Austin G. The Indian Constitution: Cornerstone of a Nation. Oxford: Clarendon Press, 1972.

23. Maluka Z.K. The Myth of Constitutionalism. Oxford (Karachi): Univ. Press, 1995.

24. Medding P.Y. The Founding of Israeli Democracy, 1948–1967. Oxford: Univ. Press, 1990; Jacobson GJ. Apple of Gold: Constitutionalism in Israel and the United States. Princeton Univ. Press, 1993.

25. Медушевский А.Н. Конституционная революция или конституционная реформа: к сравнительному изучению российской модели // Европейский Альманах. История. Традиция. Культура. М.: Наука, 2001. С. 110–132; он же: Конституционные революции в России XX века. Сравнительный анализ // Неприкосновенный запас. 2005. № 6 (44). С.48–56.

26. Dawood J. M. The Role of Superior Judiciary in the Politics of Pakistan. Karachi: Royal book company, 1994.

27. Kelsen H. General Theory of Law and State. L.: Russel and Russel, 1945. P. 118.

28. Gillespie Ch. G. Models of Democratic Transition in South America. Negotiated Reform versus Democratic Rupture // Democratic Transition and Consolidation in Southern Europe, Latin America and Southeast Asia. Ed. by D. Ethier. L.: Macmillan Press, 1999. P. 45–72.

29. Baaklini A.I. The Brazilian Legislature and Political System. Westport: Geenwood Press, 1992. P. 157–200.

30. Serena de la Garza M. Transiciones en America Latina: Reflexiones sobre la Reforma Politico-Institucional en Brasil y Argentina //Transiciones y Disenos Institucionales. Maria del Refugio Gonzalez, Sergio Lopez Ayllon (Ed.). Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2000. P. 225–253.

31. La Constitucion de 1991: Un pacto politico viable? Compilador J.Dugas. Bogota, Departamento de ciencia politica Universidad de los Andes, 1993; Colombia. The Politics of Reforming the State. Ed. by E.Posada-Carbo. L., 1998.

32. Alexis F. Changing Caribbean Constitutions. Barbados, Antilles Publication, 1984; Philipps P. West Indian Constitutions: Post-Independence Reform. N.Y.: Oceana Publications, 1985; The Central American Impasse. Ed. by G. Di Palma and L. Whitehead. L.: Croom Helm, 1986.

33. Foyer J. The Drafting of of the French Constitution of 1958 // Constitution Makers on Constitution Making. The Experience of Eight Nations. Ed. by R.A. Goldwin and A. Kaufman. Washington, 1988. P. 7–46.

34. Morabito M., Bourmaud D. Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789–1958). P.: Montchrestien, 1998; Maus D. Etudes sur la Constitution de la V-e Republique mise en place pratique. P.: STH, 1990.

35. Institutional Design in Post-communist Societies. Rebuilding the Ship at Sea. Ed. by J. Elster

C. Offe and U.K. Preuss. Cambridge: Univ. Press, 1997; Mackow J. Parlamentarische Demokratie und Autoritarismus. Erfolge und Misserfolge der postkommunistischen Verfassunggebung. Hamburg: Lit, 1998; The Revolutions of 1989. Ed. Tismaneanu V. L. and N.Y.: Routledge, 1999; Медушевский А.Н. Конституционные циклы в Центральной и Восточной Европе // Социологический журнал. 2004. № 3/4.

36. Tokes R.L. Hungary's Negotiated Revolution. Economic Reform, Social Change, and Political Succession, 1957–1990. Cambridge: Univ. Press, 1996.

37. Государственная Дума Российской империи (1906–1917). М.: РОССПЭН, 2006.

38. Государственная Дума Российской Федерации (1993–2006). М.: РОССПЭН, 2006.

39. Конституции государств Европейского Союза. М.: Норма, 1997; Конституции государств Европы. М.: Норма, 2001.

40. Lavaux Ph. La dissolution des Assemblers Parlementaires. P.: Economica, 1983; Parliamentary versus Presidential Government. Ed. by A.Lijphart. Oxford: Univ. Press, 1992; Конституции государств Центральной и Восточной Европы. М.: ЦКИ МОНФ, 1997.

41. Kalaycioglu E. Constitutional Viability and Political Institutions in Turkish Democracy // Designs for Democratic Stability. Studies in Viable Constitutionalism. A.I. Baaklini and H. Desfosses, Editors. N.Y.: Sharpe, 1997. P. 179–210.

42. Cabanis A. et Martin M.L. Les Constitutions d'Afrique francophone. Evolutions recentes. P.: Ed. Karthala, 1999. P. 27; Sandbrook R. Closing the Circle. Democratization and Development in Africa. Toronto: Univ. Press, 2000.

43. Fusaro C. La Rivoluzione costituzionale. Alle origini del regime post-parti tocratico. Firenze: Rubbettino Editore, 1993.

44. Конституционные проекты в России XVIII– XX вв. М.: РАН, 2000.

45. Loveman B. The Constitution of Tyranny. Regimes of Exception in Spanish America. Pittsburgh: Univ. of Pittsburgh Press, 1993.

46. Legislative Politics in Latin America. Ed. by S. Morgenstern and B.Nacif. Cambridge: Univ. Press, 2002.

47. The Evolution of the Mexican Political System. Ed. by J.E. Rodriguez. Wilmington: Delaware, 1993.

48. Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. СПб., 1908. С. 175.

49. L'Ecriture de la Constitution de 1958. P.: Economica, 1992. P. 272.

50. Pactet P. Institutions politiques. Droit constitutionnel. P.: Armand Colin, 1998.

51. Elective Dictatorship // Lord Hailsham. The British Legal System Today. L.: Stevens and Sons, 1983. P. 25–32.

52. Саква Р. Режим и система в посткоммунистической России // Российский конституционализм. М., 2000.

53. Corwin on the Constitution. Ed. by R.Loss. Ithaca and L.: Cornell Univ. Press, 1981– 1988. Vol. 1–3; Vile J.R. Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amendments, and Amending Issues, 1789– 1995. SantaBarbara, ABC-CEIO Inc., 1996.

54. Melone A. P. Creating Parliamentary Democracy. Columbus: Ohio State University Press, 1996.

55. Конституции государств Европы. М.: Норма, 2001.

56. Конституция Российской Федерации с комментариями Конституционного суда РФ. 2-е изд. М.: ИНФРА-М, 2001. С. 69–72.

57. Wood G. The Creation of the American Republic 1776–1787. North Carolina: Univ. Press, 1998.

58. Судебная власть.М.: Проспект, 2003; Кравец И.А. Формирование российского конституционализма. М., 2002.

59. Kamto M. Pouvoir et Droit en Afrique Noire. Essai sur les fondements du constitutionalisme dans les etats d'Afrique Noire francofone. P.: LGDJ, 1987; OkothOgendo H.W.O. Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox // Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World. 1993.

60. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М.: Юрид. лит., 1981.

61. Grimm D. Constitutional Reform in Germany after the Revolution of 1989 // Constitutional

Policy and Change in Europe. Ed. by J.J. Hesse and N. Johnson. Oxford: Univ. Press, 1995. P. 129–151.

62. Carcassonne G. The Constraints on Constitutional Change in France // Constitutional Policy and Change in Europe. Ed. by J. Hesse and N. Johnson. Oxford: Univ. Press, 1995. P. 152–177.

63. Конституционализм // Общественная мысль России XVIII – начала XX века. Энциклопедия. М.: РОССПЭН, 2005. С. 220–223.

64. Медушевский А.Н. Утверждение абсолютизма в России. Сравнительное историческое исследование. М.: Текст, 1994.

65. Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: российский конституционализм в сравнительной перспективе. М.: РОССПЭН, 1998.

66. Труды российских конституционалистов: Конституционное государство. СПб., 1905; Чичерин Б.Н. Конституционный вопрос в России. СПб., 1906; Ковалевский М.М. Общее конституционное право. СПб., 1908; Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. СПб., 1908; Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М., 1912; Гессен В.М. Основы конституционного права. Пг., 1917.

67. Конституционные проекты в России XVIII– XX вв. М.: РАН, 2000.

68. Кондратьев Н.Д. Избранные сочинения. М., 1993.

69. Ключевский В.О. Краткое пособие по русской истории. М., 1906. С. 105.

70.Законодательные акты переходного времени. 1904–1906 гг. / Под ред. Н.И. Лазаревского. СПб.: Право, 1907.

71. Учредительное Собрание. Стенографический отчет. Пг.: Дом печати, 1918.

72. Конституция (Основной закон) СССР. С изменениями и дополнениями. М., 1991.

73. Конституция Российской Федерации. М., 1993.

74. Медушевский А.Н. Бонапартистская модель власти для России // Вестник Европы. 2001. Т. 1.