



ФОНД ЛИБЕРАЛЬНАЯ МИССИЯ

А.Н. МЕДУШЕВСКИЙ

**РОССИЙСКАЯ
ПРАВОВАЯ
ТРАДИЦИЯ – ОПОРА
ИЛИ ПРЕГРАДА?**

ФОНД «ЛИБЕРАЛЬНАЯ МИССИЯ»

Андрей Медушевский

**РОССИЙСКАЯ
ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ —
ОПОРА ИЛИ ПРЕГРАДА?**

Доклад и обсуждение

Москва **2014**

УДК 340(470+571):321.7
ББК 67.021+66.1(2)5-18
М42

Медушевский, А.Н.

М42 Российская правовая традиция — опора или преграда? : Доклад и обсуждение / Андрей Медушевский. — Москва : Фонд «Либеральная Миссия», 2014. — 136 с.

ISBN 978-5-903135-52-3

Есть ли у сторонников правового государства точки опоры в отечественной истории? Если построение такого государства ограничивалось лишь отдельными неудачными попытками, то почему, в силу каких факторов они таковыми оказывались? Сохранились ли эти факторы до сегодняшнего дня или претерпели какие-то изменения? Появились ли новые обстоятельства, более благоприятные для утверждения правового типа государственности? На эти и другие вопросы пытается ответить книга, включающая в себя доклад правоведа и историка А.Н. Медушевского и материалы его обсуждения в фонде «Либеральная Миссия».

УДК 340(470+571):321.7
ББК 67.021+66.1(2)5-18

ISBN 978-5-903135-52-3

© Фонд «Либеральная Миссия», 2014

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	4
<i>А. Медушевский</i>	
Русская правовая традиция: система, структура, динамика в сравнительной перспективе	5
Введение	5
I. Ключевые понятия в исследовании правовой традиции	6
II. Факторы, определившие развитие русской правовой системы	9
III. Структура источников права: этапы эволюции русской правовой традиции	15
IV. Так называемые константы русской правовой системы и вариативность развития	26
V. Наиболее характерные институты русской правовой традиции в сравнительном контексте	31
VI. Правовой дуализм в России как проблема легитимности института частной собственности	36
VII. Кодификация права как инструмент модернизации традиционного общества	40
VIII. Статика и динамика публично-правовой сферы: российские конституционные циклы и преемственность власти	44
IX. Русская юридическая школа: основные параметры развития	49
X. Формула русской правовой традиции	54
Обсуждение доклада	57

ПРЕДИСЛОВИЕ

Тема, вынесенная сегодня на обсуждение, — «Правовая традиция в России». Почему пора уже привлечь к этой теме внимание, которым она обделена не только в публичном пространстве, но, начиная с 1917 года и до сих пор, и в академической среде? Прежде всего потому, что правовое государство в стране не сложилось и не складывается. Движение в этом направлении инициировалось неоднократно, но из раза в раз прерывалось, и все возвращалось на круги своя. Но раз так, то правомерно ли вообще говорить о российской правовой традиции?

Это важный и, особо подчеркну, актуальный вопрос. Ведь речь идет о том, есть ли у сторонников правового государства какие-то точки опоры в отечественной истории, к которым можно было бы апеллировать, на которые можно было бы опереться. Если это только отдельные неудачные попытки, то почему, в силу каких факторов они таковыми оказывались? Сохранились ли эти факторы до сегодняшнего дня или претерпели какие-то изменения? Появились ли новые факторы, более благоприятные для утверждения правового типа государственности?

Мотивированный этими и другими вопросами, я и попросил Андрея Николаевича Медушевского подготовить доклад, который нам предстоит обсудить. Понятно, думаю, почему я обратился именно к Андрею Николаевичу. Он один из немногих исследователей, сочетающий в своих работах историка и правоведа. И я благодарен ему, что он на мое предложение откликнулся. С текстом доклада участники дискуссии могли ознакомиться заранее, что позволяет надеяться на содержательное обсуждение.

*Игорь Клямкин,
вице-президент фонда «Либеральная Миссия»*

**Андрей МЕДУШЕВСКИЙ,
профессор НИУ ВШЭ**

РУССКАЯ ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ: СИСТЕМА, СТРУКТУРА, ДИНАМИКА В СРАВНИТЕЛЬНОЙ ПЕРСПЕКТИВЕ

ВВЕДЕНИЕ

Проблема исследования — реконструкция русской правовой традиции как целостной системы. Правомерен вопрос: есть ли традиция и, если есть, в чем она состоит?

Мы исходим из того, что понятие традиции является конструируемым, и рассматриваем его по следующим параметрам:

- ключевые понятия в исследовании правовой традиции;
- факторы, определившие развитие русской правовой системы;
- структура источников права;
- этапы эволюции русской правовой системы;
- так называемые константы русской правовой системы и вариативность развития;
- наиболее характерные институты русской правовой традиции в сравнительном контексте.

Для выяснения специфики русской правовой традиции приоритетное значение имеют следующие темы:

- правовой дуализм как проблема легитимности института частной собственности;
- кодификация права как инструмент модернизации традиционного общества;
- статика и динамика публично-правовой сферы;
- российские конституционные циклы и преемственность власти;
- русская юридическая школа: основные параметры развития; формула русской правовой традиции.

В центре внимания находятся элементы данного подхода — правовая система, структура, функции, порядок коммуникаций, используемые устойчивые конструкции.

I. КЛЮЧЕВЫЕ ПОНЯТИЯ В ИССЛЕДОВАНИИ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

Традиция вообще определяется как процесс передачи мнений, доктрин, практик, обычаев, церемоний от предков к потомкам путем устной коммуникации. Правовая традиция — приверженность общества и юристов соответствующим стереотипам мышления и мотивации поведения. С позиций когнитивного метода в правоведении возможно говорить о конструировании юридической картины мира, определяющей поведение социальных групп, вектор законодательного развития, вариативность процессов и характер институционального выбора¹. Можно говорить о двух интерпретациях традиции — как стабильной, «замороженной» реальности или как «живой традиции» — динамичной реальности, постепенно наполняющей старые стереотипы новым смыслом. Вторая интерпретация чрезвычайно важна в процессе создания нового права как изменения старого².

В юридической литературе для изучения и сравнения правовых традиций обычно используют общее понятие правовой культуры. Дискуссия о культуре и смене типов цивилизации, представленная в классических трудах О. Шпенглера, А. Тойнби, П. Сорокина, Н. Данилевского, не позволила однозначно определить данный феномен. Но она показала роль права как одного из важнейших (наряду с религией) способов социального регулирования (напомним, что Сорокин начинал как ученик Л.И. Петражицкого и автор трудов по социологии права и криминологии). Столкновение цивилизаций в условиях глобализации, как показал С. Хантингтон, ведет к конфликту их системообразующих оснований — религии, этики, права, селекции соответствующих ценностей, принципов и норм, что ставит проблему их сравнения и критериев такого сравнения.

Наиболее интегрирующим критерием для нас является понятие стиля, которое вошло в сравнительное правоведение из антропологии. Стиль (*лат. stylus, греч. stylos* — палочка) — в древности и в Средние века заостренный стержень из кости, металла или дерева, которым писали на восковых дощечках или на бересте. Стиль в переносном смысле — общность образной системы, средств художественной выразительности, творческих приемов, обусловленная единством идейного содержания. Можно говорить о стиле отдельных произведений или жанра, об индивидуальном стиле (творческой манере) отдельного автора, а также о стиле эпох или целых художественных направлений. Вводя понятие «всеобщего культурного стиля» определенной цивилизации, А. Кребер подчеркивал устойчивые составляющие этого понятия. «Стиль, — по

¹ См.: Медушевский А.Н. Социология права. М., 2006; Он же. Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5 (84). С. 30–42.

² См.: Glendon M.A., Gordon M.W., Carozza P.G. Comparative Legal Traditions. N.Y., 1999. P. 14–15.

его словам, — во-первых, характерен; во-вторых, своеобразен, в-третьих, соотносится с определенной манерой, модальностью, модой»¹.

Ближайшей органической параллелью стилю в культуре выступает такое универсальное качество живого организма, как устойчивая форма. Это «такая форма, которая является основой для видообразующей характерной функции животного или растения; которая сообщает живому существу его типичные способности, или габитус, или темперамент, или этос». Оговаривая различие понятия «стиля» для живой природы и культуры (где части стиля в большинстве случаев не связаны жизненно необходимой взаимосвязью), Кребер отмечает, что представленная параллель — «нечто большее, чем метафора». «Речь идет, — говорит он, — о качествах, которые зримы (если угодно, даже измеримы) в форме, присущи структуре и ее функциям, обычно широко распространены в структуре». Они придают связность форме, которая «и есть то, что организмы разделяют со стилями в культуре»². Данная логика открывает возможность «стилевого конструирования культуры»³ в целом или конструирования важнейшего ее элемента — правовой культуры (традиции).

С позиций когнитивного и историко-антропологического подхода возможно уточнение и раскрытие структуры понятия правовой культуры. Ее выражением становится группировка правовых систем в правовые семьи. Речь идет об отыскании сходств, которые обычно присущи типам обществ, имеющих общие или очень сходные исторические пути, религиозные основы и аспекты. Группировка правовых систем мира в различные правовые семьи отвечает стремлению компаративистов к порядку и классификации, но имеет условный характер, поскольку зависит от избранных критериев классификации — деления их на светские и теократические; демократические и тоталитарные; западные и восточные, социалистические и буржуазные; стабильные и переходные.

Самой известной является классификация Р. Давида, который выделяет следующие системы: романо-германские правовые системы (эта правовая семья обычно определяется как континентальная европейская, хотя англо-американские юристы определяют ее как гражданско-правовую семью); англо-американские правовые системы (или системы общего права), основанные на религиозных и традиционных основаниях; исламская, ранее также социалистическая⁴. Исламская (или мусульманская) традиция включает особенно много подразделений из-за существования в ее рамках различных религиозных учений и соответствующих им правовых школ⁵.

¹ Кребер А. Стиль и цивилизация // Кребер А. Избранное : Природа культуры. М., 2004. С. 804, 850.

² Там же. С. 854–855.

³ Кребер А. Стиль и цивилизация. С. 872.

⁴ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997.

⁵ См.: Rohe M. Das Islamische Recht : Geschichte und Gegenwart. Munchen, 2009.

Ряд правовых систем могут относиться исследователями к определенным правовым семьям или выделяться в отдельные семьи для удобства анализа, как, например, нордическое право Скандинавских стран¹. Следовательно, степень сходства или различия правовых систем не абсолютна: одна правовая система может войти в разные правовые семьи в зависимости от избранных критериев типологии. Русская правовая система может интерпретироваться как часть евразийской, романо-германской, восточноевропейской или особой — «славянской»². Традиционная дихотомия соотношения Запада и Востока сама является результатом конструирования. Например, понятие «Востока» или «ориентализма» в целом есть в известной мере продукт западной мысли³. Разнообразие правовых традиций предполагает учет взаимодействия факторов их формирования, но одновременно — новых идеологических влияний в их модификациях⁴.

К. Цвайгерт пишет, что группировать правовые системы целесообразно на основе их «стиля». Но этот последний должен определяться исходя из многих аспектов: 1) историческое происхождение и развитие правовой системы; 2) преобладающий способ правового мышления; 3) характерные правовые институты (например, траст в англо-американских правовых системах); 4) иерархия и интерпретация источников права; 5) идеология правовой системы (например, бывших социалистических стран)⁵.

Давид предлагает различать правовые системы на основании того, может ли юрист, получивший образование в одной системе, работать в другой. Если нет, то они различны. Предлагаются и другие критерии. С педагогической точки зрения существенно выявление следующих критериев: 1) сходство в дизайне и структуре; 2) иерархия источников права и их интерпретации; 3) базовые методы правового мышления; 4) правовые концепции и терминология, даже если сходство по этим параметрам не дополняется сходством содержания правовых норм. Говорят о мировом правовом атласе и мировой карте существующих правовых систем. Внешнее выражение правовой национализм нового времени находит в форме кодификаций, выражающих «национальные правовые традиции»⁶.

Представляется, что такой подход оправдан и в отношении русской правовой системы. Она формально является частью романо-германской системы и разделяет ее основные характеристики. Но на деле отличается большим свое-

¹ См.: Bogdan M. *Comparative Law*. Kluwer, 1994.

² См.: Sigel F.F. *Lectures on Slavonic Law*. London : Batoche Books, 2001.

³ См.: Said E.W. *Orientalism*. N.Y., 1994.

⁴ См.: Glenn P.N. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. London : Oxford Univ. Press, 2000.

⁵ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 2000. Т. 1–2.

⁶ Glendon M.A., Gordon M.W., Carozza P.G. *Comparative Legal Traditions*. P. 31.

образом по всей линии выделенных параметров¹. На эту пограничную ситуацию русской правовой системы особое внимание обратила постреволюционная эмиграция, для которой сохранение юридической традиции определяло смысл существования и преподавательской деятельности в иностранных университетах — от Парижа и Праги до Харбина².

Главной проблемой, которая встает при изучении русской правовой традиции, на современном этапе является оценка так называемого социалистического права: до какой степени оно органично русской, славянской (и вообще континентальной) правовой традиции и составляет ее часть, а до какой выступает самостоятельным явлением, то есть аномалией, исключением из правила? Этот вопрос является центральным не только для реконструкции исторической традиции, но и для перспектив развития современного российского права.

II. ФАКТОРЫ, ОПРЕДЕЛИВШИЕ РАЗВИТИЕ РУССКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

К числу факторов, определяющих конфигурацию правовой традиции, современные исследователи относят религию, идеологию, экономику, географию, политическую систему, демографическую ситуацию, случайные или переменные обстоятельства. Их роль прослеживается и в формировании русской правовой традиции.

1. Религиозные представления играли существенную, но не определяющую роль в формировании русской правовой традиции. Религиозная основа русского права определяется культурной традицией православия с его идеей коллективного спасения (в отличие от индивидуального спасения в католической и протестантской религиозных традициях). Влияние религиозного фактора в русской традиции, однако, не столь непосредственно по сравнению с другими правовыми традициями, где религиозные нормы заимствуются из Корана (в мусульманских странах), из Талмуда и Торы (в Израиле), из буддистских традиций (индуистское право), причем часто получают статус закона или инкорпорируются в действующее право другими способом. В католических странах Запада каноническая традиция оказывала мощное влияние на все отрасли права, а утрата исторической связи с ней рассматривается даже как

¹ Наиболее глубокие исследования русской правовой традиции принадлежат старым авторам: Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. М., 2007; Florinsky M.T. Russia: A History and Interpretation. N.Y., 1953. Vol. 1–2.

² См.: Сабенникова И.В. Право и традиция: либеральная профессура в организации юридического образования русской постреволюционной эмиграции // Конституция 1993 года и российский либерализм : К 20-летию Российской Конституции. Пятое «Муромцевские чтения». Орел, 2013. С. 153–165.

причина ослабления действенности права при решении современных проблем¹. Не было в русской правовой традиции и четко выраженной преемственности фиксированных этических норм, как это присутствует в конфуцианской традиции (Китай). В Древней Руси непосредственное влияние религиозных норм должно быть признано менее значительным. Рецепция византийского права включала заимствование религиозных норм — номоконов, но они касались главным образом семейного права.

2. Русская правовая система Нового времени в большой степени испытывает влияние идеологии (особенно государственное или конституционное право, уголовное право и административное право). В России идеология оказывает влияние через конструкцию государственной власти — формулу самодержавия. Соединяя в византийских традициях религиозную и светскую власть, самодержавие искало идеологическое обоснование в особых теоретических конструкциях. Их интеллектуальным обобщением в Новое время выступили такие концепции, как «Москва — Третий Рим», «православие — самодержавие — народность». Иногда современные авторы (начиная с Н. Бердяева) прибавляют к ним «коммунизм» (III Интернационал), имея в виду выстраивание преемственности идеологических стереотипов политико-правового развития до Новейшего времени. Однако данный подход представляется спорным, поскольку коммунизм не выработал никакой позитивной концепции права и его легитимации. Трудно поэтому признать так называемое социалистическое право простым продолжением и тем более аутентичным выражением русской правовой традиции.

Связь идеологии и права, представленная в концепции социалистического права, получившего в XX в. чрезвычайно широкий ареал распространения, определялась в основном традициями аграрного общества с его представлениями о равенстве, коллективизме, распределительно-уравнительной трактовкой справедливости. Из СССР этот тип права переходит в другие страны, первой из которых была Монголия, а затем страны Восточной Европы (ГДР, Польша, Чехословакия, Венгрия, Румыния, Болгария), в некоторых отношениях Югославия и Албания, развитие права в которых, однако, отличалось от советской модели. За пределами Европы социалистическое право утвердилось в Китае, Северной Корее, во Вьетнаме, на Кубе. Некоторые страны пережили социалистический эксперимент за более короткое время (бывшие португальские колонии в Африке, ставшие независимыми в 1970-е гг.).

В ряде стран, однако, социалистическая модель наложилась на иные культурно-исторические традиции (конфуцианские традиции в Китае). В некоторых странах влияние социалистического права представлено в опосредованной форме (конституция Португалии, многих развивающихся стран, в частности

¹ См.: Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998; Он же. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999.

в различных концепциях «арабского социализма»). Если русская правовая традиция и лежала в основе некоторых стереотипов советского права, то его распространение определяется более широким кругом факторов. Во всяком случае, почти все социалистические правовые системы были построены на континентально-европейских правовых традициях и после коллапса социализма вернулись в романо-германскую (континентально-европейскую) правовую семью.

3. Экономический фактор позволяет найти объяснение ряда основных и устойчивых тенденций русского права, пробивающихся сквозь пеструю картину разнообразных социальных, экономических и политических событий. В качестве исходных позиций для анализа следует констатировать наличие определенного типа культуры, непременным условием существования которой является стабильность — как в экономическом, так и в политическом смысле. Прежде всего имеется в виду то, что основным способом существования русского населения является земледелие, обработка ничем не защищенного и находящегося на открытой местности поля.

В отличие от кочевого населения, которое все свое имущество носит с собой, земледельческие народы вынуждены относиться к стабильности как к важнейшей жизненной необходимости. Если подходить с этой точки зрения, то русское централизованное государство постоянно находилось в экстремальной ситуации. Поэтому все наличные ресурсы государства — демографические, военные, финансовые — в принципе служили реализации данной цели, которая достигалась огромным их напряжением. Нехватка средств была постоянным лейтмотивом внутренней и внешней политики России на протяжении всей ее истории.

Тем не менее в длительной исторической перспективе это государство не только устояло, но и значительно расширило свою территорию, включая новые земли, которые, несмотря на огромные различия в экономическом и политическом отношении, образе жизни и типах культуры населения, интегрировались в единую систему. Входявшие в состав государства новые территории прежде всего становились объектом хозяйственного освоения как местного, так и пришлого населения, крестьянской земледельческой колонизации. Основой благосостояния оставался земледельческий труд, который создавал общественное богатство, давал государству материальные и демографические ресурсы для нормального функционирования. Именно поэтому все основные тенденции развития права и государственной политики были непосредственно связаны с вопросом о земле и крестьянском сословии.

Этими критериями стабильности объясняется слабое развитие рыночных отношений — частного и гражданского права. В процессе русской истории идет целенаправленная селекция правовых норм, укрепляющих административно-государственное регулирование. Социалистические правовые системы, опиравшиеся на эту предпосылку и возведшие отказ от конкуренции в право-

вой принцип, не содержали целых областей правового регулирования, жизненно важных для рыночной экономики, в частности для правового регулирования процесса приватизации. Радикальные правовые реформы 90-х гг. XX в., осуществлявшиеся в направлении рыночной экономики, не были бы возможны без копирования иностранных моделей.

4. Если согласиться с тезисом Ш. Монтескье о влиянии географии, климата и естественных ресурсов на правовую систему, то становится понятно значение этого фактора для развития русского права. Влияние географического фактора, хорошо показанное в классической русской историографии (С. Соловьев, В. Ключевский, М. Любавский), прослеживается по разным направлениям. Таким, как территориальная протяженность и отсутствие естественных границ; колонизация новых земель, роль рек как способа коммуникаций; «борьба леса со степью» как перманентный государствообразующий фактор; необходимость фиксации населения на определенной территории и вытекающий из этого своеобразный механизм отношений сословий и государства.

Это увеличение русской государственной территории столь заметное явление, что ни один исследователь не мог оставить его незамеченным. Однако смысл данного процесса остается необъясненным. Нельзя в качестве объяснения принять чисто оценочные суждения об изначальной агрессивной природе того или иного государства. Гораздо более интересен вопрос о том, почему в том или ином случае тенденции к территориальному расширению государства реализуются или не реализуются. Поскольку в данном случае речь идет о государстве, которое развивалось в условиях постоянной внешнеполитической нестабильности, остается предположить, что тенденция к расширению территории в основном отвечала интересам населения не только центра, но и периферии. Формирующаяся русская правовая традиция оказывалась способной гибко и эффективно интегрировать различные обычаи, нормы и представления других (в том числе кочевых и архаичных) народов.

5. Демографический фактор определяет плотность и размещение населения, оказывая влияние на «национальный темперамент», семейное и административное право. Ключевым фактором формирования русской правовой традиции, начиная с эпохи древнерусского государства и до XX в., является низкая плотность населения и устойчивая тенденция к колонизации новых территорий крестьянским населением. Освоение земельных ресурсов Приднепровья было продолжено распашкой плодородных «ополий» Владимиро-Суздальского и других княжеств Северо-Восточной Руси, Замосковского края. Наиболее ярко эта тенденция проявилась в последовательном освоении так называемого Дикого поля — богатых плодородных земель Черноземного центра, что сдерживалось лишь опасностью со стороны южных границ Московского государства XVI–XVII вв., но по мере его усиления шло все нарастающими темпами, достигнув апогея во второй половине XVII в. Об устойчивости тенденции развития земледелия вишьрь убедительно свиде-

тельствует и ряд фактов более позднего времени — от освоения земель Причерноморья в XVIII — начале XIX в. до переселенческой политики П. Столыпина начала XX в. Влияние демографического фактора проявляется в способе разрешения социальных конфликтов не путем юридического договора, но путем вытеснения недовольных на периферию государства (в виде бегства населения из центра на окраины) и в направлениях репрессивной политики (насильственное перемещение репрессируемых категорий в отдаленные регионы с целью хозяйственного освоения последних).

6. Политическая система русского государства выражает свою специфику в сравнительной перспективе. Сословный строй как на Западе, так и в России складывался прежде всего под влиянием экономических отношений, но не без вмешательства государства. Однако в России его роль была значительно заметнее. Здесь существовали особые предпосылки законодательного закрепления специфической системы сословной организации общества. Главная из них может быть определена как необходимость скорейшей мобилизации экономических и людских ресурсов общества в условиях хозяйственной разобщенности регионов, недостаточного развития товарно-денежных связей, рассредоточенности населения на огромном географическом пространстве и постоянной борьбы с внешней опасностью. Самостоятельной темой выступает степень трансформации русской политико-правовой системы под монголо-татарским влиянием. В классической русской историографии оно считалось незначительным. Но его роль стала подчеркиваться консервативной историографией под влиянием евразийской теории после распада Российской империи, а особенно — после распада СССР¹. Решение проблемы государственной организации в России было найдено в создании особой системы, когда каждый слой общества (сословие) имел право на существование лишь постольку, поскольку нес определенный круг повинностей. Или, используя терминологию того времени, — «службы», или «тягла».

Сердцевину организации составляло условное землевладение — предоставление земли и крестьян служилым людям, помещикам, при условии несения последними военной или гражданской службы. Так сформировалась поместная система, основным преимуществом которой являлось то, что государство всегда могло располагать значительными военными силами без затраты каких-либо средств на их содержание. Условность поместного владения состояла в том, что оно в принципе не было наследственным и даже пожизненным владением, но зависело исключительно от факта несения службы государству.

Другим преимуществом поместной системы для государства было ее значение как контрольного и хозяйственно-административного института. Не имея

¹ Обзор основных позиций см.: Пайпс Р. Влияние монголов на Русь: «за» и «против»: Историографическое исследование // Неприкосновенный запас. 2011. № 5.

достаточного числа чиновников на местах, правительство при составлении учетно-фискальных документов, сборе налогов, мобилизации в армию и, наконец, в полицейских целях опиралось на землевладельцев. Благодаря поместной системе государство имело армию и административный аппарат, не требующие для своего содержания средств из государственного, всегда чрезвычайно напряженного бюджета. В то же время закреплялся привычный стереотип обеспечения нужд администрации не из бюджета (в виде жалования), но прежде всего за счет самих управляемых — местного тяглого населения.

Помимо чисто фискальных и административных функций, поместная система имела также большое политическое значение. Она позволяла монарху мобилизовать ресурсы среднего и низшего слоев служилого класса в качестве своей социальной опоры в борьбе с боярской оппозицией, сохранявшей социально-экономическое могущество благодаря вотчинному (наследственному) землевладению. Усиление роли государства и его административной системы являлось еще одной характерной тенденцией русского исторического процесса¹. Наметившиеся у истоков формирования русской государственности направления социальной эволюции «достигли кульминации» в новый период русской истории, подготавливая тем самым почву для утверждения абсолютизма в Петровскую эпоху и во многом обуславливая его дальнейшее развитие.

7. Неизвестные, переменные и случайные факторы также способны оказать существенное влияние на формирование правовой системы. Сюда относятся фундаментальные внешние причины, способствующие развитию определенных правовых принципов (например, особое место Новгорода на перекрестке торговых путей, способствовавшее развитию частного права и вечевой демократии). Или, напротив, срывам естественного правового развития (татаро-монгольское нашествие, мировые войны, крушение Российской империи и утверждение коммунистической диктатуры, распад СССР в 1991 г.). Существенное значение имеет вклад исторических личностей — преклонение Петра Великого перед западными формами управления и технологиями; либеральные убеждения таких монархов, как Екатерина II и Александр I, случайные события — ссылка М. Сперанского в разгар кодификационных работ, покушение на Александра II перед подписанием «конституционного» документа. В XX в. — появление таких реформаторов как С. Витте и П. Столыпин, а затем — М. Горбачев и Б. Ельцин, оказавшихся способными последовательно провести необходимые преобразования.

Сочетание этих факторов позволяет выдвинуть предположение о существовании русской правовой традиции, обладающей формой, стилем и содержанием, отличающимися ее от правовых традиций других империй Нового времени.

¹ См.: Российская империя: от истоков до начала XIX века : Очерки социально-политической и экономической истории. М., 2011.

III. СТРУКТУРА ИСТОЧНИКОВ ПРАВА: ЭТАПЫ ЭВОЛЮЦИИ РУССКОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

В основу периодизации русской правовой традиции целесообразно положить структуру источников права. С этих позиций выделяется пять этапов: 1) древнейший (Киевская Русь), когда господствовало обычное право; 2) формирование централизованного государства (процесс унификации и кодификации обычного права); 3) правовая система имперского периода (приоритет рационализованного права над обычным); 4) идеократическая правовая система (приоритет светской идеологии над позитивным правом); 5) конституционное принятие концепции правового государства (закрепление преобладания международного гуманитарного права над российским).

Первый этап (Киевская Русь) демонстрирует, что древнерусское право развивалось в русле европейской традиции и характеризовалось господством обычного права. Уже в русско-византийских договорах упоминалось о «законе русском» как некоторой системе русского обычного права¹. Вывод о том, что древнерусское право носило главным образом характер обычного права, был сделан в свое время В. Сергеевичем на основе суммирования сведений различных источников по выделенным им рубрикам. Источниками права в Древней Руси признаны обычай, уставная деятельность князей, договоры, вечевые постановления, византийское право, ханские ярлыки и, наконец, Русская Правда². Сопоставление удельно-вечевых порядков на Руси с порядками на Западе, а также норм варварских правд и Русской Правды, проведенное В. Сергеевичем, показало их сходство.

Структура источников права позволяет выделить следующие.

1. Прежде всего, это **сборники норм обычного права, законов и судебных решений** периода Киевского государства, дошедшие до нас под именем «Русская Правда». Известны краткая и пространная редакции Русской Правды. О датировке возникновения и объеме содержательных изменений в этих редакциях идут споры³. Полемика идет об источниках права в разных редакциях Русской Правды — норманнское (варяжское) право, законодательство князя Ярослава, сборник русского (славянского) обычного права, а также византийское право⁴. Но все эти источники фиксируют нормы обычного права.

2. Другим источником права признаются в Киевском государстве **церков-**

¹ См.: Договоры Руси с Византией // Антология мировой правовой мысли. М., 2000. Т. IV. С. 21–24.

² См.: Сергеевич В.И. Русские юридические древности. СПб., 1900–1911. Т. 1–3.

³ См.: «Правда русская». М.–Л., 1940–1963; Тихомиров М.Н. Пособие для изучения «Русской правды». М., 1953.

⁴ См.: Юшков С.В. Общественно-политический строй и право Киевского государства. М., 1949.

ные уставы и княжеские уставные грамоты¹. Особое значение имеют дошедшие до нас новгородская и псковская **судные грамоты** (1456 и 1462 гг.). В них гораздо больше, чем в Русской Правде, норм, относящихся к гражданскому праву. Псковская судная грамота, кроме права собственности, знает залоговое право и право пожизненного пользования, содержит ряд норм об объекте права собственности. Она различает недвижимое (отчина) и движимое (живот) имущество, причем это движимое имущество делит на «животное» (скот) и «незрячее» (всякое другое имущество). Данный памятник содержит нормы и способы установления собственности, кроме получения по наследству или по договорам, много статей относится к залоговому праву, включает очень дифференцированное регулирование договоров. Говорится о договорах различного типа — дарении, купле-продаже, мене, поклаже, займе, ссуде, личном найме, изорничестве и найме помещений. Среди норм уголовного права фигурирует значительное число имущественных преступлений. Представлена развитая система судопроизводства и процессуального права.

3. Договоры русских городов (Новгорода, Смоленска, Полоцка и Витебска), князей галицких, волынских и литовских с Готландом, ганзейскими городами, Данией и Швецией. Договоры, регулирующие дипломатические и торговые отношения, содержат нормы уголовного и гражданского права. Трудно установить, выражают ли они русское или немецкое право, но есть нормы, сходные с нормами Русской Правды.

4. Византийское право — переводы греческих сборников церковного права — номоканонов, известных на Руси под именем кормчих книг. Постепенно русские переводчики к тексту номоканонов стали добавлять разные материалы, из коих наиболее обширными были византийские кодексы Эклога, Прохирон, «Закон судный людям» (или так называемый судебник царя Константина) и проч. Когда становятся известными основные сборники византийского права, начинается их рецепция: «Прежде всего, рецепируется византийское церковное право, в частности брачное право. Рецепция светского права была, однако, крайне ограниченной: влияние византийского права почти незаметно в уголовном, гражданском и судебном праве Киевской Руси XI–XII вв.»².

Обычаю при этом, как самому первому и самому главному в древности источнику права, отводится исследователями решающая роль. Обычай — творческая сила, создающая обычное право. Под последним понимается такое право, нормы которого применяются к отдельным случаям в силу согласного убеждения действующих лиц в необходимости подчиняться им. Формирование и развитие норм обычного права с древности до конца XVII в. предстает как источник генерирования обществом его права. Поэтому обычное право понимается очень широко. В этой перспективе обычного права следует рассматри-

¹ См.: Древнерусские княжеские уставы XI–XV вв. / под ред. Л.В. Черепнина. М., 1976.

² Юшков С.В. История государства и права СССР. М., 1947. С. 103, 158–162.

вать такие основополагающие установления Московского государства, как понятия собственности, способов ее приобретения и утраты, наследства, семейных отношений, понятие о возникновении обязательств из договоров и правонарушений, понятие о том, что убийство и татьба суть преступления и подлежат наказанию, и другие установления, уходящие в прошлое.

Второй этап — формирование централизованного Московского государства (XIV–XV вв.) — характеризуется преобладанием обычного права, но одновременно выражает стремление к его унификации и кодификации, связанное с усилением централизации власти. Источники права этого периода — Русская Правда, византийские законы (сборник, называвшийся «Мерилом Праведным»), а также княжеские грамоты — тарханные, льготные и другие, в которых устанавливались те или иные привилегии отдельным лицам, учреждениям, местностям. По мере централизации власти в руках московских князей эти привилегии стали даваться ими не только лицам или учреждениям, но и корпорациям или даже жителям определенных территорий (примерами таких жалованных грамот могут служить уставные грамоты наместничьего управления — Двинская 1397 г. и Белозерская 1488 г.). Они регулировали размер «корма» наместника, судебные пошлины и уголовные штрафы.

Основной вектор развития права в этот период — кодификация обычного права. Первый опыт кодификации был осуществлен великим князем Иваном III, поручившим Владимиру Гусеву составить проект кодекса, получившего название Судебника (сборника правил, определяющих деятельность суда). Вопрос об источниках этого памятника остается спорным. Одни считают, что Судебник собрал воедино главным образом старый законодательный материал (уставные грамоты и Русскую Правду). Другие, напротив, утверждают, что Судебник в значительной степени отразил реформаторскую деятельность Московского правительства, поскольку почти половина статей была впервые внесена в Судебник¹. Несмотря на бедность содержания Судебника и слабость юридической техники составителей, отмечается, что это «сборник великорусского права», где «в первый раз и с достаточной последовательностью выявлены черты правового строя великорусского государства»². Судебник был дополнен Василием III, но текст последнего до нас не дошел.

С усилением централизации и расширением территории Московского государства (XVI–XVII вв.) процесс кодификации был продолжен. Источники права этого времени — Царский судебник и Стоглав. Кодификация в этот период началась изданием Судебника 1550 г., известного под именем Царского или Второго Судебника. Основным источником этого судебного кодекса явился не дошедший до нас Судебник Василия III, но был привлечен новый указной материал, а также губные и земские уставные грамоты. Почти одновременно с Судебником

¹ См.: Kaiser D.H. The Growth of the Law in Medieval Russia. Princeton, NJ, 1980.

² Юшков С.В. История государства и права СССР. С. 175–177.

был издан Стоглав (в 1551 г.), явившийся результатом законодательной деятельности церковного (Стоглавого) собора, — он содержит постановления о церкви, ряд норм уголовного и гражданского права. При составлении Судебника предусматривалось пополнение его новым законодательством — так составились так называемые указные книги приказов. Большое значение имеют Указная книга судных дел, Указная книга Земского приказа, Указная книга Поместного приказа, Уставная книга Разбойного приказа.

Вершиной этих устремлений по кодификации обычного права стало Соборное уложение 1649 г. — наиболее важный кодекс периода Московского государства¹. Источниками уложения были: 1) судебники; 2) указы и боярские приговоры; 3) «градские законы греческих царей», то есть византийское право; 4) Литовский статут; 5) новые статьи — как включенные самими составителями проекта, так и внесенные по настоянию выборных — членов Собора — согласно их челобитьям. Соборное уложение явилось кодексом, в котором получили дальнейшее развитие начала русского права, выраженные в Русской Правде и в судебныхниках. Новоуказные статьи — еще один источник права — представляли собой указы, отменяющие, дополняющие или изменяющие постановления Соборного уложения. Некоторые имели большое значение в истории права: «Новоуказные статьи о разбойных и убийственных делах» 1669 г., «О поместьях» 1676 г., «О поместьях и вотчинах» 1677 г., «Писцовый наказ» 1684 г. Наряду с этим большое значение имели «Уставная грамота» 1654 г. (финансовое законодательство), и «Новоторговый устав» 1677 г. Это период наивысшего выражения систематизации русского традиционного права Московского государства.

Третий этап — имперский, или петербургский, период (XVIII — начало XX в.) выразил преобладание рационализированного права над обычным². Обычное право, господствовавшее ранее, утрачивает значение. Источником права имперского периода стало законодательство (во многом заимствованное извне), а основным вектором развития — рационалистическая кодификация³. Виды законодательных актов имперского периода имели различные названия — уставы, регламенты, учреждения, указы, причем установить их разграничение невозможно. Это вызвало дискуссию о соотношении закона и указа в имперский период, а также о соотношении писаного указа и устного распоряжения монарха. Была поставлена проблема, отражающая логику движения к правовому государству⁴. Несмотря на утопический характер петровского «регулярного» государства, общее значение этих правовых реформ

¹ См.: Маньков А.Г. Уложение 1649 г. — кодекс феодального права России. Л., 1980.

² См.: Вернадский Г.В. Очерк истории права Российского государства XVIII–XIX вв. (период империи). Прага, 1924.

³ См.: Медушевский А.Н. Утверждение абсолютизма в России. М., 1994.

⁴ См.: Коркунов Н.М. Указ и закон. Спб., 1894.

состояло в том, что «принцип законности был в отечественную культуру привнесен»¹.

Сравнительный анализ права таких стран, как Россия, Пруссия, Австрия, других государств рассматриваемого региона позволил выявить ряд крупных законодательных инициатив, имеющих принципиально общие черты. Анализируя в дальнейшем крупные кодификационные инициативы как вехи на пути реформирования социальных отношений с помощью политики права, мы выделили три основных этапа законодательных работ в эпоху просвещенного абсолютизма². В данной перспективе кодификационная деятельность абсолютизма (Петра I, Екатерины II и Александра I) выступает как первая в Новое время попытка целенаправленного использования законодательства, правовой политики для реформирования и модернизации социальных отношений.

Прослеживается несомненное сходство побудительных мотивов кодификации (проходившей в странах с абсолютистскими режимами), а также методов их проведения (путем создания бюрократических комиссий). Сходными, в принципе, оказывались и результаты их деятельности, характеризовавшиеся незавершенностью, которая, в свою очередь, объяснялась стремлением приспособить западноевропейское право к традиционным структурам стран Восточной Европы. Отсутствие результата 10 кодификационных комиссий в России XVIII — начала XIX в. выражает этот факт наиболее четко.

После неудачи с созданием российского Гражданского кодекса по образцу Кодекса Наполеона в основу кодификационных работ была положена новая теоретическая парадигма — теория германской исторической школы права. В результате с 20-х гг. XIX в. начала реализовываться предложенная Сперанским трехэтапная модель кодификации — последовательное создание Полного собрания законов, Свода действующих законов, а затем единого Гражданского уложения (систематизированного изложения законов по их предметам). Но из этого замысла до революции 1917 г. были реализованы только два первых этапа.

¹ Ахиезер А., Клямкин И., Яковенко И. История России: конец или новое начало? М., 2013. С. 207.

² Это начало кодификационных работ (Уложенные комиссии Петра 1700, 1714 и 1721 гг., в Австрии — комиссия 1709 г. и в Пруссии — 1713 г.), их новая активизация в середине XVIII в. (Уложенные комиссии Елизаветы и Екатерины II в России 1750–60-х гг., комиссия 1747 г. в Пруссии и 1753–1755 гг. в Австрии); наконец, третий, завершающий этап кодификации права, который приходится на период после Французской революции (Прусское земское уложение 1794 г., Австрийское гражданское уложение 1811 г. и кодификационные проекты начала царствования Александра I в России). Подробнее см.: Медушевский А.Н. Кодификация права в России и странах Восточной Европы XVIII — начала XIX в. // Словно-представительные учреждения России (XVIII–XX вв.). М., 1993.

Русская правовая традиция имперского периода не получила завершеного выражения в унифицированном и кодифицированном праве. 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 гражданских¹. 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 кодификации².

Центральной проблемой пореформенного периода в этом контексте стал анализ Свода законов Российской империи, сделавшегося в пореформенный период предметом всесторонней критики за его несоответствие рациональным принципам кодификации. Одни юристы (например, М. Лозина-Лозинский) полагали, что Свод может рассматриваться как своеобразный аналог кодекса западного типа и должен быть признан законом³. Другие исследователи (как например, 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

¹ См.: Кавелин К.Д. Русское Гражданское Уложение // Кавелин К.Д. Собр. соч. СПб., 1900. Т. 4; Коркунов Н.М. Значение Свода законов // Сб. статей Н.М. Коркунова: 1871–1897. СПб.: Н.К. Мартынов, 1898; Васьяковский 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.

² 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 С.В. История кодификации гражданского права. Т. 1–2. СПб., 1876; Он же. 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. 186–87; Тур Н.А. О плане разработки Гражданского и Торгового уложений // Журнал Министерства Юстиции. 1897. № 3 (март). С. 1–18.

³ См.: 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.

права (в стиле Кодекса Наполеона)¹. Эти исследователи показали, что Сперанский, ставя своей формальной задачей простую систематизацию русского права, в Своде законов существенно это право модернизировал². Наконец, третья группа исследователей полагала, что Свод вообще не был кодификацией в собственном смысле слова, то есть не был переработкой самого содержания законодательства с целью придания ему внутреннего единства и цельности. Эти исследователи считали, что Свод законов представлял скорее инкорпорацию, поскольку не отменял действия старых законов.

Этот тезис в наиболее четкой форме получил обоснование в трудах Н. Коркунова, доказывавшего, что Свод есть простое сведение исторически накопившегося законодательного материала, систематизированного только внешним образом. В специальных работах по проблемам кодификации русского права Коркунов шел еще дальше. Он считал, 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, подчеркнул 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 кристаллизироваться в «этой, раз навсегда установленной, форме»³. 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»⁴.

¹ См.: Тельберг Г. Участие императора Николая I в кодификационной работе его царствования // Журнал Министерства Юстиции. 1916. № 1 (январь). С. 233–244.

² 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.

³ Коркунов Н.М. Значение Свода законов // Сб. статей Н.М. Коркунова : 1871–1897. СПб.: Н.К. Мартынов, 1898. С. 79, 95.

⁴ Он же. Сборник статей : 1877–1897. СПб. : Н.К. Мартынов, 1898. С. 106.

Таким образом, кодификация гражданского права в России так и не получила завершения. Ко времени революции в стране не было создано кодекса, сопоставимого с французским Кодексом Наполеона 1804 г. или Германским гражданским уложением 1898 г.

Четвертый этап — советский период, выражавший принцип приоритета идеологии над правом (1917–1993 гг.). Революции начала XX в. уничтожили непрочные элементы гражданского общества, сформировавшиеся после Великих реформ 60-х гг. XIX в. Так называемое народное «правосознание» возторжествовало 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 правовую нигилизм и деструктивный анархический протест).

Основные кодексы, разработанные советской властью в 1920-е гг., испытали определенное влияние германского гражданского кодекса, что позволяет отнести их к германской правовой семье. Однако правовые нормы гражданского права подверглись радикальному пересмотру с позиций коммунистической идеологии. Ликвидировав восходящее к римскому праву деление его на частное и публичное, большевики начали проводить утопическую эсеровскую программу социализации земли и основных средств производства. Она получила выражение в «Основном законе о социализации земли» (1918 г.) и Земельном кодексе 1922 г., допуская элементы рыночного хозяйства, но исключавших частную собственность на землю. Завершением этого процесса в рамках «Общих начал землепользования и землеустройства» (1928 г.) стала так называемая социалистическая национализация земли, означавшая установление на нее исключительно государственной собственности параллельно с юридическим и фактическим ограничением свободы передвижения крестьян даже в тех усеченных формах, которые допускались ранее общинными порядками. Конституция 1936 г. закрепила данную конструкцию, определив землю как «государственную собственность, то есть всенародное достояние». В сфере публичного права эти тенденции (напоминающие о вотчинном или служилом государстве) нашли выражение в феномене, определенном нами как номинальный конституционализм с целью подчеркнуть его отличие от реального (действующего) конституционализма¹.

На всех этапах развития политической системы номинального конституционализма прослеживается приоритет идеологии над правом, проявившийся в конституционном закреплении основных идеологических догм. С этой точки зрения можно говорить об общей преемственности легитимирующей

¹ См.: Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: российский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1998.

формулы, основная цель которой состояла в обосновании идеологически детерминированного государственного строительства и права партии на власть. Тем не менее можно констатировать эволюцию легитимирующей формулы и параллельного изменения социального содержания власти. Если подойти к проблеме легитимирующей формулы не с точки зрения официальной правовой идеологии, а с позиций социологического анализа, то можно проследить, что эволюция данной формулы в основных советских конституциях четко закрепляет стадии появления нового правящего слоя, его роста и социальной деградации. Так, Конституция 1918 г. отражает факт его появления на свет в виде авторитарности — особого слоя, осуществляющего властные функции. В рамках формулы диктатуры пролетариата отбрасываются все другие социальные слои от участия в политике (путем системы непрямых и цензовых выборов). Союзная конституция 1924 г. отражает факт перегруппировки элиты в условиях острой борьбы центра и периферии, интеграции региональных элит в одну общесоюзную, сопровождавшихся уничтожением крайних групп, изменением инфраструктуры и каналов социальной мобильности.

В условиях установления тоталитарной диктатуры право выполняет две основные функции — легитимации режима и подавления его противников (как реальных, так и потенциальных). С этим связана существенная модификация марксистской правовой доктрины — отказ от предшествующего тезиса об «отмирании» права, обоснование новой системы авторитарного государства и резкое усиление карательной роли права. Основным итогом этих изменений стало появление так называемой теории советского государства и права, которая оставалась господствующей на протяжении всего сталинского периода и в наиболее существенных моментах сохранилась в дальнейшем. Основной практической целью этой доктрины явилось правовое обоснование партийного курса на «революцию сверху» — проведение коллективизации и индустриализации, связанных с этим массовых репрессий, прежде всего — уничтожение старой ленинской партийно-государственной элиты (в ходе политических процессов 1930-х гг.) и освящение единоличной власти вождя. В последующее время одной из целей этой доктрины стало также обеспечение идеологического поворота от идеи мировой революции к идее «советского патриотизма», ставшей основным аргументом во внешней политике государства. Реорганизация органов юстиции, произошедшая в середине и в конце 1930-х гг., имела целью «создать более конформистский контроль судей, прокуроров и следователей в отдаленной временной перспективе»¹.

Отказ от формулы о диктатуре пролетариата наметился в Конституции 1936 г., провозгласившей «власть трудящихся», но сохранившей в то же время упоминание о диктатуре. Данный памятник воплощает самую динамичную фазу развития советской элиты, когда она впервые достигает тотального кон-

¹ Соломон П. Советская юстиция при Сталине. М., 2008. С. 150.

троля над обществом, внутреннего единства (благодаря чисткам) и в то же время не успела еще потерять своего функционального назначения — организующей роли в процессе модернизации. В дальнейшем она, достигнув контроля над властью, утрачивает этот динамизм, все более превращаясь в привилегированное сословие. Отбросив все попытки установления социального или властного контроля над ней (в конституционных идеях эпохи хрущевских реформ, повлиявших и на кодификационные работы этого периода), она достигает пика формы, который одновременно означает начало конца для нее как целостного социального феномена, порожденного революцией.

Эта завершающая стадия представлена в Конституции 1977 г. с ее концепцией руководящей и направляющей роли партийной элиты. Осознавая непрочность своей власти в ситуации начавшегося системного кризиса, она ищет способы удержания власти в новых условиях. В условиях перестройки и последующего распада государства происходит и раскол самой элиты, выразившийся в концепции так называемого социалистического плюрализма и соответствующих изменениях в действовавшей Конституции и важнейших кодексах. Этот процесс завершается отказом от старой идеологии и отменой конституционного принципа руководящей роли партии. Он проходил безболезненно, потому что не затрагивал реальной власти элиты, которая уже нашла новый способ легитимации власти и собственности. Окончательное правовое оформление новая система получает в Конституции 1993 г.

Пятый этап — новейший период развития российского права, связанный с конституционной революцией 1993 г. и принятием ценностей, принципов и норм европейского происхождения. Основная особенность данного периода — установление приоритета международного гуманитарного права над национальным и выстраивание системы источников права, свойственных западным вариантам континентальной правовой семьи.

Конституция РФ 1993 г. отразила основные тенденции посткоммунистических конституционных реформ в странах Восточной Европы. В области философии права изменения были направлены на замену принципов идеологии классового противостояния принципами естественного права и прав человека. Из конституций были устранены все упоминания о социализме и коммунизме, включая имевшиеся в названиях государств («социалистические» и «народные» республики); положения о марксистско-ленинской идеологии; нормы о руководящей роли коммунистических партий (или их аналогов). В числе источников новых конституций называют Основной закон ФРГ, Конституцию Веймарской республики, конституции государств Южной Европы, в ряде случаев Конституцию Пятой республики во Франции.

В сфере имущественных и социальных отношений новое конституционное право фиксировало переход к рыночной экономике, культуре индивидуализма и индивидуальной свободы. Предметом конституционного закрепления стали: изменение отношений собственности; новая формулировка социаль-

ных прав; отношение к религии; права человека и их реализация; реформа судебной системы (прежде всего создание конституционных судов). Основу трактовки прав человека составили международно-правовые нормы, зафиксированные в основных документах: Всеобщей декларации прав человека 1948 г., международных пактах о правах человека 1966 г., Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и протоколах к ней. В области институциональной структуры речь шла о переходе от однопартийной диктатуры к плюралистическому режиму с разделением властей: отмене советской системы органов власти, введении разделения властей, многопартийности и политического плюрализма. Принципиальное значение имело закрепление конституционной нормы о приоритетности «общепризнанных принципов и норм международного права» перед внутренним правом (п. 4 ст. 15).

За прошедшее со времени принятия Конституции РФ 1993 г. время произошла радикальная трансформация всей правовой системы страны. Ее общим результатом стало принятие новых или радикальное изменение важнейших кодексов — Арбитражного процессуального, Бюджетного, Водного, Воздушного, Градостроительного, Гражданского, Гражданско-процессуального, Жилищного, Земельного, Лесного, Налогового, об административных правонарушениях, Семейного, Таможенного, торгового мореплавания, Трудового, Уголовно-исполнительного, Уголовного, Уголовно-процессуального. Произошла конституционализация отраслевого права, то есть оно было приведено в соответствие с либеральными нормами Конституции. В целом это было позитивным, но чрезвычайно конфликтным процессом. Он еще далек от завершения с точки зрения преодоления противоречий, интерпретации норм и правоприменительной практики¹. Информативен анализ эволюции основных конституционных принципов: справедливости и равенства (в контексте принципа соразмерности); правового государства; демократии; светского государства; социального государства и рыночной экономики; разделения властей; федерализма; местного самоуправления. Он показал, что их реализация в законодательстве, судебной и административной практике постсоветского периода далека от оптимальной, предполагает продолжение реформ по модернизации российской правовой и политической систем².

Разработка и принятие нового законодательства вообще позволяет выявить основные направления конфликтов переходного периода — между ветвями власти, федеральным центром и регионами, различными идеологическими представлениями о перспективных стратегиях политики права. В разрешении этих конфликтов иногда проявляются элементы правовой традиции, заставляющие вспомнить о ее истоках.

¹ См.: Butler W. *Russian Law*. London : Oxford Univ. Press, 2009.

² См.: Основы конституционного права России: двадцать лет развития. М., 2013.

IV. ТАК НАЗЫВАЕМЫЕ КОНСТАНТЫ РУССКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ И ВАРИАТИВНОСТЬ РАЗВИТИЯ

Ряд сквозных параметров традиционной системы, получивших правовое закрепление, рассматриваются в качестве констант русского правового развития, так как они неоднократно воспроизводятся в истории.

Во-первых, публично-правовой характер земельных отношений, решающая роль государства в формировании сословий аграрного общества, определении их правового статуса и повинностей. Исходная конструкция соединения земли и власти в рамках крепостного права составляла сердцевину служилого государства вплоть до начала его реформирования. Направления этого реформирования представлены проектами уложенных комиссий XVIII в.

Политическая стабильность Российского государства исторически была связана с экономическим и социальным могуществом владения земельными ресурсами. В коллективных представлениях общества государство, власть (персонифицированная в монархе) воплощала в себе одновременно и единство территории, и верховное управление, и верховное распоряжение земельными ресурсами. Во второй половине XVII в. обозначились важные для дальнейшего развития страны процессы: геополитическая обстановка, составлявшая один из факторов общественного консенсуса, стала более стабильной; создалась возможность широкого колониационного процесса освоения новых перспективных для земледелия ресурсов. В свою очередь, власть получила возможность положить предел перетеканию населения в незанятые землевладением регионы: произошло прикрепление крестьян к той земле и, соответственно, к тем землевладельцам, у которых они были зафиксированы учетной документацией (Уложение 1649 г.).

Во-вторых, институт крепостного права как фундаментальный институт традиционного общества и уникальная особенность русской традиционной правовой системы. Процесс унификации и формализации правового положения затрагивал все социальные слои русского общества. Особенно заметными были изменения в статусе податных категорий населения, прежде всего крестьянства. Первоначально крестьяне не были прикреплены к земле каким-либо законодательным актом, они селились как на государственных, так и на частновладельческих и церковных землях. Категория государственных крестьян была многочисленной, но постепенно борьба за землю и труд крестьян стала изменять существующее положение. Судебник 1497 г. впервые ввел ограничения на право крестьян переходить от одного землевладельца к другому, выделив для этого двухнедельный срок. Право перехода открывало определенные возможности изменить свое положение, оно также создавало конкуренцию между землевладельцами, заинтересованными в привлечении на свои земли новых работников. Судебник Ивана Грозного 1550 г. подтвердил эту норму и даже увеличил выкупную плату. Дальнейшее развитие социальных

отношений привело к тому, что право перехода (Юрьев день) было отменено, а последующие правовые нормы постепенно увеличивали сроки давности для розыска беглых крестьян, что получило название «урочных лет». Крестьянское население было окончательно прикреплено к земле знаменитым правовым кодексом — Соборным уложением 1649 г. С этого времени сыск беглых крестьян стал бессрочным, а урочные лета были отменены.

Прикрепив крестьян к земле, государство имело целью предотвратить их обезземеливание, грозившее экономическим кризисом из-за отчуждения производителей от средств производства. В данном случае государство потеряло бы источник поступления налогов в казну. Именно это имели в виду историки юридической школы XIX в., когда говорили о крепостном праве как об исторически вынужденной и даже необходимой мере, предотвращавшей превращение значительной части населения в безземельных бродяг или, наоборот, холопов (наиболее близкий российский аналог рабству в классическом понимании). Следуя правовым нормам Уложения, поземельное прикрепление не должно было поставить крестьянина в личную зависимость от владельца. Однако и в самом законе грань между поземельным прикреплением и личной зависимостью не была проведена вполне определенно, а с дальнейшим усилением крепостного права и вовсе исчезла. Ограничение свободы передвижения для значительного слоя населения страны стало тормозом динамичного развития общества, прежде всего товарно-денежных отношений. В то же время следует отметить, что, несмотря на значительную остроту борьбы за землю, в стране не произошло окончательного отчуждения крестьянского населения от земли, не было никаких признаков процесса, подобного английскому огораживанию и пролетаризации населения.

В-третьих, слияние политической власти и социального контроля в форме служилого государства. Формирование сословий проходило под непосредственным влиянием государства, а административные учреждения существовали для обеспечения функций данного сословного строя. В тесной связи с этим находились выражаемые понятием «соборности» отношения государства с институтами социального контроля, какими были сословно-представительные учреждения — земские соборы, а отчасти церковь и аристократический совет при монархе — Боярская дума. Наибольшую известность приобрел Земский собор 1613 г., избравший на царство родоначальника новой династии. Земский собор 1649 г., подкрепив своим авторитетом принятие Соборного уложения, завершил процесс закрепощения сословий государством. После этого сама идея земских соборов потеряла смысл, и во второй половине XVII в. они перестали созываться.

В результате сословия и государство оказались как бы переплетены между собой, что и выражалось во внешней «бесконфликтности» их отношений. Это нашло свое выражение в формировании особого типа государственности — служилого государства. Общество и государство здесь трудно разграничить:

каждое сословие, слой, группа выполняют только им присущие служебные функции, закрепленные в законодательстве¹. В этих условиях важнейшим способом регулирования социальных отношений снизу доверху было управление. Данное обстоятельство ставило аппарат управления в особые условия, что, при ограниченных возможностях социального контроля, способствовало консолидации и росту бюрократии как особого социального слоя.

В-четвертых, юридическая нечеткость оформления института частной собственности на землю. Основой процесса консолидации нового правящего класса являлась эволюция отношений собственности, идущая на протяжении второй половины XVII в. Социальный смысл этой эволюции состоял в уравнивании правового статуса поместной (условной) формы землевладения с вотчинной (безусловной) его формой. Юридическое признание этого факта стало возможным, однако, лишь в Петровскую эпоху. Указ Петра I от 23 марта 1714 г., фактически уравнивший основные типы землевладения, имел задачей остановить процесс бесконечного дробления земельного фонда страны под влиянием демографического фактора, поскольку преследовал цель утверждения новой для России формы единонаследия. Однако и эта попытка стабилизации численности сословия служилого землевладения путем создания нового закона, оказалась трудновыполнимой на практике. Традиционная бюрократия смогла нивелировать новую норму, что впоследствии признал и сам законодатель.

Унификация отношений собственности на землю и крестьян окончательно отделила правящий класс от остальной массы населения, способствовала его консолидации на основе единых экономических условий, служебных функций, роли в управлении, социальной психологии и культуры, а также перегруппировки сил внутри него самого. Закрепление статуса собственности в законодательстве оставалось неопределенным до проведения межевания земель Екатериной II и последующего оформления сословных прав дворянства. Активную роль в создании этого правящего класса играло государство, которое стремилось сделать его эффективным инструментом управления и поставить в большую зависимость от политической власти.

В-пятых, роль государства (бюрократии) в регулировании поземельных отношений и формировании правящей элиты. Переломным этапом в реализации усилий государства по созданию нового правящего класса явилось преобразование последнего на основании Табели о рангах 1722 г. Ее смысл состоял в следующем: правящий класс получал единую структуру; устанавливались новые принципы социальной мобильности (местнические принципы выдвижения по знатности окончательно уступили место выслуге, служебной компетентности); возростала зависимость правящего класса от государственной власти (поскольку карьера и несение служебных обязанностей за жалова-

¹ См.: Медушевский А.Н. Общество и государство в русском историческом процессе // Вестник МГУ. Серия 12. Социально-политические исследования. 1993. № 1. С. 15–30.

ные исключали или сильно ограничивали другие источники доходов); увеличивалась рационализация организации правящего класса. Эта организация шла теперь не по линии внутрисословных подразделений, а по чиновному рангу, во-первых, и по функциональному признаку (принадлежность к военной, гражданской или дворцовой иерархии), во-вторых. Все эти черты нового социального порядка способствовали бюрократизации и концентрации власти в руках правящей элиты (генералитета) и самого монарха. Именно переходу от традиционных форм управления к созданию рациональной бюрократии придавалось решающее значение в процессе утверждения абсолютизма¹.

Основные черты того типа государственности, который был представлен в России, четко выражены классической государственной школой в лице ее ведущих представителей — Б. Чичерина, С. Соловьева, К. Кавелина, А. Градовского и В. Сергеевича. Это особая роль географического фактора («борьба леса со степью» и последовательная хозяйственная колонизация огромной территории), мобилизационный тип экономики и организации вооруженных сил (жесткая взаимосвязь предоставления земельных ресурсов в обмен на службу), выстраивание зависимости сословной структуры от выполняемых функций («закрепощение и раскрепощение сословий государством»). Наконец, это ключевая роль деспотической власти в распределении экономических благ, управлении и осуществлении социальной инженерии, в частности — проведении радикальных преобразований общественных отношений сверху². Масштаб и устойчивость неформальных практик в русской социально-правовой традиции связывается современными исследователями с исторической моделью служилого государства³. Отмечается и ориентация всей системы на интересы государства, а не личности⁴, хотя вряд ли эта установка свойственна исключительно российской истории.

Воспроизводство этих стабильных институтов русской правовой традиции произошло в XX в. под видом установления «социалистической» системы права. В результате огосударствления и централизации экономики в СССР был создан тип хозяйства и права, основанный на государственной собственности на землю и средства производства. Он не только отрицал рыночные отношения и возрождал натуральный обмен, но и приводил к ретрадиционализации социальных отношений — созданию квазисословной иерархии социальных слоев, выстраивавшихся по линии доступа к распределительной системе государства. Эти цели достигались созданием такой системы учета и контроля, которая сое-

¹ См.: Медушевский А.Н. Утверждение абсолютизма в России.

² См.: Государственная школа русской историографии // Общественная мысль России XVIII – начала XX века. М., 2006. С. 117–119.

³ См.: The Russian Socio-Legal Tradition. Report and Analysis of a Workshop held of Wolfson college. By M. Kurkchlyan. Oxford, 2012.

⁴ См.: Оболонский А.В. Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994.

диняла все принципиальные информационные параметры — место, время, экономический, социальный и правовой статус. Переписи населения, паспортная система и прописка, узаконенные в 1932–1933 гг., существовавшие в царской империи, приобрели форму новых учреждений, действовавших в соответствии с политическими и социальными планами режима. Режим целенаправленно формировал такую организацию общества, которая обеспечивала управление людьми при помощи контроля над их основополагающими потребностями, передвижением и изменением социального положения.

Институциональное выражение данного принцип нашел в ряде установлений: 1) в колхозах, сохранивших определенную преемственность с традиционной крестьянской общиной (упраздненной в 1930 г.) и выступавших в качестве структуры, ставшей посредником в отношениях крестьян с государством; 2) в жилищном контроле (замена кооперативов и товариществ домовыми комитетами), 3) контроле на предприятиях и учреждениях (отделы кадров), 4) общем политическом контроле (партийные ячейки, создаваемые по производственному принципу). Основа всех этих форм контроля — отчуждение собственности у населения (земли — у крестьян, заводов — у производственных коллективов, жилья — у жителей домов) и предоставление бюрократии возможности жестко распоряжаться перераспределением имущества (через различные типы регистраций). Контроль над собственностью и имуществом со стороны государства давал огромную (в идеале тотальную) власть над личностью — тот ресурс, который мог быть использован как для экономической мобилизации, так и для репрессий¹.

Констатируя устойчивость и неоднократное воспроизводство данных элементов русской правовой системы, мы все же не склонны определять их как «константы» и говорить о безальтернативности их существования в прошлом и будущем. Вопреки сторонникам концепции особой «русской системы», мы считаем, что основные компоненты этой системы исторически не уникальны для России (они присутствуют уже в Византии и во многих государствах древности и Нового времени, особенно в азиатской части мира). Это во-первых.

Во-вторых, действительно уникальное соотношение этих факторов, присутствовавшее в России, было характерно в основном для периода формирования русской государственности, но не распространяется в полной мере на период империи.

В-третьих, система служилого государства, предполагавшая ключевую роль государства в словесном регулировании, могла функционировать по линии как усиления социального контроля, так и его ослабления в целях модернизации (примером чему выступают преобразования Петра Великого, Просве-

¹ См.: Медушевский А.Н. Сталинизм как модель социального конструирования // Российская история. 2010. № 6. С. 3–29.

щенного абсолютизма, Великих реформ 60-х гг. XIX в. и последующих периодов либеральных реформ Витте и Столыпина)¹.

В-четвертых, сходство модели государственности XVII в. и той, что реализовалась в XX в., связано не столько с прямым воспроизводством основ системы, сколько с использованием культурных стереотипов прошлого для осуществления мощной социальной мобилизации в условиях мирового экономического кризиса и сталинской диктатуры.

Наконец, лишены серьезных научных оснований прогнозы о безальтернативности этой системы, поскольку отсутствуют реальные социальные предпосылки воспроизводства элементов исторической правовой традиции в будущем (если только не иметь в виду стереотипы сознания, также изменяющиеся).

Таким образом, правовая традиция не сводится к единой «колее». Она предполагает механизм саморегуляции системы под влиянием как внутренних, так и внешних факторов, вариативность процессов и во всяком случае исключает фаталистический взгляд на традицию. Действие ее «исторических» факторов в настоящее время сохраняется не в прямой, но в опосредованной форме — скорее на уровне идеологем, чем позитивного права и практики правоприменения.

V. НАИБОЛЕЕ ХАРАКТЕРНЫЕ ИНСТИТУТЫ РУССКОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ В СРАВНИТЕЛЬНОМ КОНТЕКСТЕ

Наиболее характерными институтами русского права, имеющими традиционное происхождение, должны быть признаны государственная собственность на землю и поместная система, крепостное право и самодержавие. Вопрос о том, можно ли вообще определить эти нормы в категориях западного гражданского и публичного 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 попытаться, следуя за русской юридической мыслью прошлого, отыскать в истории права. Например, в некоторых категориях римского права, которые выступают при этом как известные социологические идеальные типы, позволяющие интерпретировать иную реальность.

В контексте перехода к гражданскому обществу русская правовая мысль стремилась определить возможность сопоставления русских и западных институтов, особенности механизмов их функционирования, решить вопрос об оптимальной стратегии трансформации устойчивых конструкций правовой традиции с минимальными социальными издержками. Такие мыслители, как

¹ См.: Он же. Ключевые проблемы российской модернизации. М. : Директ-медиа, 2013.

М. Вебер и М. 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.

Именно в этом контексте следует интерпретировать решение русскими цивилистами проблемы собственности, подразделявшейся ими на полную, неполную и ограниченную¹. Им была свойственна чрезвычайно широкая трактовка соотношения права собственности и имущественных прав. Трактовка, существенно отличающаяся от современной². Сюда же следует отнести интерпретацию так называемого вотчинного права и владельческих прав³, а также анализ различных изъятий из классического частного права. Эти изъятия были связаны с сохранением традиционных сословных привилегий и обязанностей, возникших еще в период служилого государства, соответствовавшей ему системы землевладения (в виде удельных, родовых, заповедных и майоратных имений, особого статуса земель крестьянских общин)⁴, специфики норм наследственного права и суда для помещиков и крестьян. И наконец, особых категорий зависимости, аналоги которых было трудно найти в современном западном частном праве, но возможно — в формулах римского права.

К числу анализировавшихся явлений относилась рецепция римского права на Западе, которая становилась актуальной в России после введения судебных уставов (С. Муромцев); соотношение полной и неполной собственности на землю (в условиях временнообязанных отношений); соотношение общей и частной собственности — кондоминиум (в связи с предоставлением крестьянам права выкупать свои наделы в собственность), различных форм аренды (эmfитевзис); наконец, широкая трактовка сервитутов как своеобразного 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 империи⁵.

¹ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. 9-е изд., испр. и доп., А.Х. Гольмстена. СПб. : Н.К. Мартынов, 1910. С. 235–266.

² Гражданское Уложение. Книга третья. Вотчинное право. Проект высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. СПб., 1904. Статья 2.

³ См.: Васильковский Е.В. Учебник гражданского права. Вып. II. Вещное право. СПб., 1896. С. 15–16, 33–34.

⁴ См.: Анненков К. Система русского гражданского права. СПб. : М.М. Стасюлевич, 1894. Т. 1. Введение и общая часть. С. 321.

⁵ См.: Ростовцев М.И. Колонат // Вебер М. Аграрная история древнего мира. С. 469–490; Он же. Рождение Римской империи. Пг. : Огни, 1918.

В контексте этих идей становятся более понятными интенсивные споры по поводу соотношения различных форм социальной зависимости в России¹. 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 (в пореформенный период, особенно по результатам столыпинской реформы); наконец (уже в постреволюционный период), к модернизированной форме новой социальной зависимости — возрожденному колонату, представлявшему собой своеобразное сочетание ограниченной личной свободы с жестким фактическим (но не юридическим) прикреплением к земле².

Интерпретация с этой точки зрения советского опыта в категориях рационального частного права представляется важной и не решенной до сих пор задачей. В правовой литературе русской эмиграции в отношении сталинской коллективизации использовалось понятие «второе крепостное право большевиков», что подчеркивалось сходством с аббревиатурой партии — ВКП (б). 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 именно как колонат позднеримской эпохи — крепость земле при сохранении ограниченной личной свободы. В этом случае оказывается возможным выявить типологическое (как социальное, так и формально-правовое) сходство и преемственность данной конструкции со статусом государственных крестьян в России эпохи реформы П. Киселева. Иначе говоря, ретрадиционализация не была доведена до закрепления формальных параметров крепостного права, не отличавшегося с этой точки зрения от рабства.

¹ Это известная дискуссия В.О. Ключевского и В.И. Сергеевича об указном и безуказном закрепощении; анализ форм феодальной зависимости в канун Французской революции (Н.И. Кареев); анализ 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 закладничества-патроната (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 частнопровых актов школой А.С. Лаппо-Данилевского и др.). Подробнее см.: 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.

² Медушевский А.Н. Проекты аграрных реформ в России XVIII — начала XXI веков. М., 2005.

Дискуссия о рабском труде в СССР также нуждается в корректировке ключевых понятий: заключенные ГУЛАГа, безусловно являясь рабами фактически, все же не могут быть признаны ими юридически (во всяком случае, в аутентичном римском понимании термина). 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. Этот тип государственности определялся также как «литургическое государство» по аналогии с Византийской империей (М. Вебер), как «азиатский способ производства» (марксистские критики режима) или как «восточная деспотия» по аналогии с азиатскими деспотиями Востока (К. Виттфогель). Все эти авторы подчеркивали, что он основывался на феномене «пожирания общества государством», когда их вообще становилось трудно разграничить, — феномене, возрожденном к жизни государством Ленина после революции 1917 г. и достигшем пика формы в социально-политической системе сталинизма.

Можно констатировать соединение в советском режиме, наподобие служилого государства, социальных структур и выполняемых ими функций. Эта цель достигалась слиянием различных видов контроля: введение паспортов в 1932 г. и института жилищной прописки было дополнено введением трудовых книжек в 1938 г., что позволяло вести борьбу с «текучестью кадров», то есть закреплять индивидов на определенной территории и рабочих местах. Ключевое значение в этой конструкции приобретало жилище, которым индивид не мог распоряжаться по своему усмотрению (купить, продать, самостоятельно построить, своевольно обменять, самостоятельно сдать в аренду и т.п.). В силу этого оно становилось фактором, определяющим сознание и поведение человека, степень его зависимости от государства и основным инструментом властного управления людьми.

Следует отметить и введение, также в традициях служилого государства, круговой поруки — фактически системы заложников, в которой за нелояльное поведение индивида несли ответственность трудовой коллектив, профсоюзный и партийный комитеты. А главное — семья и родственники провинившегося¹. В рамках этой системы арест любого человека, независимо от его социального статуса и предшествующих заслуг, автоматически вел к социальному остракизму и лишению всех благ не только его самого, но и членов его семьи. Они тоже должны были опасаться лишения жизни, свободы и выселения из жилища. Классовая теория права предполагала, следовательно, не только

¹ См.: Меерович М. Наказание жилищем : Жилищная политика в СССР как средство управления людьми (1917–1937 годы). М., 2008.

индивидуальную, но и коллективную ответственность социальных групп, в отношении которых могли быть применены уголовные санкции и репрессии.

Итак, форма земельной собственности в советский период может быть определена понятием «публичный сервитут». А положение колхозного крестьянина — 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. Действовавшие в переходный постсоветский период отношения имели поэтому много общего с отношениями колоната, эмфитевзиса и прекарными отношениями — различными модификациями экономической и социальной зависимости, представленными как в истории, так и в современности.

В некоторых случаях, например в колониальных странах с традиционной аграрной экономикой (латифундиями), эти формы зависимости были близки к фактическому рабству. Они служат основой клиентелизма (в самом буквальном, римском его понимании) как результата задолженности крестьян номинальным или фактическим владельцам земли (в современных российских условиях — бывшим директорам колхозов или предпринимателям). Этим определяются трудности преодоления формулы «общественной» (или колхозно-кооперативной) собственности в рамках современного земельного, жилищного и приватизационного законодательства¹.

Установив аналоги наиболее характерных институтов русской правовой традиции среди институтов западного происхождения и предложив их юридическую дефиницию, мы понимаем, что речь идет не столько об их уникальности, сколько скорее о нетипичности в Новое и Новейшее время для стран с развитой рыночной экономикой. Их существование вполне вписывается в представления о запаздывающем социальном развитии стран Восточной Европы, интерпретировавшиеся историографией в рамках концепции «второго издания крепостничества» Нового времени. Проявлением этой тенденции стали и так называемые социалистические формы собственности — государственная и колхозно-кооперативная, а также свойственные им отношения зависимости. Фактически они выражают сохранение традиционных норм в изменившейся социальной реальности, способствуя процессам правовой ретрадиционализации. В настоящее время их существование выступает тормозом предпринимательской деятельности и выражается в особенностях правосознания — в форме уравнилельно-распределительных предрассудков традиционалистской части населения.

¹ См.: Медушевский А.Н. Власть и собственность в современной России: принятие Земельного кодекса Российской Федерации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. №1 (38).

VI. ПРАВОВОЙ ДУАЛИЗМ В РОССИИ КАК ПРОБЛЕМА ЛЕГИТИМНОСТИ ИНСТИТУТА ЧАСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Специфика правовой системы России часто определяется понятием правового дуализма¹. Этот феномен возник в России начиная с Петра Великого и особенно после либеральных реформ 1860-х гг. и сохранялся до революции 1917 г. Суть правового дуализма — в параллельном существовании двух правовых систем. С одной стороны, он предполагал существование рациональной системы позитивных правовых норм. Эти нормы были в значительной мере заимствованы из европейских кодексов, прежде всего Кодекса Наполеона, а позднее также Германского гражданского уложения. Они вполне соответствовали представлениям о гражданском обществе и частной собственности. С другой стороны, существовала особая сфера неписаного крестьянского права, охватывавшего подавляющую часть населения страны с его архаичными аграрными представлениями о справедливости, приоритете коллективного начала над личным, отрицанием индивидуальной собственности. Если первая правовая система отражала западные представления и насаждалась государством в интересах модернизации страны, то вторая соответствовала традиционным порядкам крестьянской общины с ее неподвижностью, коллективизмом и уравнильно-распределительными принципами трудовой этики, радикально отторгавшими принципы рыночной экономики и индивидуального вклада.

Правовой дуализм был связан с нерешенностью проблемы исторического обоснования прав собственности на землю — вопросом о времени (исторической давности) и характере (правовом или неправовом) ее приобретения различными социальными группами. Незыблемость права собственности на землю основана обычно на исторической давности ее приобретения — укорененном в сознании представлении о том, что человек впервые поселился на ней. В условиях аграрных конфликтов этот мотив приобретает особенно сильное звучание. Поскольку крепостное право являлось древним институтом, происхождение которого не имело зафиксированного юридического характера (о чем свидетельствовали споры об указном и безуказном закрепощении), это открывало возможность диаметрально противоположных юридических формул его интерпретации.

В полемике с В. Сергеевичем, отстаивавшим указную теорию, В. Ключевский при объяснении возникновения крепостного права исходил не из публичного, а из частного права. Он полагал, что крепостные правовые отношения возникли не путем государственного принуждения (или не главным образом через него), а путем договорных сделок между владельцами земли — помещиком и

¹ См.: Он же. Правовой дуализм в России и попытка его преодоления // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 1 (50).

крестьянами. Отсюда он делал вывод, что «крепостное право в России было создано не государством, а только с участием государства: последнему принадлежали не основания права, а его границы»¹. Отмена крепостного права также не является делом исключительно государства — оно лишь отвечает назревшим потребностям социального развития. Обращение ко второй формуле становилось юридической основой либеральных реформ — освобождения крестьян с землей, установления их права на нее путем компромисса с аналогичным правом помещика (уставные грамоты); наконец, перехода к практической реализации реформы.

В этом контексте информативен поиск русской правовой мыслью XVIII — первой половины XIX в. оптимальной формулы решения крестьянского вопроса. То есть формулы изменения той исходной конструкции соединения земли и власти в рамках крепостного права, которая составляла сердцевину служилого государства вплоть до начала его реформирования. Направления этого реформирования впервые были представлены вполне определенно проектами уложенных комиссий XVIII в. В частности, выдвиганием полярных концепций решения крестьянского вопроса в екатерининской Уложенной комиссии 1767 г.²

Другая теоретическая конструкция была связана с проектами введения наследственной аренды земли для крестьян (А. Поленов)³. Она определила контуры последующих реформационных инициатив М. Сперанского и Н. Мордвинова⁴ и далее — движение вплоть до реформы уклада государственных крестьян П. Киселева⁵. Ее появление ознаменовало поиск выхода из жесткой формулы регулярного петровского государства, связывавшей два основных сословия — крестьян и дворян — между собой во имя выполнения служебной функции в отношении государства. В этой логике не случайно появление идеи постепенного освобождения крепостных с сохранением традиционных форм землевладения — наделения крестьян землей с сохранением длительного переходного периода и традиционных общинных институтов.

В проектах кануна реформы 1861 г. с этих позиций представлены пути освобождения крестьян, оказавшие реальное влияние на ход и результаты

¹ Ключевский В.О. Происхождение крепостного права в России // Соч. М., 1959. Т. 7. С. 317.

² См.: 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.

³ Поленов А.Я. Об уничтожении крепостного состояния крестьян в России // Русский Архив: Историко-литературный сборник. М., 1865 (Год Третий). С. 510–541.

⁴ См.: План государственного преобразования графа М.М. Сперанского. Введение к Уложению государственных законов 1809 г. М.: И.Д. Сытин, 1905.

⁵ Проекты П.Д. Киселева см. в кн.: Заблоцкий-Десятовский А.П. Граф П.Д. Киселев и его время. СПб., 1882. Т. 1–4.

Крестьянской реформы¹. Это проекты либеральных сторонников реформы (прежде всего проект К. Кавелина и его реализация в ходе Крестьянской реформы)², проекты дворянских комитетов, история их рассмотрения в редакционных комиссиях³. В ходе реформы принципиальное значение получила дискуссия об историческом содержании крепостного права в канун его отмены: означает ли оно крепость крестьянина помещику (в этом случае оно становилось тождественно пониманию рабства в римском праве) или крепость крестьянина земле (в этом случае крестьянин выступал теоретически как свободный человек, имевший право на землю). Второй вариант ответа был положен в основу рабочей концепции реформаторов. Разведение юридических понятий «рабство» и «крепостничество» (при их фактической близости для ряда эпох европейской и российской истории), в принципе, выступает как инструмент легитимации эмансипации крестьянства в разных странах вплоть до современности. Данная аргументация присутствует в сочинениях американских аболиционистов, в дебатах по аграрным реформам послевоенной Японии, Индии, ЮАР, стран Латинской Америки⁴.

Во всех случаях подобных преобразований решающим фактором инициирования реформ становились не экономические аргументы (в ряде случаев поддержание форм зависимости на момент начала изменений сохраняло определенную хозяйственную рациональность) и не демографические (поскольку численность крепостного населения могла уменьшаться эволюционным путем⁵), а именно моральные и философско-правовые. Эти аргументы присутствовали и в отношении перспектив приватизации общинных земель в России. К. Кавелин видел выход из ситуации в признании сельских обществ собственниками их земель. Но — с введением ограничений коммерческого использования земли, «чем устраняются все опасности обезземеливания крестьян через скупку их наделов»⁶. Б. Чичерин связывал трансформацию российской общины с постепенным предоставлением крестьянам права собственности на их земли⁷.

¹ См.: Самарин Ю.Ф. О крепостном состоянии и о переходе из него к гражданской свободе // Соч. М., 1978. Т. 2.

² См.: Кавелин К.Д. Записка об освобождении крестьян в России // Собр. соч. СПб.: М.М. Стасюлевич, 1898. Т. 2.

³ См.: Корнилов А.А. Губернские дворянские комитеты 1858–1859 гг. // Великая реформа, 1861–1911. Русское общество и крестьянский вопрос в прошлом и настоящем. М.: И.Д. Сытин, 1911. Т. I–V.

⁴ См.: Hare R.M. Liberty, Equality, and Fraternity in South Africa? // Essays on Political Morality. London: Oxford Univ. Press, 1998. P. 167–181.

⁵ См.: Кабузан В.М. Крепостное население России в XVIII — 50-х годах XIX в. (численность, размещение, этнический состав). М., 1963.

⁶ См.: 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.М. Стасюлевич, 1882. С. 80.

⁷ См.: Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. М.: И.Н. Кушнерев, 1896. Ч. II. С. 189–191.

Вопрос о приватизации земель крестьянских общин, стратегии этой приватизации был в центре дебатов и в ходе столыпинской аграрной реформы¹.

Ситуация правового дуализма в пореформенной России получала различные интерпретации. Одни исследователи полагали, что она отражает существование двух полноценных и конкурентоспособных правовых систем; другие — что эти две системы неравноценны и следует говорить скорее о соотношении двух видов права (писаного и обычного); третьи — что имеет место противоречие позитивного права и факта². Исходя из этого выдвигалось три концепции разрешения вопроса — революционно-популистская, демагогически противопоставлявшая право сельской общины, как более «справедливое», «несправедливому» государственному праву (различные народнические и аграрно-коммунистические доктрины), формально-юридическая, усматривавшая преодоление дуализма в распространении сферы действия гражданского права на обычное крестьянское право (проект Гражданского уложения Российской империи)³, и практически-государственная, усматривавшая решение вопроса в преобразовании фактических отношений в соответствии с позитивным правом.

Последняя позиция получила теоретическое обоснование в концепции аграрной реформы графа С. Витте. Согласно его точке зрения, сохранение уравнительного общинного землепользования и системы обычного крестьянского права отнюдь не вытекает из Положений 1861 г. и противоречит духу решений редакционных комиссий⁴. Готовя освобождение крестьян, комиссии исходили из принципа распространения на них всей системы гражданского права (отраженной в первой части 10-го тома Свода законов). Однако допускались и отдельные изъятия из общегражданских прав для определенных категорий крестьян или категорий прав (в области семейного или наследственного права крестьян), предоставляя крестьянам руководствоваться своими обычаями лишь в качестве дополнительного источника права. В дальнейшем, правда, в результате принятия новой юридической доктрины происходит подмена этой аутентичной интерпретации крестьянских обычаев как вспомога-

¹ См.: Аграрный вопрос. Изд. П.Д. Долгорукова и П.И. Петрункевича. М., 1905. Т. 1–2; Кауфман А.А. Аграрный вопрос в России. М., 1912.

² См.: Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки. СПб., 1877–1879. Т. 1–2; Леонтьев А.А. Крестьянское право. Систематическое изложение особенностей законодательства о крестьянах. СПб., 1914.

³ См.: 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.

⁴ См.: Витте С.Ю. Записка по крестьянскому делу. СПб., 1905.

тельного источника права его интерпретацией как едва ли не единственного, в силу чего оно получает чрезвычайно расширительную трактовку.

Эта теоретическая позиция была положена фактически и в основу аграрной реформы Столыпина (Указ 9 ноября 1906 г.), суть которой состояла в ликвидации правового дуализма, то есть в приведении нормы и факта в соответствие друг другу — распространении действующего гражданского права на все население страны, предоставлении крестьянам права беспрепятственного выхода из общины, поощрении государством индивидуальной трудовой деятельности¹. Легитимированная как продолжение принципов 1861 г., столыпинская реформа отставивала институт частной собственности на землю, причем делала это даже более последовательно, чем предлагали либеральные партии². Однако в условиях сохранения помещичьей и государственной (дворцовой) собственности на землю данная реформа фиксировала исторически сложившийся порядок распределения земли. Она не ставила (подобно ряду проектов 1861 г. и проектов кадетской партии) вопроса об отчуждении земли аристократии за равноценную компенсацию имущественных прав и, следовательно, сталкивалась с сохранением дилеммы эффективного разрешения проблемы справедливости в традиционном обществе — конфликта фундаментальных прав свободы и равенства в условиях ускоренной модернизации.

С отказом от советского фетиша слияния публичного и частного права проблема правового дуализма возникла вновь, приведя к формированию конфликта позитивного права и правосознания при решении таких вопросов, как принятие норм частного права, приватизация земли и предприятий, ранее принадлежавших государству, создание единого кадастра, налоговой системы, институциональной инфраструктуры рыночной экономики³.

VII. КОДИФИКАЦИЯ ПРАВА КАК ИНСТРУМЕНТ МОДЕРНИЗАЦИИ ТРАДИЦИОННОГО ОБЩЕСТВА

В центре внимания имперского правительства постоянно находилась проблема 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. Проблема кодификации гражданского права стала одной из центральных в пореформенной России второй

¹ См.: Столыпин П.А. Нам нужна Великая Россия : Полное собрание речей в Государственной Думе и Государственном Совете. 1906–1911. М. : Наука, 1991.

² См.: Герье И. Второе раскрепощение. М., 1911.

³ См.: Медушевский А.Н. Право и справедливость в политических дебатах постсоветского периода // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2 (87). С. 14–34.

половины XIX — начала XX в. В дискуссиях по ней выступали крупнейшие теоретики права и цивилисты — К. Анненков, А. Гольмстен, С. Зарудный, К. Кавелин, Н. Коркунов, Д. Мейер, К. Малышев, С. Муромцев, С. Пахман, Л. Петражицкий, И. Покровский, В. Сергеевич, Г. Шершеневич, выдвинувшие различные теоретические концепции системы кодификации. Особое внимание было уделено проблеме правового регулирования традиционных форм земельной собственности в новых условиях, а также переходных форм собственности, владения и пользования землей. Это 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.

Наиболее значительная попытка практического решения этой задачи была предпринята с созданием комиссии для составления проекта Гражданского уложения в 1882 г. 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» (1106 статей). Кроме того, были изданы 12 томов объяснительных записок. Всего в редакции проекта насчитывается 2640 статей.

Работа комиссии шла неровно: в 1899 г. появилась пятая книга проекта и лишь затем, в 1902–1903 гг., остальные четыре. Эта длительная работа, завершившаяся с началом первой русской революции, не имела никаких практических последствий для российского законодательства, а предложенные проекты были признаны либеральной общественностью чрезвычайно консервативными для новой эпохи. Тем не менее комиссия, в деятельности которой принимали участие лучшие специалисты, сконцентрировала чрезвычайно значительный информационный и аналитический материал, который представляет собой уникальную совокупность источников для сравнительно-правовых исследований¹.

Для изучения русской правовой традиции представляет, в частности, интерес выявление основных направлений сравнительного анализа и источников заимствования. Весь массив иностранного законодательства, с которым работала редакционная комиссия, должен быть подразделен на ряд основных категорий. К первой категории относятся классические кодексы гражданского права, возникшие в результате Великой французской революции или под непосредственным воздействием ее идей. Их общей особенностью является 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.

¹ См.: Медушевский А.Н. Проект Гражданского уложения Российской империи в сравнительном освещении // Цивилистические исследования. М.: Статут, 2005. Вып. 2. С. 148–225.

и группа кодексов, испытавших влияние французского права¹.

Вторая категория представлена кодексами, возникшими позднее и основанными на другой, германской, правовой традиции. Это — Гражданское уложение Германской империи 1898 г., разработанное и вступившее в действие как раз в период работы русской Редакционной комиссии². В качестве своеобразной попытки синтеза двух правовых традиций в работе комиссии выступало обращение к Гражданскому уложению Цюрихского кантона, вступившему в силу в 1856 г. Оно представляет собой оригинальный синтез норм французского и германского права, причем учитывает правовую специфику немецкой части Швейцарии.

Третья категория кодексов, проанализированных комиссией, представляет собой законодательные акты, регулирующие частное право с учетом специфики англосаксонской правовой семьи. Наиболее ценными в этом отношении представлялись Гражданские законы Калифорнии 1873 г., которые могут интерпретироваться как попытка синтеза норм англосаксонского и континентального права.

Особая, четвертая, категория памятников гражданского права, оказавших влияние на русский проект, включала законы Российской империи, регулировавшие жизнь ее нерусских территорий³. Основное внимание было обращено

¹ К группе кодексов, испытавших влияние принципов и норм французского права и оказавших в свою очередь влияние на российское право, могут быть отнесены Общее гражданское уложение Австрийской империи 1811 г., Испанское и Португальское гражданские уложения, Гражданское уложение Итальянского королевства, обнародованное за подписью Виктора Эммануила 25 июня 1865 г.

² Дискуссии о Германском уложении стали важным стимулом для осуществления кодификационных работ в России, как и в ряде других стран Центральной и Восточной Европы. Следует отметить, что составители русского проекта Гражданского уложения внимательно изучали и использовали также более традиционные правовые своды германских земель, например Прусское земское право, Баварское и Саксонское гражданские уложения. 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.

³ Это прежде всего Гражданские законы губерний царства Польского; Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских; Общее Уложение и дополнительные к нему узаконения Финляндии. 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. 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. Поскольку Финляндия была присоединена к России по Фридрихсгамскому трактату 5 (17) сентября 1809 г., уложение продолжало действовать в качестве особого законодательного акта. Оно было, учитывая время его создания, достаточно традиционным актом.

на соотношение этих кодексов со всем массивом русского законодательства, представленным в Своде законов Российской империи и выразившим развитие русской национальной правовой традиции.

Перед составителями русского уложения стояла, таким образом, непростая задача согласования положений различных правовых систем — нового и традиционного, кодифицированного и прецедентного права, норм писаного и обычного права. Согласования как между собой, так и с российским законодательством, прежде всего — с гражданскими законами (Свод законов. Т. X. Ч.1) и судебной практикой (решениями и разъяснениями кассационных департаментов Правительствующего Сената). В результате исследования переводов гражданских законов можно констатировать, что в поле зрения редакционной 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, дававшие 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). Содержательная разработка норм земельного права велась при активном использовании права западных российских губерний — Польши и Прибалтики. Обращение к обычному крестьянскому праву делало актуальным анализ норм Финляндского уложения. В целом же проделанная комиссией исследовательская, аналитическая и публикаторская работа — крупнейший (и явно недооцененный) вклад в сравнительную разработку российского гражданского права.

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 местности¹.

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.

Данный проект был вынужден, однако, соотнести все предложения по реформированию позитивного гражданского права с фактическим сохранением сословного характера земельной собственности. Результатом стало 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 Гражданского уложения считали возможным решение проблемы унификации статуса различных форм собственности, то для этого необходимы были глубокие и целенаправленные социальные реформы.

VIII. СТАТИКА И ДИНАМИКА ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЫ: РОССИЙСКИЕ КОНСТИТУЦИОННЫЕ ЦИКЛЫ И ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ ВЛАСТИ

Выраженная цикличность российской модели конституционного развития является отражением нестабильности правовой системы в целом. Эта нестабильность проявляется в последовательной смене периодов деконституционализации, конституционализации и реконституционализации, причем каждый раз на основании новых идеологических принципов и соответствующих иностранных моделей².

Такие 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 при устойчивости некоторых параметров правовой традиции не возникает стабильной конституционной традиции, которая обеспечивает преемственность

¹ См.: Гражданское Уложение. Книга четвертая. Наследственное право. Проект. Вторая редакция с пояснениями. СПб., 1905. С. 80.

² См.: Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. М., 2005.

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. В истории России можно выделить три больших конституционных цикла: цикл эпохи Смутного времени (начало XVII в.), цикл начала XX в. (1905–1918 гг.) и цикл конца XX в. (1989–2000-е 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 разном качественном наполнении. Большие циклы, напротив, гораздо более информативны для раскрытия содержательных, качественных параметров конституционализма. Большие конституционные циклы могут охватывать разные периоды времени, но непременно включают 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 уже можно различить три основные 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, что выдвигались монархонами 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. Ключевский¹.

Третья фаза (реконституционализация) — Земский собор 1613 г., выборы нового царя и новой династии, развитие политической системы от определенной разновидности сословно-представительской монархии в сторону абсолютизма и его окончательное утверждение в ходе преобразований государственного строя Петром I в первой четверти XVIII в.

Второй цикл в ряду российских больших циклов, пик которого приходится на 1905–1918 гг., связан с переходом от абсолютизма к республике. Он включает фактически два больших периода, которые в известной мере также могут интерпретироваться как циклы. Первый из них определяется 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, можем четко выделить три основные фазы.

Первая фаза (деконституционализации) определяется кризисом легитимности абсолютной монархии (самодержавного строя). Необходимость перехода от абсолютизма к правовому государству стала осознаваться еще в XVIII в. Можно вспомнить проекты верховников и шляхетства 1730 г., а также олигархические проекты П. Шувалова, Н. и П. Паниных, А. Безбородко, «Наказ» самой Екатерины II (1767 г.), смысл которых состоял в утверждении монархической формы правления на основе фундаментальных законов. В первой четверти XIX в. в результате воздействия Французской революции, а затем европейского политического устройства после Наполеоновских войн и Венского конгресса на общественную мысль России в ней появляется конституционный вопрос в собственном смысле слова. Его постановка выражается, с одной стороны, в серии попыток конституционных реформ сверху в начале XIX в., известных как «правительственный конституционализм». Это проекты Сперанского «Введение к Уложению государственных законов» и записка «Об образе правления» 1804 г., а также «Государственная уставная грамота Российской империи» 1820 г. как высшее достижение правительственного конституционализма в первой четверти XIX в. С другой стороны, этому противопоставляются идеи решения конституционного вопроса революционным путем в проектах тайных декабристских обществ — «Конституции» Н. Муравьева и «Русской правде» П. Пестеля (1825 г.). Во второй половине XIX в. те же тенденции представлены в проектах правительственного конституционализма.

Для развития политической культуры царской России особое значение имело восприятие германской концепции гражданского общества и правового

¹ Ключевский В.О. Краткое пособие по русской истории. М., 1906. С. 105.

го государства, ставшей основой либеральных политических реформ второй половины XIX в. Согласно этой доктрине общество и государство имеют равный статус, а отношения между ними регулируются с помощью права. Высшее выражение данная логика, обоснованная в трудах Б. Чичерина, К. Кавелина, С. Соловьева, А. Градовского и других представителей государственной школы, получает в конституционном ограничении власти, при котором бюрократия служит уже не монарху, а обществу. На этом основан факт появления и развития в ходе крупных реформ так называемой либеральной бюрократии, осознающей свой долг служения обществу. Именно либеральная бюрократия подобного типа становится основной движущей силой реформ в России после 1861 г. Важнейшими вехами стали проекты П. Валуева «О реорганизации Государственного Совета», «Всепогоднейшая записка статс-секретаря Валуева» (1863 г.) и так называемая конституция М. Лорис-Меликова 1881 г. Их общий смысл состоял в попытке укрепить (рационализировать) самодержавие путем создания совещательных учреждений, включающих представителей земства.

Тенденции умеренного правительственного конституционализма в конце XIX и особенно в начале XX в. противостояло оппозиционное земско-либеральное движение. Его идеология получила наиболее четкое выражение в проектах основных законов, разработанных либерально-конституционным движением в 1904 г. (проекты Союза Освобождения, особенно проект Основного закона Российской империи в редакции С. Муромцева, а также составленный им избирательный закон 1905 г.). Эти проекты стали основой политической программы Конституционно-демократической партии (Партии народной свободы)¹. Но в практической плоскости проблема перехода от абсолютизма к конституционной монархии 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 монархии².

Вторая фаза (конституционализации) 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.)³, быстро трансформировавшейся в режим мнимого конституционализма, а затем (в результате Февральской рево-

¹ Тексты проектов и анализ см.: Конституционные проекты в России XVIII–XX вв. М.: РОССПЭН, 2010; Программы политических партий России. М., 1995; Съезды и конференции Конституционно-демократической партии. М., 1997–2000. Т. 1–3.

² См.: Законодательные акты переходного времени. 1904–1906 гг. / под ред. Н.И. Лазаревского. СПб.: Право, 1907.

³ См.: Свод Основных Государственных Законов в новой редакции от 23 апреля 1906 г. // Свод Законов Российской Империи. Т. 1. Ч.1. СПб., 1906.

люции 1917 г.) переход к республике, поиск юридического оформления которой должен был завершиться созывом Конституанты (Учредительного собрания) для принятия Основного закона (1917 — начало 1918 г.)¹. Разброс мнений о перспективных формах политического устройства в этот период оказался чрезвычайно широк, простираясь от анархии до диктатуры, от федерализма до унитаризма и от социальной республики до реставрации традиционной монархии или установления диктатуры бонапартистского типа².

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.). В этой третьей фазе, которая охватывала фактически все время 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.)³.

Однако третья фаза второго конституционного цикла может быть определена как «реконституционализация» лишь с большой долей условности. Потому что фаза эта возвращала ситуацию к доконституционным порядкам, реально восстанавливая социальные институты и практику российского традиционно-общества (систему принудительного труда и неограниченного государственного контроля).

Третий цикл (1989 — начало 2000-х гг.) начал развиваться 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 состоит в том, что он (как и два предшествующих) был деформирован распадом государства.

В этом цикле также прослеживаются три основные фазы. Сначала — декон-

¹ См.: Учредительное Собрание. Стенографический отчет. Пг. : Дом печати, 1918; Выборы во Всероссийское Учредительное собрание в документах и воспоминаниях современников. М. : РОИИП, 2009.

² См.: К 90-летию первой российской Конституанты: Учредительное собрание как политический институт революционного периода // Отечественная история. 2008. № 2.

³ См.: Причины крушения демократической республики в России 1917 г. : К 90-летию Февральской революции в России // Отечественная история. 2007. № 6.

ституционализация, то есть кризис легитимности советской модели номинального конституционализма в союзном масштабе в 1989–1991 гг., а затем в российском в 1991–1993 гг. Кризис сопровождался формированием полярных центров учредительной власти и многочисленных проектов социального и политического устройства, ставших предметом интенсивных дебатов в обществе¹. Затем — конституционализация, выразившаяся в принятии новой Конституции 12 декабря 1993 года в результате конституционной революции². А в последующее 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. Вопрос о том, что представляет собой третья фаза современного конституционного цикла и может ли этот цикл, как и предшествующие, закончиться воссозданием авторитарной модели в одной из возможных модификаций, пока остается открытым. Но некоторые тенденции развития российской политической системы новейшего времени делают такое завершение третьего конституционного цикла весьма вероятным³.

Циклический характер развития характерен для конституционализма многих стран и не является исключительной особенностью России. Вплоть до последнего времени особенность ее правовой стилистики состоит в жесткой смене фаз циклов, их четком идеологическом выражении и их непрременном завершении реставрацией авторитаризма. Стабильность русской правовой традиции в Новое и Новейшее время выражается преемственностью (и сходной легитимирующей функцией) таких формул власти, как «самодержавие», «руководящая роль партии» и «президентская республика».

IX. РУССКАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ШКОЛА: ОСНОВНЫЕ ПАРАМЕТРЫ РАЗВИТИЯ

Русская юридическая школа, как один из элементов правовой традиции, прошла три этапа в своем развитии:

- 1) начала формироваться под воздействием модернизации Петра Великого в эпоху просвещенного абсолютизма, что позволило подготовить кадры мыслителей, юридических техников и либеральных чиновников, осуществивших масштабные кодификационные работы в первой трети XIX в.;
- 2) достигла наивысшего расцвета в период поздней империи, осуществив

¹ См.: Конституция (Основной закон) СССР. С изменениями и дополнениями. М., 1991.

² См.: Конституция Российской Федерации. М., 1993.

³ См.: Шейнис В.Л. Власть и закон : Политика и конституции в России в XX–XXI веках. М., 2014.

подготовку и проведение Великих реформ 60-х гг. XIX в. и трансформацию русского права до начала XX в.;

3) была уничтожена в советское время и в деформированной форме (с опорой на достижения русской эмиграции) начинает восстанавливаться в постсоветский период, обретая идентичность в апелляции к дореволюционной правовой традиции и современному западному законодательству.

Главным оригинальным достижением русской юридической школы следует признать создание парадигмы российской государственности — содержательной интерпретации ее места в мировом масштабе, основных тенденций и особенностей развития вплоть до настоящего времени. В основе политической философии данной школы находился анализ права как социального явления, выражающего отношения общества и государства, роль которого становилась особенно заметной в переломные периоды истории. Общую концепцию отношений сословного строя и государства, созданную Б. Чичериным, К. Кавелиным и А. Градовским, можно интерпретировать как социологическую модель, поскольку в ее основе лежит идея системного изучения места и роли различных сословий в зависимости от выполняемых ими социальных функций. Речь шла о том, чтобы понять отношения общества и государства как единую систему функциональных взаимосвязей или систему распределения обязанностей различных сословий по отношению друг к другу и государству.

Процесс дальнейшего развития общества интерпретировался в рамках данной теории (закрепощения и раскрепощения сословий государством) как постепенное освобождение сословий от жесткой государственной регламентации их функций. Решающим этапом на этом пути представляли либеральные реформы 1860-х гг. В соответствии с этим смысл русского исторического процесса виделся в создании всесословного или общесословного государства, где выполнение тех или иных функций, а также связанных с ними обязанностей и прав являлось бы не исключительной прерогативой какого-либо одного сословия, а общества в целом. Глубокий реальный смысл данной концепции состоял в объяснении перехода от традиционных социальных порядков к гражданскому обществу Нового времени, а также в объяснении специфики этого процесса в России. По существу, этими положениями закладывалась основа конституционализма как самостоятельного идейного и общественно-политического течения.

Реформы 1860-х гг. создали объективные предпосылки для теоретического и исторического переосмысления права и правовых отношений в истории. Реформы, стимулировав интерес к изучению права и институтов, дали новый импульс развитию специального научного направления. Оно было представлено именами таких выдающихся правоведов, как А. Градовский, С. Муромцев, Н. Коркунов, В. Сергеевич, В. Латкин, А. Филиппов, М. Владимирский-Буданов и др. Центральной фигурой в этом ряду является Градовский, заложивший осно-

вы так называемой юридической школы, представляющей собой определенную модификацию основных положений, свойственных государственной школе в целом.

В рассматриваемый период особенно ощутимой стала потребность в реформе права и его изучении. По существу, речь шла о коренном изменении самой науки юриспруденции, состоявшем прежде всего в переходе с метафизических, абстрактно-идеалистических позиций на научно-позитивные. Осмысление данной научной ситуации находим у Градовского, позднее — у Муромцева, Шершеневича и Коркунова, внесших определяющий вклад в создание социологии права и новую интерпретацию с этих позиций основных положений государственной школы. В связи с этим особое внимание было обращено (М. Ковалевский) на исключительно большую познавательную роль сравнительно-исторического метода, который как раз и был призван выявить общие, типичные и повторяющиеся явления в истории различных народов для установления закономерностей их существования. Философско-правовые взгляды государственной школы определили на этом этапе и подход к русскому историческому процессу, роли государства в нем.

Конфликт права и этики, обозначившийся с развитием русского пореформенного общества, вызвал к жизни три направления русской философии права начала XX в. Они оказали несомненное влияние на мировое конституционно-правовое развитие. Это этическая (деонтологическая) теория, психологическая теория права и социологическая теория права¹.

Первое направление, определявшееся как «возрождение естественного права», противопоставляло нравственный идеал и позитивное право. К этому направлению, наиболее видным представителем которого стал П.И. Новгородцев, принадлежали или разделяли его идеи другие крупные русские юристы начала XX в. — В. Гессен, И. Покровский, князя С. и Е. Трубецкие. Опираясь на философию неокантианства, данное направление стремилось переосмыслить существующее (позитивное) право с позиций высокого нравственного идеала, противопоставить сущему — должное (идеал справедливости), действующей правовой системе русского самодержавия — концепцию либеральных правовых реформ. Задачу философии права Новгородцев усматривал в том, чтобы «оценивать факты существующего с этической точки зрения», что позволяло «критически отнестись к действительности и оценить ее с точки зрения идеала», выдвинуть «этический критицизм, в котором и состоит самая сущность естественного права»². Это направление наиболее близко деонтологическим трактовкам права, ставшим основой современной (сфор-

¹ См.: Медушевский А.Н. Диалог со временем: российские конституционалисты конца XIX — начала XX вв. М., 2010; Он же. История русской социологии. М., 1993.

² См.: Новгородцев П.И. Нравственный идеализм в философии права // Проблемы идеализма. М., 1902; Гессен В.М. Возрождение естественного права. СПб., 1902.

мировавшейся после Второй мировой войны) доктрины прав человека, положенной в основу Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), всех международно-правовых актов в этой области и национальных конституций, признающих их верховенство¹. Современное решение проблемы отношения права и справедливости определяет защиту прав личности как безусловной ценности, отказ от правового нигилизма революционных партий и методов терроризма, практику конституционного правосудия².

Второе направление — психологическая теория — решало проблему соотношения права и нравственности посредством отождествления права и человеческой психики. Данная трактовка права представлена в учении Л.И. Петражицкого. Он усматривал причину кризиса права начала XX в. в утрате баланса позитивного и интуитивного права, конфликт которых в перспективе мог вести к революционному разрушению существующего правового строя во имя деструктивной идеи абстрактной социальной справедливости (или «равенства»)³.

Психологический подход, вызвавший острую критику со стороны представителей традиционной позитивистской юриспруденции, оказался, однако, чрезвычайно перспективен для создания современной социологии и антропологии права. Он позволял объяснить существование и взаимодействие различных типов правосознания в одном обществе, а также ситуацию превращения антиправовых феноменов в правовые (как это в действительности и произошло в России в октябре 1917 г.). Он позволял ответить и на вопросы о причинах правового дуализма, природе правового нигилизма, социальных факторах, затрудняющих рецепцию римского и западного права в России, сконструировать технологии направленной правовой модернизации и политики права в обществах традиционного и переходного типа⁴.

Третье направление — социологическая школа права — рассматривала социальные факторы развития права, интерпретируя его как разграничение интересов или их социальную защиту. Смысл права основатели данного направления (Коркунов, Муромцев и Шершеневич) усматривали в защите индивидуализма, личных прав и свободы творчества. Отстаивая либеральную программу общественного переустройства, они подчеркивали значение государственной власти как инструмента модернизации, осуществляемой через право и административные институты. Ученик Р. фон Иеринга, Муромцев сфор-

¹ См.: Конституция Европейского Союза : Договор, устанавливающий Конституцию для Европы, с комментарием. М., 2005.

² См.: Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции РФ. М., 2002.

³ См.: Петражицкий Л.И. Социальная революция // Право и общество в эпоху перемен. М., 2008.

⁴ См.: Тимашев Н.С. Развитие социологии права и ее сфера // Беккер Г.Б., Босков А. Современная социологическая теория. М., 1961. С. 479–508.

мулировал основы российской социологической школы права. Он дал целостное определение права как «социальной защиты» и реализации общественных интересов, обосновал разделение догмы права, истории и политики права, подчеркивая при этом значение социальных аспектов права и самостоятельную роль судебной практики¹.

В общественной деятельности Муромцев последовательно отстаивал идеал правового государства и необходимость борьбы за право. Он выступал как правозащитник, парламентарий и автор одного из важных либеральных конституционных проектов². Проект С. Муромцева и Ф. Кокошкина представлял собой своего рода первую российскую хартию прав человека, создававшую теоретическую и политическую основу конституционно-демократического движения в России — движения, оказавшегося наиболее подготовленным к введению институтов гражданского права, парламентаризма и народного представительства в ходе конституционной революции 1905–1907 гг. По этим параметрам стало возможно формирование оригинальной философии и социологии права русского либерализма³.

На современном этапе развитие русской правовой школы связано, во-первых, с динамикой восстановления правовых институтов (даже целых отраслей права), во-вторых, с преодолением предрассудков советской правовой мысли (отказом от классовой теории права), в-третьих, со становлением новых (западных) форм юридического образования и с формированием корпуса судей, адвокатов, либерального чиновничества. Эти идеи были положены нами в основу концепции юридического факультета Высшей школы экономики в 1997–2000 гг. Данные идеи определили также стратегию деятельности Института права и публичной политики, программу издаваемого им журнала «Сравнительное конституционное обозрение», а в настоящее время — существо программы конституционного мониторинга в России⁴.

Политическая теория русского конституционализма представляет собой парадигму, интерпретирующую отношения общества и государства в период модернизации. Теория русского конституционализма выступает как самостоятельный компонент политической культуры общества, обоснование его правового развития и, следовательно, стабилизирующий фактор. Теоретический анализ поставленной проблемы особенно важно осуществлять по следующим основным направлениям. Это — обоснование возможности выхода из фундаментального социального конфликта не путем революции, ведущей в

¹ См.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права // Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004.

² См.: Проект Основного закона Российской империи и Проект избирательного закона в редакции С.А. Муромцева // Конституционные проекты в России. М., 2000.

³ См.: Валицкий А. Философия права русского либерализма. М., 2012.

⁴ См.: Конституционный мониторинг: концепция, методика и итоги экспертного опроса в России в марте 2013 г. М., 2014.

конечном счете к воспроизводству авторитаризма в новых формах, а путем радикальных социально-экономических и политических реформ, целенаправленно осуществляемых государством. Это — разработка модели перехода от авторитарного правления к современной плюралистической демократии при сохранении преемственности власти и легитимности правления. Это и установление специфики теоретических оснований, стратегии и тактики конституционализма в условиях ускоренной политической модернизации.

Х. ФОРМУЛА РУССКОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

Теория когнитивного правопведения раскрывает перспективы юридического конструирования реальности. Становится возможной реконструкция правовой традиции как устойчивой системы ценностей, норм и институтов, эволюционировавшей с развитием государственности. С этих позиций возможны не только различные классификации правовых семей, но и выявление ключевых особенностей национальных правовых традиций. Обращение к литературе по сравнительному правопведению позволило определить основные факторы формирования правовых традиций — религия, идеология, экономика, география, демография, политическая система, случайные факторы, которые определяют специфику конфигурации правовой системы, соотношение в ней структур, функций и способов коммуникации.

Особенности конфигурации всякой правовой традиции как порядка сочетания указанных факторов лучше всего выражаются понятием «стиля», позволяющего уловить особенности дизайна определенной исторической традиции. Изучение этих факторов позволяет определять русскую правовую традицию как оригинальную разновидность романо-германской (континентальной) правовой семьи. В этом смысле можно говорить о стиле русской правовой традиции, воспроизводящем стиль русской культуры в целом и даже особенности «национального характера», как комбинированного выражения религии, географии и исторической традиции.

Особенности «стиля» русской правовой традиции выражаются в следующих параметрах.

Во-первых, структура источников права и этапы эволюции русской правовой системы позволяют констатировать ее принципиальное сходство с континентальной системой на начальном этапе формирования с последующим ростом отличий от классических моделей последней. Это проявляется в длительном господстве обычного права, в Новое время вступившего в резкий конфликт с позитивным правом, насаждаемым государством. Россия не испытала такого влияния римского права, как страны Западной Европы, что сделало ее правовую систему и структуру источников права более патриархальной и менее подверженной рационалистическим преобразованиям. Влияние византийской традиции (с входящими в нее нор-

мами римского права) было гораздо менее сильным и более фрагментарным. Наконец, Россия (как и Скандинавские страны) очень рано, с XIV в., развивала кодификации, основанные на ее собственных правовых традициях обычного права (или правовых порядках присоединенных территорий), в то время как Центральная Европа искала и нашла в римском праве систему норм, которая могла дополнить неполное местное обычное право. С этим связаны гибкость и прагматизм русского права, с легкостью приспособившегося государством к нуждам управления.

Во-вторых, развитие русского права в целом определялось не столько запросами общества, сколько процессами унификации и централизации государственной власти. Этим объясняется тот факт, что, несмотря на господство обычного права, унификация и кодификация права последовательно развиваются на всем протяжении формирования Московского государства. Анализ так называемых констант русской правовой системы позволил подтвердить выводы классической русской академической науки. Формирование этих констант и их развитие являлось вынужденной мерой и связано со стремлением к мобилизации ресурсов для защиты земледельческого труда и государственной территории от набегов кочевников. Основные характерные институты русского права — поместная система, крепостное право, служилое государство, самодержавие — возникают эволюционно, а их действие в целом соответствовало целям государства. Стереотипы правосознания, связанные с этими институтами, воспроизводятся в рамках сталинской модели конструирования социальной реальности, что не исключает вариативности процессов.

В-третьих, разделение западной и российской правовых традиций достигает высокого уровня в Новое время (с Петра), когда под влиянием модернизации возникает конфликт рационализированного и обычного права — правовой дуализм, который так и не был преодолен в процессе кодификации до конца существования империи. Логика всех крупных реформ в Российской империи выражается в стремлении выйти из этой ситуации правового дуализма, создав рациональное унифицированное и кодифицированное право. Основным инструментом этого процесса выступали уложенные комиссии XVIII в. и кодификационные комиссии XIX — начала XX в., стремившиеся согласовать нормы римского, западного и русского права в целях его рационализации и модернизации. На этом пути был достигнут определенный успех, поскольку основной вектор развития был направлен в сторону гражданского общества и правового государства. Однако в целом задача кодификации национального права так и не была решена. В России не было создано национальных кодификаций, сопоставимых с французским или немецким кодексами, — проект Гражданского уложения так и не был реализован. Современная нестабильность основных кодексов и обилие заимствованных норм — продолжение той же линии.

Выражением правового дуализма стал конфликт позитивного права и справедливости, то есть представлений основной массы населения о том, каким должно быть право. Это были, конечно, прежде всего представления кре-

стьянства, основанные на уравнилельных идеях перераспределения земли. На этой основе возникает явление правового нигилизма — сознательного отрицания ценности права как способа социального регулирования со стороны радикальной интеллигенции. Данное явление иногда рассматривается как общая характерная черта русской правовой традиции, но на деле не является ею. Данное явление присутствует и в других странах в революционные эпохи. Оно не было характерно для предшествующего этапа русской правовой традиции и представляет собой скорее интеллектуальную интеллигентскую конструкцию, нежели осознанную установку массового поведения.

Высшее выражение этот конфликт нашел в крушении правовой системы в начале XX в. и длительном существовании антиправового феномена «советского права», означавшего отказ от рациональной системы правовых норм во имя торжества примитивных уравнилельно-распределительных представлений о справедливости. Тот факт, что «советское право» получило очень широкое распространение и стало основой самостоятельной «правовой семьи», не отрицает его аномального характера, но подчеркивает явление ретрадиционализации в глобальном масштабе. Возврат к норме после крушения коммунизма вновь актуализировал проблему правового дуализма и разрыва права и справедливости. Непрочность правовой системы России выражается в жесткой цикличности ее конституционно-правового развития — резкой смене парадигм правового развития при сохранении общей формулы авторитарной конструкции власти.

Русская правовая традиция выступает как часть общей романо-германской правовой семьи, разделяя с ней структуру источников права, начальные этапы развития, парадигмы философии права и современные ориентиры. Единство русской правовой традиции подчеркивается существованием характерных правовых институтов, которые в измененном виде воспроизводятся в правосознании XX в., становлением классической юридической школы, заложившей основы их объяснения, а также присутствием европейского вектора развития в Новейшее время. Именно в начале XX в. данная традиция осознает себя как единое целое (в работах по истории русского права). Но она живет в режиме правового дуализма — постоянного приспособления нового права к традиционному социальному содержанию. Стиль определяется содержанием — присутствует постоянное ощущение непрочности права, катастрофы, но и веры в грядущее торжество правового государства, идеал которого приобрел символический характер.

Формула русской правовой традиции вырисовывается следующим образом. Это пограничный вариант континентальной правовой семьи — модель традиционного обычного права, радикально преобразованная модернизацией Нового времени. Модель, вынужденная постоянно преодолевать феномен правового дуализма и до настоящего времени находящаяся в процессе догоняющего развития.

ОБСУЖДЕНИЕ ДОКЛАДА

Игорь Клямкин:

Начнем с вопросов докладчику. Я хочу спросить вот о чем. В докладе фиксируются некоторые константы российской истории, свидетельствующие о том, что правовая традиция в России если и есть, то особая, с правом в его европейском понимании несоотносимая. Притом что в эту традицию постоянно что-то из европейского опыта привносилось. Но в чем же тогда ее своеобразие, ее специфичность? В константах, блокирующих утверждение в стране права, или в сочетании этих констант с чем-то по отношению к ним инородным?

Далее, автор доклада не раз оговаривается, что ничего уникального в отечественной правовой традиции, включая ее константные составляющие, не было, что нечто подобное имело место и в других правовых системах. Да, но из них это со временем ушло, а в российской системе сохраняется до сих пор. Почему? И вот здесь, как мне показалось, Андрей Николаевич вместо ответа порой прибегает к распространенному тезису об альтернативности истории. Если так было и есть, то это не значит, что не могло быть иначе и не будет иначе. Но ведь тезис этот сам по себе ничего не доказывает. Альтернативы были, но не реализовались, альтернативы есть, но не реализуются. Вопрос почему этим ведь не снимается. Не есть ли такая апелляция к альтернативности своего рода теоретическая психотерапия, призванная добавить нам исторического оптимизма при отсутствии для него более очевидных эмпирических оснований?

Андрей Медушевский:

Я начну с того, что для меня традиция — это не какая-то устойчивая тотальность, которая не подлежит изменению. Я предпочитаю использовать понятие живой, развивающейся традиции. Традиция — это понятие, которое в известной мере конструируется. Некая реконструкция прошлого, которая зависит от представлений тех людей, которые эту традицию реконструируют. В связи с этим я показываю, что даже такой базовый правовой вопрос, как выделение семьи, к которой данная традиция принадлежит, решается по-разному в зависимости от того, какие критерии мы берем.

Можно говорить об англосаксонской семье, можно говорить об американской правовой семье — в литературе говорится о том, что в США существует 50 правовых традиций у каждого штата. В зависимости от того, какой масштаб мы берем, какие элементы мы кладем в основу понятия традиции, мы получаем разные ответы. Понятие традиции мне представляется очень неопределенным. Я предпочитаю говорить о стиле, как более интегральном понятии.

Если однозначно ответить на ваш вопрос, то я считаю, что русская правовая традиция — часть романо-германской правовой традиции, но деформированная, периферийная версия этой романо-германской традиции. Мы можем говорить, что в некоторых базовых элементах русская правовая традиция есть продолжение романо-германской. Есть основные параметры, которые подтверждают этот вывод. Сходные источники права, сходная трактовка обычного права, сходные подходы к кодификации. Если мы говорим о Новом мире и Новейшем, то основные модели русской правовой традиции заимствуются из Западной Европы. Вся правовая традиция России — это поиск оптимальных конструкций, причем эти конструкции берутся с Запада. Притом что Запад тоже конструкция.

Формула российской правовой традиции — это в цивилизационном отношении пограничный вариант континентальной правовой семьи, модель традиционного обычного права, радикально преобразованная модернизацией Нового времени. Модель, вынужденная постоянно преодолевать феномен правового дуализма и находящаяся в процессе развития. Из этого следуют три основных вывода.

Первый вывод состоит в том, что можно говорить о русской правовой традиции. Существует не только правовой нигилизм как русская фундаментальная особенность, но и постоянный поиск правовых оснований. Для ряда эпох существовали достаточно устойчивые конструкции позитивного права. Весь имперский период — это движение по направлению к гражданскому обществу, правовому государству.

Второй вывод состоит в том, что эта традиция чрезвычайно неустойчивая, и я неслучайно говорю о правовом дуализме как характерной ее черте. Внутри этой правовой традиции постоянно идет борьба между патерналистской трактовкой права и рационалистическим представлением о праве, которое зафиксировано в западных кодексах.

Третий вывод состоит в том, что мы должны отказаться от детерминистских подходов, от теории «русской системы», от концепции «колеи», которая исходит от того, что так было и так будет, и говорить о вариативности правовой традиции. Можно говорить о развилках истории, о развилках правовой истории, правовой традиции. Многое зависит от позиции общества, от соотношения внешних и внутренних факторов, когда может быть как поворот правовой традиции в направлении фундаментальных основ права, либеральной правовой традиции, так и срыв этой правовой традиции. Мне представляется, что советский период — это большой срыв правовой традиции. Если мы так это определим, то можем говорить, что постсоветское развитие открывает возможности выйти из этой ситуации, опираясь на достижения правовой традиции XVIII и XIX вв. и предшествующих эпох. Так бы я ответил на ваш вопрос.

Игорь Клямкин:

То есть появились какие-то новые факторы, которых раньше не было, и они открывают новые возможности?

Андрей Медушевский:

Да, и я об этом пишу, что новый, постсоветский этап развития права, пятый этап, характеризуется приоритетом международного гуманитарного права по отношению к национальному, это зафиксировано в Конституции. В целом Россия входит в глобализирующийся мир с этим представлением о доминирующей роли доктрины прав человека. Если мы возьмем современные события, то увидим, что вся аргументация, даже в случае неправовых действий, использует конвенциональные правовые термины, ссылается на европейскую и мировую правовую традицию. Русская традиция начинает осмысливать себя в терминах универсального, основанного на европейских стандартах правового сознания, а не какого-то «самобытного», как было ранее. В доказательном споре апелляция идет к правовым нормам, элементам правовой традиции, а не вообще к стереотипам сознания.

Игорь Яковенко (профессор РГГУ):

В вашем докладе мне близок термин «правовой дуализм», фиксирующий разницу между правом классическим, которое базируется на идеях частной собственности, и народными представлениями, которые принципиально иные. У меня такой вопрос. Можете ли вы назвать другие страны, где складывалась такая же ситуация правового дуализма, где есть некоторые заимствованные системы права, базирующиеся на фундаментальных ценностях политарного государственного строя, и народные представления, которые принципиально с этими системами расходятся?

Андрей Медушевский:

Да, я считаю, что правовой дуализм не особенность России, он характерен для многих стран, в том числе и для стран Западной Европы, на более раннем этапе. А в наши дни это феномен развивающихся стран третьего мира. Это присутствует в Азии, Африке, Латинской Америке, в таких, например, странах как Индия, Бразилия, Мексика, то есть в тех регионах мира, где традиционное общество вынуждено заимствовать правовые стандарты и нормы более продвинутых стран. В ряде случаев имеет смысл говорить даже не о дуализме, а о плюрализме правовых систем в одной правовой культуре — одна выступает как доминирующая, а другие отражают различные более традиционные правовые представления.

В России явление правового дуализма получило четкое системное выражение. Термин «правовой дуализм» присутствует в старой русской юридической литературе, войдя в нее после реформ 1860-х гг., когда разрыв двух правовых

систем стал очевиден. Почему этот правовой дуализм так четко проявляется в России? Потому что в России существовала как нигде выраженная система крепостного права. Она законсервировала правовое сознание. Можно сказать, что это родовой быт, родовые представления, которые сохранялись до XX в. Существует очень резкий разрыв между правом, которое насаждает государство начиная с Петра Великого, и обычным правом, возникшим эволюционно. Обычай — это стереотипы поведения, имеющие подсознательный характер, это правила поведения, сложившиеся в результате их фактического многократного применения. Отличие обычая от рационально конструируемого права заключается в том, что основанные на обычае правила поведения никем сознательно не устанавливаются и не фиксируются. Они формируются в результате длительного и многократного повторения в одной социальной группе, связаны преимущественно с общественной психологией, а не с государственным регулированием и соблюдаются не из-за опасения санкций, а в силу привычки.

Таково было, в принципе, происхождение традиционных форм права, существовавших в Киевской Руси и Московском государстве, хотя постепенно шел процесс систематизации и унификации этого обычного права. Петр берет рационализированные правовые стандарты с Запада и принудительно насаждает их сверху. Но традиционные представления, которые имеют устойчивые характеристики права обычного, сохраняют значение, иногда они даже кодифицируются — в законах Российской империи существовала система норм, посвященных крестьянскому праву, где регулировалось общинное право, порядок землепользования, семейные и наследственные отношения, волостной суд и т.п. Были разные дискуссии о том, в чем состоял этот феномен крестьянского права. Я привожу три точки зрения. Одни исследователи говорят, что это полноценный вид права. Другие считают, что это самостоятельный, иной вид права, но его нельзя признать полноценным, а следует рассматривать как исторический пережиток. А третьи говорят, что никакого особого крестьянского права нет, это просто факт, с которым нужно бороться. Есть право и есть бесправие. Но при всем различии позиций никто не отрицал самого существования правовой обособленности крестьянской общины в рамках общей государственной правовой системы.

В зависимости от того, как мы интерпретируем это крестьянское право, мы получаем разные стратегии решения вопроса о правовом нигилизме русской интеллигенции. Потому что русская интеллигенция (прежде всего народники) в своей критике позитивного права в основном опиралась на эти народные обычно-правовые нормы и представления, говорила о них как о некоем справедливом праве, которое противостоит праву «несправедливому», навязанному государством. Если брать другие регионы мира, то там это четко проявляется в колониальных странах, где существовал разрыв правовых систем метрополии и зависимого населения — в городах функционировало, напри-

мер, английское или французское гражданское, семейное, уголовное право для местной элиты, а за их пределами — право, которое управляло аборигенами в соответствии с их обычаями. Известны даже специальные кодексы такого обычного права, составленные колонизаторами или учеными-антропологами.

Игорь Яковенко:

Как мне представляется, ситуацию, которую вы описали, можно найти в таком государстве, как Иерусалимское королевство, — оно было создано крестоносцами в Леванте в XI–XIII вв. В городах там жили европейцы. А местное сельское население принадлежало к совершенно иной культуре. Другой пример — Египет Птолемеев. В немногих городах, которые имели полисное самоуправление, жили греки и другие эллинизированные народы. Их культура, образ жизни, правовые традиции разительно отличались от хоры, то есть остальной страны, населенной египтянами. А это иная цивилизация, другой язык и иные традиции. Насколько я знаю, в эллинистическом праве переплелись греческое законодательство и древнеегипетское. Как читатель, я высказываю пожелание, чтобы в вашем итоговом тексте этот контекст был бы описан.

Андрей Медушевский:

Приведенные примеры характеризуют скорее общий цивилизационный разрыв в понимании права. В случае правового дуализма речь идет о существовании (и известном взаимодействии) двух правовых систем в рамках одной цивилизации или одной правовой культуры. Формирование полноценной гражданской нации предполагает унификацию правовой культуры и преодоление правового дуализма. Отсюда актуальность единого национального кодекса гражданского права и острота дискуссий о принципах его построения (между последователями естественно-правовых идей и исторической школой права в Европе начала XIX в.).

В России это была целенаправленная установка имперской власти на протяжении ряда столетий. Но правовой дуализм может быть преодолен разными методами — эволюционными и революционными. В советское время он ликвидируется путем уничтожения рационального позитивного права. В основе лежало фактически торжество представления крестьян о справедливости: всю землю поделить, собственность отобрать, установить всеобщее фактическое (а не формально-юридическое) равенство. Реально то было возрождением важнейших элементов традиционного обычного крестьянского права в новых условиях, причем связанное с его позитивацией в законе. Большевицкая программа слияния частного и публичного права не что иное, как программа ликвидации правового дуализма. Ту систему, которую они создали, трудно назвать правом в рациональном понимании слова, но тем не менее она фактически регулировала социальные отношения.

Если продолжим эту логику, то можем сказать, что в постсоветский период с отменой ограничений происходит возрождение правового дуализма в новой форме — как конфликта насаждаемого государством права и элементов традиционалистского правосознания. Вновь появляется, с одной стороны, рациональное, европейское представление о праве, с другой — набор предрассудков, определяющих мотивацию правового поведения значительных масс, ориентированных на коллективистские и патерналистские установки. Известно, что данные установки характерны для населения не столько крупных городов, сколько преимущественно сельских регионов, так называемого красного пояса, жители которого активно противопоставляли рациональному земельному праву и частной собственности на землю свое видение справедливости как сохранения коллективистских форм землепользования. Таким образом, возникает конфликт между правом и справедливостью, который сохраняет фундаментальное значение и раскалывает общество по всем значимым вопросам.

Людмила Лаптева (ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН):

Я, может быть, задам тривиальный вопрос, но мне непонятно, что такое для вас рациональное право. Мне бы хотелось, чтобы вы объяснили, из какого правового понимания вы исходите, различаете ли право и закон. Складывается впечатление, что в тексте доклада словосочетание «рациональное право» используется в разных значениях.

Андрей Медушевский:

Существует три основных подхода к интерпретации права и его соотношения с законом. Если мы стоим на позиции теории естественного права, то право — это справедливость, закон — выражение этой справедливости. Если мы стоим на позициях нормативизма, то право и действующий закон — это тождественные понятия и обычай тогда тоже право. Если стоим на позициях англосаксонского реализма, то право — это фактически то, что говорит судья по конкретному делу (прецедент судебного решения).

Можно бесконечно дискутировать о том, какой подход более значим, тем более что все они содержат как преимущества, так и недостатки. В современной науке эти позиции примиряются (и синтезируются) в рамках метаюридического подхода. Его суть состоит в том, что право может интерпретироваться как справедливость, норма и факт в зависимости от логики рассуждения, выражаемой в различных лингвистических конструкциях и стратегиях толкования норм. Идеальная модель права включает все три параметра, но в конкретной социальной ситуации на первый план выходит один из них. Именно этой позиции я придерживаюсь в данном докладе. С этим связана в том числе дифференциация подходов к определению соотношения этики, права и закона.

Понятие рационального права взято из другого логического ряда: оно означает научное рациональное конструирование правовых норм в противоположность спонтанному, историческому и традиционному созданию правовых норм и представлений. Рационалистическая трактовка права восходит к идеологии Просвещения, настаивавшего на том, что подлинное право и закон есть выражение разума, а не традиции или обычая. Соответственно, рационалистическое право, выраженное в крупнейших кодификациях XVIII и XIX столетий, противостоит предшествующей правовой традиции, включавшей религиозные и натуралистические способы обоснования права, вступает в конфликт с ней. Конфликт, который в России Нового времени проявлялся очень четко и вел к выраженному правовому дуализму.

В широком смысле рациональное право противостоит всем «иррациональным» формам обоснования права, включая прежде всего спонтанно сформировавшееся обычное право. Именно так понимал дело, например, Бентам, выступавший активным сторонником преобразования английского неписаного (обычного или прецедентного) конституционного права с позиций рационалистической кодификации.

В России начиная с Петра Великого рациональное право формировалось практически полностью путем заимствования и в этом смысле противостояло «органической» правовой традиции Московского государства. Именно таково было понимание ситуации Петром и последующими реформаторами, вплоть до начала кодификационных работ Сперанского. Определенная корректировка этой логики в Европе и России происходит с распространением идей исторической школы права Савиньи и Пухты, которые способствовали пересмотру жесткой позиции рационалистического подхода к кодификации (при создании ПСЗ и Свода законов Российской империи). Однако полностью этот подход вытеснен не был, поскольку перспективная цель по-прежнему усматривалась в создании единого рационального кодекса (его моделью выступал Кодекс Наполеона).

Таким образом, понятие рационального права тесно связано с унификацией правовых отношений и социальной модернизацией. Государство насаждает рациональные законы для преобразования общества, а кодификация становится инструментом социальных реформ.

Людмила Лаптева:

Вы не увязываете понятия права и свободы? Определение права как нормативной формы определения свободы по принципу формального равенства — это не то?

Андрей Медушевский:

Конечно, увязать понятие права и свободы и определить последнюю по принципу формального равенства эмоционально кажется очень привлекательным. В этом смысле я разделяю идею Гегеля, согласно которой прогресс общества

состоит в движении к свободе. Но не думаю, что универсальное социологическое определение права может быть дано с этих позиций.

Во-первых, понятие личной свободы, характерное для европейской культуры, не присутствует в других культурах и иных правовых семьях (например, мусульманской). Во-вторых, понятие свободы в разные эпохи и в разных регионах имело очень разный смысл и отнюдь не всегда было связано с формальным равенством — в сословном обществе, например, свобода могла интерпретироваться как право землевладельца осуществлять суд и расправу над зависимым населением. В-третьих, данное понятие трудно инструментализировать применительно к традиционному обществу (к тому же обычному праву русской крестьянской общины) или применительно к так называемому советскому праву с его идеями коммунизма и фактического равенства.

Я склонен определять право как гарантированный минимум нравственности, имея в виду, что последняя может допускать различные толкования, в том числе не связанные с индивидуальной свободой и формальным равенством перед законом (например, так называемая готтентотская этика и соответствующая трактовка права). В истории России, к сожалению, правовая традиция была слабо связана с идеей индивидуальной свободы, но в Новое время двигалась в этом направлении.

Людмила Лаптева:

Даже сторонники легалистского правопонимания связывают право с формальным равенством перед нормой. Право же связывает формальное равенство со свободой, произвольное умаление которой недопустимо. И только при таком понимании будет понятно, что, скажем, наказание в период репрессий членов семьи изменника Родины не имело отношения к праву, хотя и было закреплено в законе. Ведь здесь происходило произвольное выделение этой группы из числа всех граждан, которые не совершили преступления.

Но я это не к тому, что в России не было правовой традиции. Даже с учетом советских реалий такая традиция существовала, пусть и не очень явно выраженная. Конечно, российская социальная система традиционно основана на приоритете интересов государства. Об этом писал в своей книге «Драма российской политической истории» Александр Валентинович Оболонский, противопоставляя системоцентризм персоноцентризму. Поэтому в нашей истории основная категория, используемая в социальной регуляции, не свобода, а долг. Но это не означает, что право у нас вообще не работало как социальный регулятор. Оно неизбежно присутствовало во всех случаях, когда можно было говорить об отношениях равнодостоинных субъектов, то есть в отношениях между подданными, физическими и (позднее) юридическими лицами.

Андрей Медушевский:

При интерпретации права с легалистских (позитивистских) позиций следует различать ситуации стабильной правовой системы и системы формирующегося права. В этом отношении важно предложенное Г. Хартом различие так называемых первичных и вторичных норм. Первичными являются те, что предоставляют права и налагают обязанности на членов общества (например, базовые нормы уголовного права). Вторичными — те, что устанавливают, кто и каким образом может создавать, признавать, изменять или отменять первичные нормы (например, нормы, определяющие порядок формирования властных институтов, заключения договоров или исполнения завещаний). Только тогда, когда отдельное общество вырабатывает фундаментальную вторичную норму, устанавливающую соотношение различных норм, возникает идея особого множества норм и, стало быть, идея права. Без этого правовая норма не имеет четкого применения или, наоборот, имеет «открытую текстуру» — допускает, что в проблемных ситуациях судьи имеют право принимать решения по своему усмотрению, создавая тем самым границы интерпретации норм, в том числе таких, как свобода и равенство.

Определенная связь формального равенства со свободой, о которой вы говорили, с позиций юспозитивизма есть, следовательно, феномен устойчивой, стабильной системы, где существует четкое разделение норм двух типов — первичных и вторичных. Этого разделения не было (или оно было нечетким) в традиционном обществе, где границы частного и публичного права были условны. В период абсолютизма формирование вторичного права представлено прежде всего законами о престолонаследии. Я имею в виду указ Петра Великого 1722 г., отменявший традиционный обычай передавать престол прямым наследникам по мужской линии, и особенно акт императора Павла I 1797 г., введивший престолонаследие по закону (с одновременным принятием «Учреждения об императорской фамилии», устанавливавшего ее круг и иерархию ее членов).

Четкого разделения первичных и вторичных норм не было и в советском праве, в котором границы между этими нормами сознательно элиминировались: вопрос о передаче власти решался за пределами конституционных норм и ограничений. Это одна из причин, делающих целесообразным введение понятия номинального конституционализма, предполагающего радикальный разрыв ценностей и норм, с одной стороны, и институтов и практик правоприменения — с другой. В современной литературе данная проблема разрабатывается с позиций неоинституционализма (сошлюсь, например, на свою книгу «Сравнительное конституционное право и политические институты»).

С этих позиций можно объяснить и особенности «советского права», представлявшего собой выражение идеологии коллективизма. В его границах феномен коллективной ответственности (целых областей государства, городов или социальных групп), отсутствующий в современном рациональном и

индивидуалистическом правовом дискурсе, не может интерпретироваться как нарушение права. Осуждение больших социальных групп (например, «кулаков»), национальностей или семей «врагов народа» исходя из этого вполне вписывалось в доктрину классового права. Но, конечно, это не значит, что русская правовая традиция вообще не знала формального закрепления индивидуальных прав и свобод.

В период империи российская правовая система постепенно двигалась в направлении принятия концепции свободы личности. Было несколько этапов на этом пути. Принятие права как рациональной конструкции в Петровскую эпоху стало общей основой данного процесса. Следующий важный этап — это идея просвещенного абсолютизма, что государство должно основываться на фундаментальных законах, гарантирующих права подданных, это постановка вопроса о соотношении закона и указа, это утверждение о том, что просвещенный монарх (в отличие от деспота) не может искажать фундаментальные законы своими указами. Это, наконец, попытка разделить письменный указ и устный указ, ввести принятие указов в определенную институциональную среду с обеспечением формальных процедур их принятия и реализации.

В той же логике — сознательная установка государства на раскрепощение сословий и шаги по ее реализации, начиная с жалованных грамот дворянству и городам Екатерины II и кончая Манифестом 19 февраля 1861 г. Это социальное и правовое раскрепощение было связано, конечно, с распространением идей Просвещения и либерализма. Что и определило общую направленность политических проектов, от «Наказа» той же Екатерины II для Уложенной комиссии 1767 г. до конституционных проектов русского либерализма рубежа XIX — начала XX в.

Так что движение к свободе как составляющей правового развития в русской традиции, безусловно, присутствует. Оно нашло последовательное выражение и в развитии государственного права, и особенно в либеральных конституционных проектах. Да, в советское время установка на защиту прав и свобод личности была последовательно отвергнута. Сегодня она с немалым трудом возрождается.

Людмила Лаптева:

Строго говоря, право — это один из неперенных социальных регуляторов, присутствующий в любом обществе. Оно существовало даже в советское время. Скажем, с 1922 г. у нас действовал Гражданский кодекс, который регулировал, в частности, договорные отношения. Вопрос в том, как право понимается и какое место занимает в социальной регуляции.

Андрей Медушевский :

Вы считаете, что может быть и право, уничтожающее индивидуальную свободу?

Людмила Лаптева:

Индивидуальную свободу уничтожает не право, а закон, приказ суверена, будь то монарх или парламент. Закон необязательно содержит правовые нормы, он может оформлять и произвол как антипод права. Право же регулирует отношения по поводу свободы между людьми. Основное право человека — это и есть право на свободу, из которого произрастает вся система прав. Ограничение свободы индивида только одно — свобода его визави. Кстати, право собственности не главное, хотя и важное проявление свободы. Скажем, авторы Декларации независимости США, говоря о неотъемлемых естественных правах, право собственности не упомянули.

Когда я готовилась читать доклад Андрея Николаевича, то думала, что в нем будет акцентировано именно постепенное правовое оформление свободы, достоинства личности. Но этого в докладе нет. А это между тем до сих пор одна из главных проблем нашего общества.

Андрей Медушевский:

Все, что вы говорите, справедливо, но только для Новейшего времени. Как общий принцип современного понимания права, свобода, конечно, есть необходимое условие его существования. Но это не является спецификой России. В основу реконструкции русской правовой традиции трудно положить этот принцип.

Право на свободу, то есть концепция субъективных публичных прав, достижение Нового времени. Субъективное право — это предоставляемая и охраняемая государством мера возможного (дозволенного) поведения лица по удовлетворению своих законных интересов, предусмотренных объективным правом. Концепция субъективного права (признание государством лица в качестве носителя определенных прав и свобод) есть современная концепция, связанная с логикой формирования индивидуалистических ценностей. Она отсутствовала в древности, характеризовавшейся коммунитарной концепцией человека.

Разделение права на объективное и субъективное, наметившееся уже в римском праве, реально начинается в Европе в XVI–XVII вв. А в полноценном виде — только с утверждением идеи общественного договора. Напомню также, что классические концепции субъективного права XIX — XX вв. включали различные трактовки его происхождения и смысла: теория воли (Савиньи), теория интереса (Р. Фон Иеринг), простое выражение юридического обязательства (Кельзен), эклектическая теория, основанная на соединении предыдущих. Последняя была характерна как раз для советского права (Пашуканис, Вышинский).

Так что даже в Новое и Новейшее время трактовки субъективных прав оказываются едва ли не противоположными: одни отстаивают их абсолютный и универсальный характер, другие — относительный и условный, когда права и

свободы жестко увязываются с обязанностями по отношению к государству. Меняется, используя терминологию Ф. Лассалья, соотношение фундаментальных и так называемых приобретенных прав — например, в отношении собственности и, следовательно, свободы, как взаимосвязанной с собственностью категории. Таким образом, в истории дело не сводится к противоречию «плохих» законов и «хорошего» права. Именно философские трактовки права и определяемые ими конструкции субъективных прав определяют законодательную политику, а в существенной мере и правоприменительную.

В традиционном обществе существует достаточно ограниченная трактовка свободы и собственности. В известной мере, как показывают исследования, она противоположна современной и включает собственность на людей и свободу одних людей распоряжаться жизнью других. Трактовка «прав» и «свобод» радикально различалась в древности и в Новое время даже в странах, ставших эталоном правового развития, например в Англии.

Скажем, когда бароны требовали в Великой хартии вольностей защиты своих свобод (*liberties*), они, как считает ряд исследователей, требовали личных привилегий или права осуществлять прерогативы суверенов. Они требовали не «свободы и собственности» в современном конституционном понимании, но преимущественной позиции в правлении, основанной на личных отношениях вышестоящего и нижестоящего, господства и подчинения. В этом смысле Великая хартия должна быть истолкована так, что бароны не должны быть лишены королем этих личных суверенных привилегий. Их-то и пытались закрепить за собой бароны при поддержке высшей суверенной власти, а вовсе не притязание на установление равной свободы для подданных обладать, покупать и продавать собственность. Свобода означала для них не «свободу и собственность» в понимании Локка, а именно социальную и политическую привилегию.

Сходным образом можно трактовать позицию французских монархомахов, которые, добиваясь ограничения монархического произвола, под правами и свободами понимали защиту своей веры, собственности и феодальных прав, не распространяя это требование на всех подданных. Но не такова ли была и концепция русских верховников, представленная в их «Кондициях» Анне Иоанновне? Не такова ли была логика американских рабовладельцев или консервативных российских помещиков, которые в период Крестьянской реформы 1861 г. выступили с идеей представительного правления, отстаивая свои права собственности на землю, крепостных крестьян и привилегии? Во всяком случае, именно так понимали их позицию сторонники реформ.

Показательно, что опасения, связанные с введением конституции и парламентаризма в традиционном обществе, высказывавшееся Карамзиным, Кавелиным и другими мыслителями, проистекали из осознания того факта, что такие институты могут стать инструментом консервативной реакции на реформы. Это понимал и Александр II, понимали другие российские реформаторы,

отстаивавшие путь постепенного и умеренного реформирования. Если же исходить из современной трактовки прав личности, то значительной (если не большей) части этой русской правовой традиции следует вообще отказать в звании правовой. С этой точки зрения ни традиционное право, ни право эпохи абсолютизма, ни тем более советское право правом не было, поскольку вопрос о равной формальной защите прав личности в нем не стоял. Но моя задача состояла в том, чтобы попытаться определить какие-то элементы собственно российской правовой традиции.

Игорь Клямкин:

Коллеги, вы, похоже, просто по-разному понимаете право.

Людмила Лаптева:

Я с этого вопроса о понимании права и начала, но четкого ответа не услышала. Законодательство есть законодательство. В законе могут быть записаны и этические, и религиозные нормы. Может быть записано, например, что «жена да убоится мужа своего», «муж да прилепится к жене своей в любви и согласии», как в екатерининском Уставе благочиния. От того, что эти нормы вошли в закон, они правовыми не стали. Они были и остались этическими, не имеющими отношения к формальному равенству.

У закона другие, чем у права, задачи. Закон может защищать интересы системы или интересы человека, быть справедливым или нет, содержать правовые нормы или нет, но это особое явление, не право. А право — это отношения между формально равными свободными субъектами, отношения горизонтальные, основанные на взаимных правах и обязанностях.

Формальное равенство прав и обязанностей граждан бытовало и в советское время, пусть в очень ограниченных пределах. Люди делали покупки, брали в долг, владели каким-то имуществом, за кражу которого наказывали. Конечно, область государственного произвола в советский период была настолько широка, что редких случаев правовых отношений гражданина с государством не было заметно. Но они тем не менее имели место, о чем писали даже зарубежные исследователи. Например, Г. Берман.

Андрей Медушевский:

Абстрактный естественно-правовой подход к решению проблемы равенства мало продвигает нас в изучении его исторических трактовок. Неслучайно критики естественно права отрицают, с одной стороны, его естественность, а с другой — то, что оно право. Даже если не вдаваться в дискуссию о соотношении онтологических и деонтологических трактовок права, следует признать, что понятия формальной справедливости и равенства не могут быть раскрыты с позиций абсолютного и вневременного решения. Отношения морали и права не могут рассматриваться как константа. Они предполагают ситуации

доминирования морали над правом, их отождествления или приоритет права над моралью. Различны социальные функции этих конструкций, которые могут определять как консервативные, так и революционные изменения, выступать теоретическим обоснованием прав человека или, наоборот, их ограничения, легитимировать существующий социальный порядок или ставить его под сомнение.

С этим связаны различные исторические варианты трактовки соотношения морали, права и закона. Нельзя, на мой взгляд, принять только одну из них и объявить все другие несуществующими. Этические нормы, вошедшие в закон, — это и есть исторически определенный и юридически выраженный «гарантированный минимум нравственности», то есть право. Если закон закрепляет подчинение жены мужу, то это тоже право, одно из положений права семейного, за нарушение которого предусмотрены санкции. Изменение подобных норм в процессе эмансипации общества и составляет предмет истории права и анализа правовой традиции разных стран. В противном случае право получает очень условную трактовку. Есть, скажем, книга Леонтовича, в которой доказывается, что государство Ивана Грозного было правовым. Можно, конечно, спорить и об этом, но тогда это будет спор о понятиях.

Людмила Лаптева:

Почему же только государство Ивана Грозного? Если закон называть правом, то любое государство придется признать правовым. А.С. Малицкий в 1924 г. выпустил в Харькове книжку «Советская Конституция». Он тоже доказывал, что в советском государстве органы государственной власти соблюдают законы, то есть существует правовой режим, а значит, советское государство — правовое. Его за это потом расстреляли.

Я не говорю, что советское государство было правовым. Я говорю, что право в системе социальной регуляции присутствует всегда. Мы не можем говорить, что в какой-то исторический период наблюдалось полное его отсутствие. В определенных нишах оно присутствовало, хотя правовых отношений гражданина (подданного) с государством могло и не быть.

Андрей Медушевский :

Если право и присутствовало в советском режиме, то в роли служанки идеологии, как вспомогательный декоративный элемент. Его действие допускалось лишь постольку, поскольку не нарушало постулатов идеологии. Именно последняя выступала важнейшим источником права, и его изменения производились идеологами, а не юристами, которые давали лишь юридическое оформление партийной воли. Вас можно было выселить из дома, сослать куда-нибудь, расстрелять, и все это в соответствии с советским законом, советским правом, если под правом понимать идеологию. Именно отсутствие границ между ними, заставляющее вспомнить об определении этого режима как свет-

ской теократии, создавало основу для обоснования и гибкого применения репрессий в отношении любого социального субъекта.

Людмила Лаптева:

В соответствии с неправовым законом. Но право, тождественное закону, если пользоваться вашим определением, всегда служанка идеологии. Вы можете привести пример хоть какой-то правовой системы, которая не основана на идеологии?

Андрей Медушевский:

Я могу назвать пример правовых систем, которые основаны на идеологии прав человека. ЕКПЧ в этом смысле есть одновременно выражение идеологии и права Евросоюза. Но коммунистическая идеология, очевидно, не являлась идеологией прав человека. Поэтому говорить, что советское право представляло самостоятельную ценность, на мой взгляд, существенное преувеличение.

Людмила Лаптева:

Вот именно. Идеология прав человека и есть единственная правовая идеология. Когда она воплощается в законодательстве, получается правовое законодательство.

Игорь Клямкин:

Что-то ускользнуть стала от меня нить вашей дискуссии. Вопрос о соотносении права и свободы понятен и закономерен. О соотносении права и закона — тоже. Но если право в той или иной степени присутствует всегда и везде, даже в обществах советского типа, то, значит, всегда и везде в той или иной мере имеет место и свобода. Между тем есть, как известно, социумы, в которых отсутствует само понятие свободы. Возможно, в ходе дискуссии мы к этому вернемся. Еще есть вопросы?

Анастасия Туманова (профессор НИУ ВШЭ):

У меня три вопроса. Первый из них касается понятия «правовой дуализм». Из доклада не совсем ясно, что именно под этим понятием имеется в виду — то ли разное отношение к институту частной собственности и ее легитимности, то ли двойственность правовой культуры в широком смысле слова. Во втором случае, насколько поняла, речь идет о конфликте рационализованного и обычного права, в процессе кодификации законодательства в Российской империи так и не преодоленном. Или, говоря иначе, о конфликте позитивного права и справедливости в ее восприятии крестьянством, определявшемся уравнительными идеями перераспределения земли. Но в современной литературе представлена и еще одна трактовка правового дуализма, и хотелось бы узнать мнение о ней Андрея Николаевича.

Основываясь на изучении истории российского гражданского законодательства XIX в., американский историк Уильям Вагнер утверждает, что в канун

краха «старого режима» различные правовые системы были представлены судами и администрацией и системы эти находились в перманентном конфликте по поводу разграничения прерогатив. На растущий и усложняющийся со времени Великих реформ конфликт между судебной властью и администрацией, представлявших собой два враждебных друг другу интеллектуальных мира, указывает и Ричард Уортман. Если судебная власть в период либеральных реформ базировалась на одних принципах реализации права и законности, то администрация исходила из идеи поддержания государственного порядка и стабильности. Можно ли этот конфликт трактовать как еще одно проявление правового дуализма?

Второй вопрос — о незавершенной работе по составлению Гражданского уложения, чему в докладе отведено значительное место. Но ведь в позднимперский период было множество правовых реформ, нацеленных на модернизацию государственного, административного, уголовного права. Почему именно деятельность комиссии по разработке Гражданского уложения привлекла такое внимание автора?

И наконец, хотелось бы, чтобы докладчик пояснил, что имел в виду, написав об «утопическом характере петровского регулярного государства». Идея регулярного государства в разных конструкциях предстает в имперский период в концепциях правления Екатерины II, Александра I, при Николае I эта идея также присутствует. В чем же утопичность петровской идеи?

Андрей Медушевский:

Правовой дуализм (как общее понятие) — это, в моем понимании, сосуществование и конфликтное взаимодействие двух правовых систем в одной правовой культуре. В случае России — конфликт рациональной, заимствованной с Запада и насаждаемой государством системы гражданского права, с одной стороны, и крестьянского обычного права — с другой. Важнейшим проявлением данного конфликта в традиционном обществе является противостояние двух трактовок прав на землю — принадлежит она крестьянам или землевладельцам.

Дебаты кануна Крестьянской реформы 1861 г. показали неопределенность исторической легитимности существующих форм землевладения и принадлежности земли. 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.

Для решения конфликта эпохи освобождения крестьян, состоявшего, 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). Отсюда — поиск терминологии и аналогов российской ситуации в римском праве. Деятели редакционных комиссий периода Великих реформ 60-х гг. XIX в. (например, Семенов-Тянь-Шанский) использовали для определения правового положения крестьян после освобождения именно понятие эмфитевтического права. Но конфликт не был разрешен. Не удалось однозначно разрешить его и авторам проекта российского Гражданского уложения. Этот конфликт, обозначившийся уже во время реформы 1861 г., выражался в споре о легитимности существовавших норм позитивного права собственности на землю, который и лег потом в основу аграрной революции начала XX в. В ней проявилось противоречие позитивного права и правосознания крестьянства, его представлений о справедливости как уравнительном перераспределении земельных ресурсов.

Был еще вопрос о том, можно ли считать проявлением правового дуализма конфликт имперской администрации и судебной власти. Я считаю, что этот конфликт выражает скорее противоречие между правом и правоприменительной практикой. И администрация и суды исходили из положений Свода законов — существующей системы позитивного права. Конечно, консервативные административные институты и либеральные судьи могли по-разному интерпретировать и применять это право, но их спор не выходил за рамки существующей и официально санкционированной системы норм. Тут нет, следовательно, проявления правового дуализма в представленном выше понимании, ибо нет несовпадения двух систем права.

Думаю, что этот «дуализм» администрации и судов стал одним из проявлений политического конфликта эпохи кризиса самодержавия. Никакой правовой основы у него не существовало. У администрации и судов была единая стабильная основа для договоренностей — действующая система правовых норм. Когда они не могли договориться — например, в ходе конфликтов между центральной властью и земствами о том, как собирать и тратить налоги, — эти вопросы решал Сенат. Причем решал нередко в пользу земства, но в рамках основных законов.

Особое место занимают политические дела (например, о Выборгском воззвании или по делам о терроризме), которые выражали острую поляризацию общества. Но они также могли стать предметом обжалования. Если мы возьмем решения Сената по уголовным делам периода первой революции, то они демонстрируют поразительно высокое качество юридической культуры и техники, во многом превосходящее современный уровень. В целом же это была проблема судебной интерпретации норм существующего уголовного законодательства, а не проблема, проистекающая из отказа от его применения во имя абстрактных этических принципов.

Если определить противостояние администрации и судов как дуализм, то он концентрировался именно в различных стратегиях интерпретации позитивного права. Но в этой широкой трактовке данный конфликт в той или иной мере присутствует в большинстве модернизирующихся государств, когда формальная опора на правовые нормы (и защита их судами) оказывается в противоречии с задачами быстрых экономических и политических преобразований. Преобразований, требующих, по мнению администрации, отступлений от либеральных принципов и норм во имя поддержания стабильности, подавления экстремизма и недопущения перехода к чрезвычайным методам управления.

Анастасия Туманова:

Конфликт судебной власти и администрации, находивший выражение в противоборстве соответствующих министерств — Министерства внутренних дел и Министерства юстиции, проявлялся в ходе законотворческого процесса во второй половине XIX — начале XX в. постоянно. Влияние этих двух противоборствующих сил сказывалось на многих этапах подготовки законопроектов. Сенат выступал высшей кассационной инстанцией и нередко принимал самостоятельные решения в пореформенный период, не поддерживая консервативных чиновников МВД.

Андрей Медушевский:

Это имеет отношение к политике, а не к праву. Разработка законодательства действительно выявляла различные стратегии правового регулирования, но эти стратегии опирались на интерпретации действующего права. Проблема коренилась в том, что нормы действующего права могли быть истолкованы противоположным образом. Юристы по-разному интерпретировали Положение 1861 г. Одни считали, что исключения из общего законодательства в пользу общины являются постоянными законодательными положениями, другие доказывали, что они предусматривались только на переходный период, а потому в новых условиях должны быть отменены. Отсюда разные трактовки обычного крестьянского права как стабильного права или как временного состояния. Это противоречие сказывалось и в напряженных отношениях между правовыми нормами и административной практикой, которая порой из формальной сферы смещалась в неформальную.

Это очень большой пласт проблем, связанных с неформальной практикой реализации законов администрацией. В период революционных выступлений власти отступали от закона, но государство всегда настаивало на сохранении правовых гарантий в принципе. Даже в условиях чрезвычайного законодательства столыпинской эпохи очень четко фиксировались правовые условия и ограничения в применении репрессивных мер, что не позволяет рассматривать их как аналог чрезвычайных судов советского времени. В целом это не правовой дуализм, а реализация правовой идеологии империи, в ходе кризи-

са которой норма и судебно-административная практика могли расходиться существенным образом.

Игорь Клямкин:

К вам были и другие вопросы. О Гражданском уложении, о петровском регулярном государстве. Ответите?

Андрей Медушевский:

Был вопрос о том, почему в центре моего внимания гражданское право, а не публичное или уголовное. В большой литературе о правовых традициях показано, что они проявляют свои особенности прежде всего в нормах гражданского (частного) права. Нормы частного права, а особенно те, что фиксируют отношения собственности вообще и на землю в частности, лучше выражают как стабильные элементы правовой традиции, так и ее изменения во времени. Они более фундаментальны и нейтральны в отношении идеологии и политики. В отличие от норм публичного (конституционного) и уголовного права, которые больше подвержены идеологическому и политическому влиянию. Этим и объясняется осознанный акцент в моем докладе на гражданское и земельное право, внимание к кодификации права в этих областях, стремление определить их взаимосвязь с изменениями публичного права. Попытка создания Гражданского уложения Российской империи — ключевой момент в развитии русской правовой традиции.

А теперь о том, почему я считаю петровский проект регулярного государства утопическим. Его утопичность — в доведенном до логического конца представлении о возможности создания совершенного социального механизма, основанного исключительно на рациональном правовом регулировании. Концепция Петра I состояла в том, чтобы создать государство, основанное на диктатуре закона. Это не правовое, а полицейское государство в его типично абсолютистской интерпретации. Утопичность проекта — в невозможности предусмотреть все направления социальных изменений, юридически урегулировать все отношения вплоть до последней пуговицы последнего солдата, а главное — создать на этой основе беспристрастную и эффективную систему государственного контроля реализации права (в том числе указов монарха). Я стремился показать это в книге «Утверждение абсолютизма в России».

При отсутствии каких-либо традиционных институтов социального контроля (в виде церкви, сословно-представительных учреждений, институтов городского самоуправления) абсолютистское государство, как и показывает его юридическое определение, не связано ничем в ходе осуществления рационализации и модернизации, которые поэтому неизбежно приобретают принудительный, навязанный характер реформ сверху. Единственным регулятором оказывается абсолютная воля царя-реформатора. Такая ситуация создает определенную психологию, для которой свойственно апеллировать к государ-

ству как единственному организатору и инициатору совершенствования общества. В результате реализация рациональной программы модернизации оказывается целиком в руках бюрократии, что в изменившихся социальных условиях создает опасность ретрадиционализации и контрреформ.

Анастасия Туманова:

В Германии, если служанка на танцы пошла в кружевном платье, то ее отправляли в полицейский участок.

Андрей Медушевский:

Да, регулярное (или полицейское) государство предполагает рационализацию не только управления, но и социальной структуры и социальных отношений. Петр стремился рациональным путем устроить сословия, выстроить их иерархию, законодательно регламентировать источники существования, образ жизни и поведение. Он продолжал традиции служилого государства, сложившегося ранее, но стремился дать им систематическую организацию и законодательное закрепление. Отсюда идея единонаследия, смысл которой состоял в том, чтобы не допустить дробления имений между детьми помещика, малоземелья и маргинализации привилегированного сословия. Отсюда же и воплощенная в Табели о рангах идея увязать статус и материальное положение дворян с государственной службой. Отсюда и вообще вся эта невероятная законодательная активность российского государства в период утверждения абсолютизма. И, в частности, законотворческая деятельность самого Петра, стремившегося своими регламентами и указами охватить все стороны жизни общества.

Но эта концепция государственного регулирования, которая имела значительный мобилизационный эффект в краткосрочной перспективе, была утопичной в перспективе долгосрочной. В том смысле, что социальная реальность оказалась гораздо богаче ее идеальной проекции в законах. Созданный Петром механизм взаимосвязи условного землевладения, статуса и служилых функций начал давать сбои уже при его ближайших преемниках, когда дворянское сословие установило контроль над государственным аппаратом и постепенно добилось отмены обязательной службы при сохранении всех ранее достигнутых преимуществ. Это и привело в конечном счете к стагнации крепостнической системы и выдвиганию инициатив по ее трансформации уже в XVIII в.

Людмила Лаптева:

Обязательная служба была введена в Московском государстве в середине XVI в. Конечно, в петровские времена помимо обязанностей у дворян появляются какие-то элементы прав. Но он продолжал традицию Московского царства.

Андрей Медушевский:

Да, но при этом именно с Петра начинается рационалистическая трактовка права, создающая формальную основу для обеспечения прав личности. Последующее движение в данном направлении в период просвещенного абсолютизма демонстрирует это вполне определенно. Но Петр реализовал идею жесткого увязывания прав и обязанностей дворянского сословия, выстроив всю систему так, чтобы она управлялась самим монархом. Отсюда отмена приказов, введение коллегий, Сената, законодательная унификация, бюрократизация и милитаризация государственного аппарата, установка на государственный контроль и учет во всех областях жизни.

Основная цель этих реформ — концентрация ресурсов, централизация власти и управления, обеспечение выполнения указов. Но и этот феномен, проявившийся столь явно в эпоху российского абсолютизма, характерен для всех традиционалистских обществ, вступивших в Новое время на путь модернизации, и выражает специфику авторитарных методов ее проведения.

Михаил Краснов (профессор НИУ ВШЭ) :

Я понимаю, что интерес «Либеральной Миссии» к обсуждаемой теме состоит в том, чтобы лучше понять особенности исторической «колеи», в которой пребывает Россия. Понимаю в этой связи и интерес к российской правовой традиции. Однако мне кажется, что в докладе представлено очень много фактов и точек зрения, но нет ответа на главные вопросы. Что такое правовая традиция, каков ее характер в России? Правильно ли я понимаю, что традиция — это набор устойчивых норм и принципов, не меняющихся от случая к случаю? Если правильно, то о чем конкретно идет речь применительно к России? Далее, она, эта российская правовая традиция, одна или их много? И в каком смысле она правовая?

Из доклада следует, что традиция, о которой в нем речь, менялась чуть ли не с каждым новым монархом. Но тогда какой практический смысл в самом этом понятии? Можно ли в него включать доминирующее правосознание? Можно ли выделить какие-то черты, прошедшие через разные эпохи, характерные именно для русской правовой традиции? Каково в ней соотношение между позитивистским правопониманием и юснатурализмом? Имела ли место существенная подвижность позитивного права или для русской правовой традиции характерна малая подвижность? Какова общая направленность этой традиции — государство или человек, системоцентризм или персоноцентризм? И наконец, Россия — это зона западной правовой традиции или это особая зона? По Г. Берману, Россия — часть западной традиции. И в докладе есть намек, что это так, но со своими особенностями. Однако я бы хотел все же услышать более четкий ответ.

Игорь Клямкин:

Прежде чем Андрей Николаевич ответит, поясню, в чем вижу смысл нашего обсуждения. Слово «традиция» сегодня одно из ключевых в официальном дис-

курсе. Объявлено о возвращении к традиционным ценностям, соответствующим образом расставляются акценты в учебниках истории. Но были ли в этой истории какие-то другие традиции, альтернативные тем, которые предлагает унаследовать идеологический официоз? Если нет, то у его оппонентов нет и никаких точек опоры в истории. А чтобы понять, есть или нет, надо внимательно присмотреться к самой истории, к тем пластам в ней, которые власти и обслуживающий их пропагандистский персонал считают заведомо неактуальными.

Едва ли не важнейший из них — правовой. Но именно он оказался на задворках всех нынешних разговоров о традициях. Понятно, почему о роли и месте права в российской истории не говорят те, кто делает ставку на иные, чем право, принципы и механизмы во внутренних и международных делах. Но мы-то вроде хотим другого. Поэтому здесь сегодня и собрались.

Андрей Медушевский:

Постараюсь ответить. Такое явление, как традиция, нельзя пощупать. Это все-таки набор ценностей и институтов, это логика судебных решений. И в этом смысле российская правовая традиция, безусловно, существует. Она характеризуется тем, что в ее основе европейское представление о праве, примерно те же ценности, примерно та же логика судебных решений. Эта традиция не столь устойчива, как в Европе, именно потому, что ей присущ правовой дуализм, фундаментальный конфликт двух начал. Но им же обусловлена и вариативность ориентаций в границах традиции — она, конечно же, системцентрическая, а не личностно-центрическая. Западная это зона или особая? Западная, но с особенностями. Подвижная традиция или малоподвижная? Я считаю, что более подвижная и гибкая, чем в Европе, потому что право в России больше зависит от государственной власти. Общество у нас слабее, поэтому государство в состоянии навязывать ему определенные представления. Однако сама возможность навязывания имеет свои границы, и потому тезис о том, что право меняется с каждым монархом, — публицистическое преувеличение. Как раз наоборот — попытки некоторых монархов радикально изменить традицию стоили им трона или жизни.

Для традиционного русского общества проведение границы между ним и государством было вообще проблематично. Это было связано со спецификой социальных отношений — отсутствием независимых сословий, вольных городов, слабостью представительных учреждений в сравнении с их западноевропейскими вариантами. Государство поглощало общество, формировало его и представляло его интересы в концентрированном виде. И эти фундаментальные отношения и соответствующие им представления отнюдь не менялись от одного царя к другому. То была вполне устойчивая, достаточно авторитарная традиция, характеризовавшаяся преемственностью гражданско-правовых и публично-правовых норм в продолжение всего периода служилого государства.

В Новое время эти нормы начинают меняться, но между традиционными и новыми нормами сохраняется преемственность. Я пытаюсь доказать, что эта преемственность существует и выражается в систематических попытках государства реформировать общество в интересах модернизации при одновременном поддержании социальной стабильности. Для имперского периода это означало преемственность стимулированного государством движения в направлении гражданского общества, правового государства, прав личности. Идея раскрепощения сословий государством для Нового времени столь же характерна, как идея их закрепощения для предшествующего периода русской истории. Но не значит ли это, что системоцентрическая конструкция власти при определенных условиях может способствовать формированию прав личности и их последовательному закреплению в действующем праве?

Я считаю, что русская государственная (юридическая) школа прекрасно объяснила этот процесс, раскрыв специфику русской правовой традиции в сравнительной перспективе Запада и Востока. Ведь и постсоветское возрождение этой традиции — оно тоже в русле этой традиции. Сохраняет свое значение и интеллектуальная парадигма русской дореволюционной мысли. Эта парадигма впервые обнаружила свою аналитическую и практическую ценность в период реформ 60-х гг. XIX в., а также реформ последующих. Став основой русского либерального конституционализма начала XX в., она вновь оказалась востребованной в его конце — в ходе принятия Конституции 1993 г., проведения федеративной, административной и судебной реформ. Неслучайно ориентиром и отправной точкой дискуссии о частной собственности на землю в ходе разработки Земельного кодекса стало аграрное законодательство Столыпина, действовавшего вполне в русле данной интеллектуальной парадигмы.

Да и в постановке принципиального вопроса о том, каким образом повернуть российскую общественно-политическую систему от ориентации на государство к ориентации на общество, мы тоже находимся в преемственной связи с мыслителями и политиками начала XX столетия. Наблюдается поразительное сходство не только теоретических постулатов, но и лозунгов современной либеральной оппозиции с теми, которые выдвигались в свое время кадетами: правовое государство и защита прав личности (проект С.А. Муромцева может служить основой постановки этого вопроса и сегодня); реформа судебной системы и отказ от политики «контрреформ» (само заимствование терминологии возвращает нас к Судебным уставам 1864 г. и дискуссии о суде присяжных); реформа местного самоуправления («мелкая земская единица») и требования выборности губернаторов. А сходство современной российской политической системы с той, что существовала в эпоху «мнимого конституционализма» начала XX в., делает актуальными лозунги честных выборов, движения к парламентаризму, разделения властей. Все это, на мой взгляд, прекрасно иллюстрирует преемственность рус-

ской правовой традиции, ее особенностей, трудностей, с которыми она сталкивалась, а также способов их преодоления.

Если мы хотим не просто говорить об истории, но реконструировать смысл процессов, систему аналитических понятий и применять их к изучению различных исторических периодов на доказательном уровне, то должны принять факт существования русской правовой традиции как системы ценностей, институтов и устойчивых практик. Эта традиция, повторю еще раз, характеризовалась выраженным конфликтом двух различных направлений. Традиционного, родового, патриархального, консервативного, с одной стороны, и рационального, западного, лично ориентированного, находящегося в оппозиции самодержавию, — с другой. И наша задача в том, чтобы, признавая дуализм русской правовой культуры, утвердить либеральную часть правовой традиции, противопоставить ее различным консервативным мифам. Наиболее важным из них является миф о том, что русская правовая традиция является единой, что не было никакой другой традиции, кроме консервативно-патриархальной.

Современные консерваторы последовательно отстаивают эту одномерную трактовку традиции, говоря о том, что есть исключительно одна устойчивая традиция и есть попытки ее разрушения. Такие попытки, по их мнению, были свойственны всей истории России, начиная со Смутного времени и заканчивая Горбачевым и Ельциным. В этой логике есть традиция и ее враги. Но мы должны исходить из того, что защита прав личности и либеральные реформы столь же полноценная часть русской правовой традиции.

Игорь Клямкин:

По какому критерию отделяется статус традиции от статуса попыток ее разрушения?

Андрей Медушевский:

Суть консервативного подхода состоит в том, что существует некая устойчивая «русская система». Вы знаете, что это понятие получает разные интерпретации, но есть среди них и такая, что исключает возможности развития этого феномена в истории. «Русская система», мол, уникальна, всегда существовала в истории России и, по существу, неизменна, так как ее ядро постоянно воспроизводится при разных социальных условиях. Она основана на соединении власти и собственности, отрицании прав человека и всеильном государстве, которое может быть только имперским. А все попытки реформирования этой системы, осуществляемые путем рыночных экономических реформ, либерализации права, заимствования западных правовых норм, ограничения политической власти, разделения властей, принятия западных стандартов прав человека — все эти попытки деструктивны, поскольку ведут к разрушению «системы» и представляют собой борьбу с традиционной российской государственностью.

Получается, что реформы Петра Великого, Екатерины Великой, Александра I, Александра II, реформы Столыпина, преобразования периода Временного правительства и Учредительного собрания; наконец, реформы Горбачева и Ельцина — все это не что иное, как сознательное разрушение российской государственности. Выстраивается целая система мифов, суть которых заключается в том, что поддержание культурной и цивилизационной специфики России невозможно без сохранения коллективистских ценностей, слияния собственности и власти и воспроизведения деспотического (или диктаторского) политического режима. А все, кто не принимает такую трактовку русской политико-правовой традиции, относятся к пятой колонне. Это вписывается и в геополитическую логику, согласно которой современная политика — конфликт глобального Запада и глобального Востока. России же предстоит стать во главе этого глобального Востока или, точнее, Евразии.

Советский эксперимент рассматривается как логическое продолжение этой «русской системы», а отказ от него в 1990-е гг. предстает как предательство национальных интересов. Подобная трактовка русской государственной традиции основана на гипертрофированном представлении о существовании неизменных «констант» российской истории, определивших «колею» ее развития, выход за пределы которой ведет к разрушению государственности. В рамках этой парадигмы правовая составляющая традиции вообще не имеет самостоятельного значения, а реализация в России доктрины прав человека есть форма экспансии Запада против русских национальных интересов. Этим и определяется разграничение статуса традиции и попыток ее модификации.

Но очевидно же, что данный подход основан на произвольном акцентировании одних элементов традиции в ущерб другим, что представляет собой карикатуру на русскую правовую традицию. Важно, однако, иметь в виду, что, при всей его научной несостоятельности, именно на нем базируется целый ряд консервативных и националистических доктрин, имеющих вполне реальное политическое воплощение. Вот почему спор о содержании русской правовой традиции сегодня столь актуален. Особенно с точки зрения вариативности ее элементов, возможностей и перспектив современной либеральной трансформации.

Игорь Клямкин:

Будучи хорошо знаком с авторами концепции «русской системы» — и с Юрием Пивоваровым, и с Андреем Фурсовым, разошедшимися в последние годы по разным идеологическим лагерям, хочу сказать, что в концепции этой есть своя логика и свои обоснования. Дело не в том, хороша или плоха «русская система», а именно в том, что она имеет свойство воспроизводиться в разных формах, сохраняя свое ядро, свою природу. Имеется в виду прежде всего воспроизводящаяся в разных формах самодержавная организация власти, с понятием о праве в его европейском понимании несоотносимая. И опыт реальной исто-

рии пока это подтверждает, вытесняя разговоры о возможных альтернативах этому опыту в чисто теоретическую плоскость. Что лишний раз подтверждает, по-моему, и доклад Андрея Николаевича.

Андрей Медушевский:

Я считаю, что никакой особой «русской системы» нет. Подобная система существовала до формирования российской государственности в Византии. Ключевые элементы этой «системы» (соединение власти и собственности, особая роль государства, сакрализация власти и идеологическая трактовка права) представлены во всех государствах, известных как восточные (или азиатские) деспотии. Достаточно обратиться к литературе об Османской империи, империи Великих Моголов или инков, анализу так называемых султанистских режимов в разных регионах Земли, часть из которых воспроизвели ключевые элементы этой «системы» в современном мире. По существу, речь идет о воспроизводстве патримониальной системы управления на разных этапах истории, в различных формах и в разных краях. Нельзя поэтому указать ни на одну особенность «русской системы», которая не присутствовала бы в той или иной форме в каких-либо других патримониальных режимах.

Особенность России в этой сравнительной перспективе заключается как раз в том, что в Новое время она постепенно выходит из этой системы отношений, осуществляя социальную и правовую модернизацию по западным лекалам. Возврат к стереотипам патримониального государства в советский период был в этом смысле отступлением от логики предшествующего исторического развития, а не ее продолжением. Или, точнее, сознательным использованием некоторых элементов патримониальной традиции для ретрадиционализации общественного сознания и достижения задач социальной мобилизации в новых социальных условиях.

Наконец, если и признать существование «русской системы» в прошлом, то из этого никак не следует, что она должна существовать в будущем. Русская правовая традиция Нового времени, как я говорил, вполне уверенно эволюционировала в направлении гражданского общества и достигла на этом пути прекрасных результатов, особенно если сравнивать с другими традиционными аграрными обществами того же времени.

Игорь Клямкин:

В ответ на это авторы наверняка скажут вам, что либеральные реформы сами по себе ничего не доказывают, так как оказываются ситуативными и преходящими. И еще скажут, что реформы эти не альтернатива этой системе, а способ, посредством которого она сбрасывает одну историческую форму, чтобы затем воспроизвестись в другой. Ну а с тем, что будущее не предопределяется прошлым, вовсе не обязательно станут спорить. Но у нас-то в данном случае речь о традиции, то есть о том, что имело место в прошлом и есть в настоящем. А в прошлом

и настоящем все попытки прорвать границы «русской системы» оказывались в конечном счете неудачными и сопровождалась ее воспроизведениями.

Андрей Медушевский:

Один из принципиальных недостатков подхода, о котором вы говорите, — это детерминизм. Подобно историческому материализму, доказывавшему неизбежность соответствия определенных политических конструкций уровню экономического развития, данная теория исходит из того, что настоящее и будущее являются заложниками прошлого — исторической традиции. Но это не так. Страны со сходным или однотипным прошлым могут получать принципиально разные векторы развития (Северная и Южная Корея, Китай до и после реформ Дэн Сяопина, Россия до и после реформ Петра, революции 1917 г., распада СССР и т.д.). Причины, определяющие вариативность исторических процессов, возможность их типологизации и определения мотивации выбора в конкретных социальных условиях как раз и составляют предмет аналитической истории.

И в истории вообще, и в истории права огромное значение имеет фактор морального, этического выбора. Отмена крепостного права (как и рабства в США и ряде других стран) является прекрасным примером этого. Потому что экономически это решение не было оптимальным — после отмены крепостного права экономика давала сбои. Перестройка конца XX в., с моей точки зрения, вряд ли может быть объяснена исключительно экономическими причинами, то есть падением цен на нефть. Скорее нужно говорить о моральном выборе общества в условиях крушения коммунизма как системы ценностей.

Именно этот моральный выбор общества и просвещенной бюрократии определяет готовность авторитарной системы пойти на радикальные изменения правил игры. Могут сказать, что подобные преобразования правовых отношений, граничащие с радикальным разрывом с их прежней формой, предпринимаются для того, чтобы спасти систему. Но если она спасает себя таким образом, что выходит за свои системные границы, то почему бы и нет? Революция сверху выступает как российская модель преобразований, и в этом смысле также составляет часть российской правовой традиции.

Игорь Клямкин:

Спасибо, Андрей Николаевич. Больше, как понимаю, вопросов нет. Переходим к обсуждению. Игорь Григорьевич, прошу вас.

Игорь Яковенко:

«Как бы мы ни представляли себе русскую правовую традицию и как бы ее ни описывали, мое суждение заключается в том, что традиция эта благополучно кончилась»

Я культуролог и в отличие от большинства обсуждающих доклад Андрея Николаевича нахожусь в другом дисциплинарном пространстве. Доклад этот

мне бесконечно интересен. Он хорошо ложится на мои представления о природе того, что я называю российской цивилизацией.

Теперь по существу. И в вопросах, и в ответах докладчика неоднократно затрагивалось понятие традиции. Мне представляется, что традиция, если мы говорим о единой традиции, есть некоторая аналитическая конструкция, которая возникает в ходе исследования. Этот конструкт позволяет описывать всегда противоречивую реальность, выявлять в ней доминирующие линии и сюжеты. Сказанное относится к любой традиции. Всегда норма существует на фоне отклонений. Сплошь и рядом мы осознаем норму, сталкиваясь с ее нарушениями. Это, повторяю, относится к любой большой традиции, в том числе и правовой, которая являет собой одну из значимых спецификаций цивилизационной традиции, или традиции культуры. Традиция культуры преломляется в праве, то есть в фундаментальном блоке норм, структурирующем данное общество. Поэтому, исследуя правовую традицию, мы многое понимаем и про то общество, в котором эта традиция существует.

Российская традиция восходит к самым первым векам существования исходной социокультурной целостности и прослеживается порядка тысячи лет. Мы спорим о ее содержании и о том, что из нее может произрасти в будущем. Но я хочу напомнить тезис, табуированный к обсуждению в профессиональном сообществе. Есть некоторая философская максима, которая звучит так: «Все, что имеет начало, имеет конец». Когда же мы рассуждаем про российскую традицию — правовую или какую-то другую, то нескончаемые упоминания о «русской системе» и «русской колее» эту максиму элиминируют. Предполагается, что если у нас есть некая традиция, то ей суждено быть вечной. Но это не так. Ни Россия, ни русская правовая традиция вечными не будут. Мы не любим об этом говорить, и в этом избегании содержится материал для исследований психологов и культурологов.

Любая культура трактует себя как вечную и неизменную сущность. Однако история человечества с такими трактовками не считается. Так устроен мир. И если мы находимся в экспертном пространстве, то обязаны об этом помнить. Любая культурная матрица, или колея, существует до тех пор, пока позволяет своим носителям поддерживать необходимый уровень конкурентоспособности. А когда позволять перестает, происходит следующее: либо культура трансформируется и избавляется от контрпродуктивной колеи, либо народ — носитель традиции — сходит с исторической арены.

Какие есть в российской истории точки опоры у сторонников правового государства? Разумеется, это не упоминаемое в докладе народное право, инерция которого до сих пор сохраняется в массовых представлениях и установках. Это «право» есть экспликация догосударственного или раннегосударственного сознания, и потому оно «право» в кавычках. Юристы могут мою позицию оспаривать, но мне традиция устного или обычного права пред-

ставляется тем, что должно исчезнуть в процессе формирования зрелого государства.

Точкой опоры может служить частное право Пскова и Новгорода, тоже упоминаемое в обсуждаемом докладе. Оно свидетельствует о том, что в самих истоках правового развития России лежит принципиально другая традиция — персонифицированная, апеллирующая к частной собственности, традиция, за которой я вижу человека, погруженного в рыночную экономику. Но в XV и XVI вв. Московия свернула шею этой традиции, а традиция, утверждавшаяся в Московии, была принципиально иной, и именно ей суждено было предопределить судьбу права в России.

Еще докладчик пишет о либеральной традиции, которая начала формироваться в стране во времена Екатерины II и потом развивалась — особенно заметно во второй половине XIX и начале XX столетия. Однако ее развитие происходило под сенью самодержавной власти, которая ограничила себя законом только в 1906 г., когда оставалось уже слишком мало исторического времени, чтобы верховенство закона над верховной властью успело стать традицией. Правда, еще со Смутного времени в стране стали наблюдаться попытки ограничения самодержавия со стороны правящей элиты. При смене самодержцев это происходило очень часто. И хотя все такие попытки оказывались безрезультатными, о них правомерно говорить как о своего рода традиции. Если мы считаем традицией автократию, то с не меньшим основанием можно считать традицией и постоянно воспроизводившееся стремление политического класса поставить власть самодержавного правителя под власть закона. Но тут тоже нужны оговорки.

В ходе дискуссии звучал тезис, что в имперский период российской истории намечалось движение к свободе. Это так, но это движение к свободе имело существенную особенность. Оно происходило при допущении, что его конечный пункт не будет достигнут. Потому что свобода не соотносилась с системообразующими параметрами российского общественного и государственного целого, была по отношению к ним иноприродной. И, упираясь в них, движение каждый раз останавливалось.

Какие это параметры? Это сакральная власть и идеологически санкционированная деспотия. И это то, что принципиально отрицает и свободу, и право в собственном смысле слова, то есть право как гаранта свободы. Ибо сакральная власть с правом не сочетается, она над правом. И нет и не может быть конвенций, которые над ней. Да, закон при этом может существовать, но — только для подданных. Однако в таком случае он не есть право.

Русское движение к свободе и праву, каким оно представлено в русской истории, — это движение к заведомо недостижимой цели. И потому оно движение по кругу. Ярослав Гашек придумал «партию умеренного прогресса в рамках закона». Описанная в докладе эволюция русского права напоминает мне этот пародийный проект. Вспомним, что Николай II до самого момента

отречения держался за самодержавие. Для него это была метафизическая ценность. Вспомним, что ограничение его власти в пользу Государственной думы было не результатом эволюционного развития традиции, а результатом событий 1905 г. Вспомним, что вплоть до этих событий в России шла борьба с протестантами и сектантами, а до 1903 г. существовала юридическая ответственность за соращение из православия. И многие советские идеологические практики имеют аналоги в дореволюционной традиции. В том числе и в описанной Андреем Николаевичем традиции правовой.

Здесь говорили о правовом нигилизме. Но он продукт не только нерациональных народных представлений о праве. Он и продукт идеологически санкционированного деспотизма, порождающего деспотов на всех этажах властной вертикали. И это, наряду с народными представлениями о праве, предопределяет особенности русской культуры. Она устроена таким образом, что в ней сосуществуют две системы норм. С одной стороны, нормы декларируемые — этические, политические, прописанные в законах и подзаконных актах. С другой — реальные социальные регулятивы. Российский человек живет в этой двойственной системе. Он декларирует свою принадлежность к системе официально санкционированных нормативов в ритуалах принадлежности к власти, партии, государству, патриотизму, но в жизни руководствуется реальными нормами, которые разительно отличаются от декларируемых.

Мне скажут, что во все времена и в любом обществе между формальными нормами, прописанными в законе, и реальными практиками существует некоторый зазор — где-то чуть больше, где-то чуть меньше. Но в России эта дистанция чудовищна, и она представляет собой фундаментальную особенность социума. Эта особенность восходит к феномену средневекового сакрального Должного, которое отражено в законах, но нереализуемо по фундаментальным обстоятельствам. Люди же живут в соответствии с законами реальности. В России это Должное всегда было материализовано в сакральной власти, уполномоченной монопольно законодательствовать, но при этом стоящей над законом. Так что корни правового нигилизма не только внизу, но и вверху.

Есть ли выход из этого воспроизводящегося состояния, которое кто-то называет «традицией», кто-то «колеей», кто-то «русской системой», кто-то как-то еще? История человечества показывает: в развитии сложных социокультурных систем есть этапы континуального развития и есть этапы качественных скачков. Умирает некоторое устойчивое качество, и на его месте рождается качество совершенно иное. К примеру, рождаются мировые религии и возникают феномены государства, цивилизации, сущностно отличные от Древнего Египта или Вавилона. В этих новых феноменах объективируется новое историческое качество. Объективируется новая правовая система, новое мышление.

Да, есть русская культурная традиция и есть русская правовая традиция как ее элемент. Но возможности развития эта цивилизационная традиция исчерпала. Мы с вами оказались свидетелями ее угасания. Мы находимся на этапе

очень серьезных изменений, масштаб которых до конца не осознаём. Социоцентризм на наших глазах умирает, его замещает персоноцентризм. Умиравшая система сопротивляется, но избежать смерти ей не удастся.

Как такие процессы разворачиваются в истории? От традиции отслаивается некоторый пласт носителей нового качества. Новая социокультурная целостность формируется по законам самоорганизации. Она несет в себе новые мироощущения, новую нравственность, которая двигала, к примеру, язычниками, уходившими в христианские общины. А происходило это потому, что языческий мир умер. Он утрачивал историческую энергию и замещался новым культурным комплексом.

Можно согласиться с тем, что русская традиция именно такая, какой ее описывают теоретики «русской системы». Или такая, какой она представлена в докладе Андрея Николаевича. Вопрос в том, насколько она жизнеспособна. Мое суждение заключается в том, что русская традиция благополучно кончилась, какой бы мы ее себе ни представляли. Ее развитие мне, в отличие от докладчика, не представляется возможным.

Игорь Клямкин:

Спасибо, Игорь Григорьевич. Теперь вы, Михаил Александрович.

Михаил Краснов:

«Главные черты, которые я вижу в русской правовой традиции, — это холизм и патернализм»

После разъяснений Игоря Моисеевича я лучше понял замысел нашего обсуждения. Мы пытаемся понять, есть ли выход из русской правовой традиции в правовое государство. Но ни из доклада Андрея Николаевича, ни из его ответов на вопросы я так и не понял, что есть правовая традиция и каковы отличительные черты именно русской правовой традиции. Мы любим вспоминать Псков и Новгород, причем не только в гражданско-правовом смысле, но и в смысле публично-правовом, но это остается единственным нашим либеральным утешением при взгляде на российское прошлое. Слабоватым, надо сказать, утешением. Конечно, это было в истории, но является ли это частью русской традиции? Системоцентристы ведь могут сказать: «Да, были новгородская и псковская (и не только) демократии. Но потом возобладал другой тренд».

Можно пытаться искать причины, обусловившие особенности русской правовой традиции. Но сначала хотелось бы понять, в чем эта традиция выражается. Из того, что написал в докладе Андрей Николаевич, и из его сегодняшних пояснений мне лично понять трудно. И насчет причин тоже не все ясно.

В докладе, например, говорится, что есть религиозная основа русского права, а именно культурная традиция православия с его идеей коллективного спасения. Но в православии нет идеи коллективного спасения. Христианство —

персоноцентричная религия. Не в том, конечно, смысле, что человек — мера всех вещей. Разумеется, в центре — Бог, Христос Спаситель. Но в христианстве нет коллективной ответственности, в ней каждый человек, самый, казалось бы, пропавший, любим Богом и достоин спасения. Другое дело, как понимается автором православие. Как византизм или как следование Евангелию? Симфония властей ведь не из Евангелия исходит, это умозрительная конструкция. Хотя она и распространена среди современных иерархов, среди священнослужителей.

Но главная моя претензия все же к размытости самого понятия русской правовой традиции. В докладе утверждается, например, что «социалистическое право» нельзя признать простым продолжением этой традиции. Но утверждение не выглядит убедительным именно потому, что не охарактеризована в своих основных чертах сама русская правовая традиция. При моем представлении о ней «социалистическое право» есть как раз ее продолжение, потому что вижу в нем такие главные ее черты, как холизм и патернализм. Андрей Николаевич меня, как читателя, не убедил, что русская правовая традиция этих черт лишена. Если бы убедил, я бы, возможно, и согласился с ним, что «социалистическое право» не было ее продолжением и тем более аутентичным выражением. Но он, повторяю, не убедил.

В докладе говорится также, что русская правовая традиция пребывает в процессе формирования, которое восстановилось и после ее обрыва в советскую эпоху. Она, мол, не пресеклась, ее жизнь продолжается. Но что такое формирование традиции? Автор пишет, что формирующаяся русская правовая традиция способна гибко и эффективно интегрировать различные обычаи, нормы и представления других народов — в том числе кочевых и архаичных. Но сама-то традиция, такой способностью обладающая, в чем заключается? И так ли уж эта способность продуктивна?

Или вот тезис о «слиянии власти и контроля в форме служилого государства». Чем отличается контроль от власти? И что это? Правовая традиция или просто особенность русской публичной жизни? А главное, как отличить особенности публичной жизни от действительной традиции? Ну и опять же вопрос о том, как такое «слияние» рассматривать — как проявление правовой традиции или только как этап ее формирования?

И еще одно замечание более частного характера, касающееся «номинального конституционализма» советского времени. Я не призываю Андрея Николаевича менять точку зрения, но не могу об этом не сказать. Я давно с ним расхожусь по данному вопросу. Он считает, что советский период — это конституционализм, но номинальный. А я исхожу из того, что никакого конституционализма в советские времена не было. Конституционализма не может быть в тоталитарном государстве. Наличие Конституции не создает конституционализма.

Не могу согласиться и с тем, как в докладе трактуется «подлинная социальная функция» этого «номинального конституционализма». Автор полагает, что

такой функцией являлось «камуфлирование реальности». Однако советские конституции реальность-то как раз и не камуфлировали. По крайней мере, тоталитарную сущность этой реальности. Камуфлировала ли реальность сталинская Конституция, миф о «демократичности» которой до сих пор склонны воспроизводить даже вроде бы грамотные юристы? Да нет, она была именно юридическим зеркалом реальности. В этой Конституции можно ведь прочитать не только о гарантиях свободы слова, печати, собраний, шествий. В ней можно прочитать и о том, что все это гарантируются «в интересах трудящихся», «в целях строительства социализма». Так что сказал «лишнее» — и на Колыму. Не вопреки Конституции, а в полном с ней соответствии.

Но в целом, повторю, мне не хватает в докладе четкого определения, что такое русская правовая традиция. Я думаю, что она такова, что нуждается в изменении. Можно ли ее изменить? Считаю, что можно. Я занялся сейчас анализом конструкций власти в одиннадцати бывших союзных республиках (кроме четырех — три балтийские и Молдова уже имеют парламентские системы). И обнаружил, что во всех одиннадцати политических режимы разные. Сначала я склонялся к выводу, что это свидетельствует об отсутствии корреляции между политическим режимом и конституционной системой власти. Но потом такую корреляцию обнаружил. Она не совсем четкая, но она просматривается.

Вот та же Украина. Ведь она культурно, цивилизационно близка и России и Белоруссии. Но там не было персоналистского режима — даже при Януковиче. И во многом (хотя и не только) из-за того, что появление такого режима не стимулировалось Конституцией — даже в редакции до 2004 г. Можно сослаться и на примеры нынешних Грузии, Киргизии и Армении, где полноценной демократии нет, но все-таки есть сменяемость элит. Так что если не все, то очень многое зависит от конституционных текстов. И изменение русской правовой традиции может начаться только с изменения действующей Конституции, предопределяющей традиционно персоналистский характер сложившегося в стране политического режима.

Андрей Медушевский:

Хочу сразу же пояснить мою мысль о роли православия. Дело не в том, что оно отрицает индивидуальное спасение. Дело в том, что в православной традиции индивидуального спасения недостаточно и потому предполагается его дополнение спасением коллективным. Во всяком случае, именно так интерпретировали православную традицию некоторые философы-богословы — Н. Бердяев, С. Франк и другие. В литературе отмечается влияние таких представлений — в частности, идей «соборности» и «симфонии властей» — и на правосознание российского общества.

Если следовать этой интерпретации, то холистический, или интегралистский, подход к отношениям общества и государства в России, в противополож-

ность странам Запада, основан не на правовом контракте либо формальной конституции. Он основан на неформальном и религиозном по своей природе механизме саморегуляции и самостабилизации. На «симфонии» между главными социальными акторами и государственной властью.

В понятиях православия эта конструкция интерпретируется именно как подчинение и коллективное спасение вместо католического или протестантского спасения через договор, заключенный с Богом. При таком подходе значение правовых регуляторов — договорных отношений, индивидуальных прав, их юридической фиксации, механизмов контроля и судебного разрешения споров — обесценивается. Православное решение — в обеспечении правды и справедливости в их толковании как традиционных ценностей.

Михаил Краснов:

Это всего лишь интерпретация православия. К ней, разумеется, тоже можно апеллировать, но при этом надо бы показать и различие между византийскими и русскими «изобретениями» и христианской догматикой.

Игорь Клямкин:

Спасибо, Михаил Александрович, спасибо, Андрей Николаевич. Послушаем Людмилу Евгеньевну. Прошу вас, вам слово.

Людмила Лаптева:

«Особенностью российской государственно-правовой традиции является отсутствие или слабость общественных институтов, наделенных функцией контроля над властью»

Я начну с истории присоединения к Московии земли Новгородской. Эта земля сохраняла в период политической раздробленности связь с Москвой, однако в конце XV в. новгородское боярство строило планы присоединения к Литве. Поскольку Московское государство исходило из того, что подобный союз угрожает его национальной безопасности, оно захватило Новгород. Но я упоминаю об этом эпизоде прежде всего потому, что притязания Москвы были поддержаны новгородским простонародьем. Это один из ранних примеров системоцентристского выбора народа в нашей истории — присоединиться к Московии. Православной, с сильной княжеской властью.

А теперь вернусь к тому, о чем уже начинала говорить в ходе дискуссии. К тому, что право регулирует по принципу формального равенства отношения между равноправными, равнодостоинными субъектами, чем и отличается от религиозных, этических нормативных систем. Эволюция права не только в отечественной, но и в европейской истории шла по пути, во-первых, постепенного расширения круга равноправных субъектов (упразднение рабства, позднее — феодальных привилегий), а во-вторых, по пути признания и гарантирования государством некоторых прав и свобод индивида. Это сопровождалось

тем, что в науке государственного, административного права стал ставиться даже вопрос, как выделить юридическую личность государства. А в эпоху перехода от абсолютизма к государственности Новейшего времени начала разрабатываться теория правового государства — такого, где государственный произвол ограничен правами личности.

В нашей истории беда заключается в том, что очень трудно формировались общественные институты, способные помогать личности отстаивать свои права перед властью. Особенностью отечественной государственно-правовой традиции как раз и является отсутствие или слабость таких институтов, наделенных функцией контроля над властью. Если таковые создавались (преимущественно «сверху»), то зачастую не работали. Скажем, дворянские собрания в соответствии с Жалованной грамотой Екатерины II имели право раз в год проверять губернскую роспись доходов и расходов. Но в архивах я не нашла ни одного упоминания о конкретном случае такой проверки.

Говоря о правовой традиции, я не стала бы противопоставлять крестьянскую и официальную правовую культуру. Дело не в том, что крестьянский обычай не был инкорпорирован в законодательство. Дело в том, что этот обычай чаще всего не содержал в себе права. Крестьяне не мыслили категориями, близкими к праву, они пытались формулировать принципы справедливости, основанные на идее целесообразности, а не свободы. Как и в любой традиционной общине, в основе нормативного регулирования лежала категория долга. И хотя при разработке Гражданского уложения много говорилось о том, что элементы крестьянского обычного права надо учитывать, имелись в виду как раз нормы, отражающие крестьянское представление о справедливости.

При этом я не согласна, что малообразованное крестьянство оставалось дремучим во всем. История свидетельствует, что свой хозяйственный интерес оно хорошо понимало. Пребывавшие в крепостном состоянии владельческие крестьяне ухитрялись разными способами делать состояние и выкупаться из зависимости на основании закона о свободных хлебопашцах. В 1848 г. крепостные крестьяне получили право приобретать землю. И тоже им пользовались. Но тут был, конечно, парадокс российского гражданского законодательства: ведь владельческие крестьяне в десятом томе Свода законов по-прежнему именовались объектом, а не субъектом права. Официально земля приобреталась на имя помещика, но на деньги крестьянина. Это создало в 1861 г. проблемы, потому что таких крестьян было немало, и не все помещики были готовы землю, номинально оформленную на них, вернуть настоящему хозяину.

Росту правосознания крестьян способствовала и земская реформа 1864 г. Правда, сначала они расклевывались, но постепенно стали понимать необходимость участия в земских собраниях, а к концу века уже были случаи, когда крестьяне с горожанами блокировались и вытесняли из земских управ дво-

рянство. Для защиты своих имущественных интересов в пореформенном суде крестьяне всем миром нанимали профессиональных юристов. Пытались организовать бесплатные юридические консультации для крестьян через земства, но правительство запретило это делать. Так что я не склонна считать, что к 1917 г. крестьянская культура была готова к правовому восприятию действительности намного меньше, чем какая-либо другая часть российского общества.

По поводу столыпинской аграрной реформы. Перед реформой в Европейской России было примерно 12,5 миллиона крестьянских дворов. Царский указ 9 ноября 1906 г. автоматически перевел с подворного землепользования к подворному землевладению дворы тех крестьян, которые в течение последних 25 лет и так не проводили внутриобщинного передела (примерно четверть от общего числа). Только их, остальные сохранились в общинах. Почему-то считается, что только с 1906 г. существовало право крестьян требовать выхода из общины. Но это право они получили еще в 1861 г. Общее положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости, давало им такое право, если они имели достаточно денег, а община давала на то согласие. Если крестьянин имел возможность и хотел стать собственником, он мог это сделать в 1861 г. и без согласия общины — спорный вопрос решала уездная администрация. Вопрос в том, была ли в этом массовая потребность.

Мне кажется, что один из факторов, определяющих слабость правовой традиции в нашей истории, заключается в том, что общество имеет склонность к атомизации. Может, «Письма из деревни» А.Н. Энгельгардта не самый лучший пример, но в них хорошо показано, как трудно было осуществить проект совместного труда в среде крестьян. Дороги по весне тонули в грязи, проехать к деревне было невозможно, но они так и не смогли договориться вскладчину сделать гать. Навык совместных проектов и в наши дни нелегко приживается. Особенно в больших городах, где даже на уровне подъезда трудно без указания начальства организовать группу, которая следила бы за порядком и тем более по собственной инициативе обустроивала пространство. В провинции самоорганизация происходит легче. Я работала в проектах, связанных с местным самоуправлением в период с 1995 по 2001 г., когда действовал прежний закон об общих принципах местного самоуправления. Вы не можете себе представить, сколько было воодушевляющих примеров в республиках Поволжья, Псковской области и других регионах. Люди на свои деньги, то есть самостоятельно и под свою ответственность, строили маленькие сельские больницы, школы, детские сады. Что с ними стало, когда здравоохранение и образование были переданы новым законом на районный уровень, я не знаю.

Что касается движения к праву, то история свидетельствует, что в этом отношении не так уж наше общество безнадежно. В имперский период право про-

бывало себе дорогу: правовой статус подданного медленно, но эволюционировал от сословного к универсальному. Постепенно устанавливались судебные гарантии защиты прав, обязательственное право эволюционировало от личной ответственности в сторону имущественной, оформлялся состязательный процесс и право обвиняемого на защиту. Этот перечень можно продолжать. Но, повторяю, право живет, когда субъекты его осознают и готовы защищать. Разобщенность общества и оформленного как клан государственного аппарата — наша традиция, которая существенно препятствует расширению правового общения.

Еще несколько комментариев по тексту доклада. Возвращаясь в древность, отмечу, что Соборное уложение 1649 г., было систематизацией, но не кодификацией законодательства, как пишет Андрей Николаевич. Кодификация — это все же определенным образом проделанная систематизация. Соборное уложение вобрало в себя предшествующие указы лет за 100–150, там права обычного почти не было и не могло быть, поскольку основным источником права в ту пору стал царский указ. Московское царство оперативно реагировало на вызовы времени: Соборное уложение было принято в ответ на восстание посадского населения. Оно упразднило «белые места», но на 50 лет установило крепостное право для посадских. Даже из стрельцов возвращали людей в посад. Но как только законодатель понял, что прикрепление к посаду тормозит развитие экономики городов, тут же был возвращен свободный оборот домов на посаде. Но все это — и принятие уложения в ответ на недовольство населения, и его последующая коррекция, о которой я сказала, к праву как таковому имели очень отдаленное отношение.

Традиционный для России системоцентризм — это такой способ организации власти и общества, когда личность рассматривается как одно из средств достижения целей государства. Поэтому блокируется правовая форма общения между государством и личностью. Права даются государством для того, чтобы индивид мог исполнять свои обязанности. Но был ли спрос на иное понимание прав?

Достоевский писал, что для человека нет ничего мучительнее свободы, и, похоже, он отразил глубинное сознание нашего народа. Во всяком случае, начиная с уже упомянутой истории присоединения к Москве Новгорода все более поздние ситуации выбора между свободой и системой заканчивались тем, что предпочтение отдавалось системе. Василий Шуйский дал подкрестную запись в том, что не будет нарушать прав, но не сумел удержать престол. Михаил Романов, согласно свидетельствам Ключевского, тоже давал подкрестную запись, но о ней никто не вспоминал. Кондиции были порваны Анной Иоанновной с полной уверенностью, что ее поддержит дворянство. Действительно, дворяне говорили, что им лучше одна царица, чем одиннадцать «верховников». Мелкое и среднее дворянство поддержало Анну Иоанновну.

А движение к праву, о котором я говорила, началось с екатерининских жалованных грамот 1785 г., открывших историю свободного от государственного произвола индивида. Жалованная грамота благородному российскому дворянству освобождала дворян от обязательной службы, все их привилегии, связанные с несением долга перед государством, переводила в привилегии в силу рождения, неотъемлемые. Главное — статус дворянина был потомственным, наследственным и неотъемлемым без суда, по одному только властному произволу. Так же регулировался статус мещанина. Горожанам был сделан еще один подарок, может, не такой очевидный, как дворянам. Жалованная грамота городам гласила, что ни один побор с городов не может делаться без высочайшего указа. То есть они были выведены из-под произвола губернатора. Так что движение к праву действительно было, оно продолжалось и в XIX столетии.

С моей точки зрения, одна из серьезных проблем реформ XIX в., — их незавершенность. Они и не могли быть завершены в условиях самодержавия. Александр II создал независимый суд и, насколько я знаю, не вмешался потом в вынесение ни одного приговора. Судебная система действительно функционировала какое-то время независимо от администрации. Однако потом пошли контрреформы. То же самое было в земских учреждениях, когда контроль над содержанием прений под угрозой уголовного наказания был возложен на председательствующего в собрании. Что же касается бюрократии... Бюрократия оставалась вне судебного надзора. Она до конца рациональной не стала, потому что никогда не была подведена под судебную ответственность.

Эта проблема обсуждалась и в конце XIX в., и в начале века двадцатого. Но никогда не шла речь о судебной ответственности высших чиновников. И это была позиция верховной власти. Не могу не привести слова К.П. Победоносцева, который был очень грамотным юристом, но при этом идеалистом в области государственного управления. Он толковал об умных, энергичных людях, которые должны составлять систему управления, и считал, что законность — это хорошо, но есть ситуации, когда цель благая с помощью закона достигнута быть не может. «Власть должна быть законна в своих пределах, ибо при сознании достоинства ей нечего смущаться и тревожиться о том, какой она покажется, какое произведет впечатление и какой она имеет приступ к подступающим людям. Но сознание достоинства должно быть неразлучно с сознанием долга. По мере того как бледнеет сознание долга, сознание достоинства, расширяясь, возвышаясь не в меру, производит болезнь, которую можно назвать гипертрофией власти. По мере усиления этой болезни власть может впасть в состояние нравственного помрачения, в коем она представляется сама по себе и сама для себя существующей».

Наша бюрократия всегда имела тенденцию инкапсулироваться в отдельную касту. Воздействовать на нее может только независимый суд и эффективные институты общественного контроля, а не апелляции к ее долгу.

Игорь Клямкин:

Спасибо, Людмила Евгеньевна. По поводу крестьянства и его установок все же не очень ясно. Представлявшие его в первых двух думах «трудовики», а также кадеты, за которых крестьяне поначалу охотно голосовали, были против столыпинских реформ. В массе своей крестьяне были против частной собственности на землю и выступали за отчуждение в их пользу земель помещиков. Поэтому и столыпинская аграрная реформа тогда через Думу не прошла.

Людмила Лаптева:

Она прошла только в 1911 г. в Третьей думе, более консервативной. Говорят, что крестьяне были за уравниловку. Это представители тех общин, где периодически производились переделы. А то, что крестьяне претендовали на земли помещиков и часть дворцовых земель, так можно сказать, что сама идея оказалась заимствованной у правительства, которое провело реформу 1861 г., изымая помещичьи земли.

Виктор Шейнис:

А почему крестьяне в период Гражданской войны поддержали большевиков? Октябрьский переворот — это верхушечное явление. В Гражданскую войну у них был выбор.

Людмила Лаптева:

Поддержали на самом деле эсеровскую программу, позаимствованную большевиками. Крестьяне знали, что их ждет при восстановленном самодержавии, и готовы были воевать за эсеровскую программу. Ведь и в Учредительном собрании большинство получили именно эсеры. Страна с 1914 г. находилась в состоянии войны, и, скажем, продразверстка вводилась еще до прихода большевиков к власти. Крестьянам трудно было разобраться, поэтому спохватились они достаточно поздно.

Андрей Медушевский:

Я тоже позволю себе высказаться на эту тему. Ответ на вопрос, почему крестьяне поддержали эсеров и большевиков, заключается в том, что их сознание было архаичным и далеким от правового в нашем понимании. По своей природе они были носителями уравнилительно-распределительных установок. Исходя из этого нуждаются в уточнении и рамки дискуссии.

Во-первых, проблема правового самоопределения крестьянства в условиях трансформации Нового и Новейшего времени значительно шире собственно аграрных отношений и есть проблема выбора всего общества. Во-вторых, крестьянство в традиционном обществе выступает не столько субъектом, сколько объектом политики. Ведь даже в случае крестьянских акций прямого действия — восстаний или аграрных революций — их результатами пользуются

не крестьяне, а способные манипулировать ими другие слои. В-третьих, направление, цена и технологии модернизации определяются не крестьянством, а государством и властвующей элитой традиционного либо революционного типа.

В современной дискуссии по данной проблеме представлены три основные позиции. Есть авторы, которые, следуя народнической историографии, продолжают оплакивать крестьянскую долю, говорить о долге интеллигенции перед «народом», подчеркивать истинные и мнимые добродетели крестьянства (не помешавшие ему в XX в. разрушить очаги европейской цивилизации в ходе ряда спонтанных революций). Есть те, кто полагает, что крестьянство, как исторический рудимент, достойно скорейшего исчезновения, причем цена вопроса для истории не имеет принципиального значения. Отсюда — апологетика сталинской или маоистской модели коллективизации и других форм насильственного уничтожения крестьянства. Наконец, есть те, кто считает, что проблема крестьянства и связанный с ним так называемый аграрный вопрос, безусловно, существует, но может получить вполне рациональное решение без масштабных социальных эксцессов, сопряженных с эскалацией социального насилия и кровопролития. То есть может быть решен правовыми методами в рамках осмысленной государственной политики.

Содержание социального конфликта при переходе от традиционного к индустриальному обществу выражается, как мы видели, в противоречии исторически сложившихся формальных (рационально-правовых) отношений собственности и утопических представлений крестьянства о справедливости. Поэтому основной вектор необходимых преобразований — преодоление исторически сложившегося правового дуализма путем распространения на крестьянство общегосударственного гражданского права и укоренения института частной собственности на землю. Эти цели достигались в России начала XX столетия в рамках концепции преобразований, которые были призваны завершить Великие реформы 1860-х гг., включив в сферу модернизации социальных отношений традиционное крестьянство и ликвидировав основу уравнительно-распределительной аграрной экономики — сельскую общину. Теоретические основы этой концепции были сформулированы правительством Витте и плеядой русских ученых-аграрников, а ее реализацией после первой русской революции занималось правительство Столыпина.

Сопоставление аграрных реформ в Советской России и других аграрных странах, где они шли в целом в рамках столыпинской программы, едва ли оставляет сомнения в том, какая из избранных моделей является экономически более рациональной и социально справедливой. В том числе для судеб самого крестьянства. Об этом я писал в статье «Как выйти из революции: стратегия преодоления социального кризиса в обществах переходного типа» (Российская история. 2012. № 2).

Людмила Лаптева:

Если уравнилельно-распределительные установки свидетельствуют об архаичности (дремучести) сознания, то тогда можно говорить и об архаичности этого сознания у значительной части населения современных Скандинавских стран, где есть социальные проекты, предполагающие сбор средств в государственный фонд, а потом их раздачу безработным, включая бесплатное жилье. Я не думаю, что это свидетельствует о дремучести. Но в случае с крестьянством не свидетельствует, конечно, и о развитом правовом сознании. Правовое сознание — это штука, которая воспитывается годами, практикой. Так же как и либеральное сознание.

Игорь Клямкин:

Спасибо всем, слово Анастасии Сергеевне Тумановой.

Анастасия Туманова:

«До сих пор недооценивается та роль, которую в формировании русской правовой традиции сыграла отечественная юридическая школа»

Я выскажусь о проблеме, получившей отражение в обсуждаемом докладе, но никем из участников дискуссии пока не затрагивавшейся.

Я хорошо знакома с работами Андрея Николаевича Медушевского, они оказали существенное влияние на мои научные интересы и исследования. В рукопись, которую мы сегодня обсуждаем, вошли в концентрированном виде многие идеи и выводы его предшествующих работ. Хочу остановиться прежде всего на его суждениях о российской юридической школе и ее роли в складывании отечественной правовой традиции.

Один из важных вопросов нашей дискуссии — вопрос о том, как формируется в рамках той или иной общественной системы импульс к реформам, с кем и с чем это связано. Профессор Медушевский утверждает, что нет жесткой экономической детерминированности реформ. Давая определение правовой традиции, он говорит о ней как об устойчивой системе ценностей, норм и институтов, развивающейся по мере развития государственности. Ценности, нормы и институты, несмотря на устойчивость самой традиции, изменяются, и поэтому важно знать, кто был носителем новых ценностей, каким образом они формировались и артикулировались. Вот тут и возникает тема юридической корпорации, которая складывалась в процессе юридического образования. Докладчик пишет о российской школе юристов, справедливо называя ее элементом правовой традиции.

Надо сказать, что здесь Андрей Николаевич формирует новую исследовательскую позицию, еще недостаточно укоренившуюся в современной науке. В частности, в той ее ветви, которая имеет отношение к истории российского государства и права. Дело в том, что для среднестатистической историко-правовой работы, посвященной анализу правовых институтов, будь то частная

собственность, местное самоуправление или судебная власть, не всегда обязательно анализировать правовую мысль и представления юристов об этих институтах.

Вспоминаю монографию, выполненную на основе докторской диссертации историка права Юрия Оспенникова о правовой традиции Северо-Западной Руси периода Средневековья (XII–XV вв.). Я была оппонентом на защите его диссертации в Казанском университете несколько лет назад. Автор понимает под правовой традицией систему права, развивавшуюся на северо-западе страны и вбиравшую в себя предшествующий правовой опыт этой территории. Он характеризовал развитие брачно-семейных и обязательственных отношений, системы преступлений и судебного процесса в регионе. Однако правовой школы он при этом не касался, хотя каноническую традицию вниманием не обошел.

Между тем в истории каждой страны, и Россия не исключение, существовали периоды, когда правовой дискурс оказывал наиболее существенное влияние на формирование новых правовых институтов и испытывал в свою очередь воздействие со стороны этих институтов. В России таким периодом был так называемый длинный XIX в., начавшийся событиями революции во Франции и завершившийся Первой мировой войной. Это был период конституционной модернизации права и государственности и время формирования профессиональной юридической элиты, воспитанной в традициях модернизации и напитанной новыми правовыми ценностями. Значение правовых идей очень велико для данного периода, и американский историк Джейн Бёрбенк даже высказала суждение, что изучение истории права в России должно основываться преимущественно на правовых концепциях, выработанных российскими интеллектуалами конца XIX — начала XX в. И что спектр идей, с которыми они выступили, сохраняет актуальность и для России современной.

Отечественная юридическая наука прошла в своем развитии несколько этапов. Длинный XIX в. стал временем ее институционализации, растущей специализации, развития в русле европейских исследований, сосредоточения внимания представителей юридической корпорации на изучении политико-правовых явлений и преобразовании политико-правовой жизни. Анализируя развитие юридической науки и образования этого периода, мы наблюдаем их трансформацию из отдельного направления правительственной политики, целью которой была подготовка корпуса государственных служащих и корпорации российской юридической профессуры (первая половина XIX в.), в активного участника и сторонника преобразований. В субъекта, игравшего значимую роль в подготовке судебной и университетской реформ, реформ местного управления и самоуправления. Это — во второй половине XIX в. А затем, в начале XX столетия, — в архитектора и проводника преобразований в области государственного (конституционного), административного, гражданского права. То есть юридический корпус превращался из элемен-

та государственной политики в ее активного проводника, а потом и модератора новой правовой традиции — я имею в виду конституционные реформы, которые задумали юристы и которые проводились при их участии в начале XX в.

Каков был вклад нового юридического дискурса в формирование повестки дня эпохи, каково его влияние на стиль мышления российской бюрократии и общественности, на зарождение в их среде реформаторских планов и проектов? Это важный вопрос, сопряженный с темой формирования правовой традиции в России, но он долгое время не был предметом системного исследования ученых. Между тем государственно-правовые идеи юристов имели не только чисто научное, но и большое практическое значение, детерминируя поведение как бюрократии, так и оппозиции. Об этом применительно к периоду начала XX в. пишут петербургский историк Сергей Куликов, исследовавший подготовку Основных государственных законов в редакции 23 апреля 1906 г., а также московский историк Кирилл Соловьев, характеризуя историю представительных учреждений в России и их взаимодействия с исполнительной властью. Такая посылка присутствует и в моих работах, посвященных формированию гражданского общества и законодательному закреплению прав человека. Обширный очерк о влиянии политико-правовой мысли на разработку законодательства о свободе вероисповеданий включил в свою работу Александр Сафонов.

Именно в рамках юридического дискурса создавались теоретические концепции всех основополагающих преобразований в направлении правового государства, гражданского общества, прав личности, представительного правления. И этот вывод Андрей Николаевич Медушевский сформулировал в числе первых, повлияв на все последующие исследования и их методологический инструментарий. Именно юристы сыграли важнейшую роль в том, что проблема государственно-правовых реформ была выдвинута в России в повестку дня. Административные, судебные, законодательные и другие реформы занимали одно из ключевых мест в теоретических построениях представителей российской юридической корпорации во второй половине XIX — начале XX столетия. Причем реформы эти рассматривались учеными-правоведами в тесной связи с проблемой модернизации России, нацеленной на формирование правового государства, гражданского общества и индустриальной экономики. Они рассматривались в контексте рационализации основ социально-политической системы страны, в контексте преодоления стадии традиционного общества и служилой организации государства.

В XIX в. важное место в формировании интеллектуальной повестки дня принадлежало, как известно, государственной (юридической) школе. Согласно построениям ее представителей (К.Д. Кавелин, Б.Н. Чичерин, А.Д. Градовский и другие) ключевая роль в российском историческом процессе принадлежала государству. Признание его ведущей роли нашло отражение в теории «закре-

пощения и раскрепощения сословий», в характеристике государства как органа внесословного. Ученые государственной школы были солидарны в утверждении способности русского народа к развитию и принадлежности его «к семье народов европейских». Русский исторический процесс при всех его особенностях — исторических, физических и нравственных — следовал, по их мнению, общим с Западной Европой законам и «началам жизни». В то же время представители этой школы критически относились к николаевскому режиму, признавали необходимость реформ и были единомышленны в методах их проведения, отдавая безусловное предпочтение реформам сверху перед радикально-революционным путем.

Такое предпочтение было характерно и для других направлений правовой мысли, сформировавшихся к началу XX в. Так, в концепции теоретиков школы «возрожденного естественного права» (П.И. Новгородцев, Б.А. Кистяковский, В.М. Гессен и другие) правовые и государственные реформы были нацелены на создание оптимальных условий для развития человеческой личности, реализации ее неприкосновенности, ее прав и свобод. Но при этом во всех направлениях целью реформ считалась постепенная адаптация сложившейся политической системы к новым вызовам времени, формирование правового государства и конституционной модели управления, преобразование подданного — объекта государственного управления — в гражданина, носителя комплекса прав, законных интересов и обязанностей.

Итак, российская юридическая корпорация в реформаторском процессе имперского периода играла очень заметную роль. Во-первых, роль эта заключалась в обозначении проблемных «полей» и перспективных направлений реформаторского процесса (идейное и доктринальное влияние). Во-вторых, в составлении, с опорой на свой интеллектуальный капитал и творческую рецепцию европейского опыта, доктрины реформ и их правовом сопровождении, разработке правовых документов преобразований и определении основных институтов (нормативное и институциональное влияние). В-третьих, в подготовке кадров реформаторов, то есть слоя государственных служащих и корпуса ученых-юристов, имеющих надлежащую юридическую и управленческую подготовку, обладавших высоким уровнем правовой культуры, европейской образованности, а также желанием вывести государственно-правовую систему страны на новый уровень развития.

Наиболее яркой, на мой взгляд, страницей в истории русской либеральной юриспруденции стало участие ее представителей в конституционной реформе начала XX в., нацеленной на конструирование и введение в политическую систему российского монархического государства новых институтов — представительного правления, прав и свобод личности, многопартийности. Но именно по поводу содержания этой реформы мне хотелось бы с Андреем Николаевичем подискутировать.

Коллеги высказывали сомнения относительно правомерности его термина «номинальный конституционализм» применительно к советской эпохе. А применительно к строю, установившемуся в России в начале XX в., Андрей Николаевич использует термин «мнимый конституционализм». Такую формулировку мы встречаем и у Макса Вебера. На мой же взгляд, она не вполне верна. Точнее, мне кажется, говорить об эволюции государственности в направлении конституционной монархии и установлении дуалистической монархии как промежуточного этапа на пути к монархии конституционной. Именно так определял суть политико-правовых реформ России их современник, кадет Василий Маклаков. Именно так аттестовали установившуюся в 1906 г. форму правления историки Марк Шефтель, Б.Н. Миронов, И.А. Христофоров, В.С. Дякин.

С.В. Куликов приводит воззрения на формировавшуюся в России в начале XX в. форму правления либеральных государствоведов того времени. Они признавали, как пишет Куликов, что в России была установлена ограниченная монархия, а ограниченные монархии в свою очередь подразделялись на конституционные (дуалистические) и парламентарные. Так вот, большинство юристов признавали сложившуюся форму правления именно дуалистической монархией. Данное определение наилучшим образом отображает переходный характер российской государственности, возникшей в результате принятия Манифеста 1905 г. и Основных законов 23 апреля 1906 г. Государственности, сочетавшей в себе самодержавие и конституционные формы. Конечно, существует объективная сложность отнесения такой переходной формы к определенному типу. Полагаю, однако, что главным вектором развития была тенденция к формированию и укреплению конституционных начал и принципов. Об этом же пишет и Андрей Николаевич.

В заключение хочу сказать, что считаю очень важным разрушение в обсуждаемом докладе расхожего представления, существующего на Западе, а в какой-то степени и в отечественной правовой литературе. Представления о будто бы характерном для русской правовой культуры правовом нигилизме. Ключевые идеи, выработанные в России XIX — начала XX в., — это идеи правового государства, прав личности, гражданского общества, гражданственности. И эти идеи, получившие затем закрепление в соответствующих институтах, символизировали движение страны к правовому государству, движение к свободе.

Андрей Николаевич пишет о правовом нигилизме как о сознательном отрицании радикальной интеллигенцией ценности права как способа социального регулирования. Но было еще и отрицание права как социального регулятора со стороны общинного крестьянства, была его ориентация на традиционные институты. Однако не этими явлениями характеризовался основной вектор развития российской правовой традиции. Ценности права и свободы личности не только существовали в правовой культуре России, но именно в их русле

мыслили себе будущее страны русские интеллектуалы начала прошлого века. И именно эти ценности осваивались тогда русской правовой традицией.

Михаил Краснов:

Не вошли эти ценности в правовую традицию, не видоизменили ее, будучи ею отторгнутыми.

Андрей Медушевский:

Предлагаю внести уточнение по поводу дуалистического правления и мнимого конституционализма. Мне известны позиции Маклакова и современных авторов, писавших о переходе России от самодержавия к конституционной, или дуалистической, монархии. Такая постановка вопроса вполне уместна, если мы ограничиваемся формально-юридическим подходом. Но должен уточнить, что понятия дуалистической монархии и мнимого конституционализма — из двух разных понятийных рядов. Дуалистическая монархия — характеристика формы правления. А мнимый конституционализм — это прежде всего социологическая характеристика политико-правового режима. Это скорее термин социологии права, а не государственного (конституционного) права.

Можно говорить, что Сингапур — парламентская республика, но при этом мнимый конституционализм. Сходным образом, ряд современных постсоветских государств, форма правления которых определяется как дуалистическая — президентско-парламентская, парламентско-президентская или смешанная, — на деле имеют политические режимы, отвечающие понятию мнимого конституционализма. И это не только теоретический спор, он важен и с практической точки зрения. Чтобы сделать существующую систему более демократической, либеральная оппозиция часто не видит другого способа, кроме как изменить форму правления. Однако опыт многих государств мира (в том числе претерпевших так называемые цветные революции) показывает, что простое изменение формы правления не ведет автоматически к изменению режима. Мнимый характер конституционализма изменение этой формы благополучно переживает.

Анастасия Туманова:

Я понимаю, что понятие «мнимый конституционализм» не относится к характеристике формы правления, а используется для оценки политического режима в России начала XX в. Но хочу сказать, что такая дефиниция, как «мнимый конституционализм», активно используется людьми иных, чем ваши и мои, взглядов, людьми, которые думают по-другому. Они полагают, что реформы, заявленные в 1905–1906 гг., не были подлинными конституционными преобразованиями, а потому вскоре захлебнулись, а развитие страны после 1907 г. пошло в попятном направлении. Я же полагаю, что это было движение в направлении реального конституционализма.

Игорь Клямкин:

Спасибо, Анастасия Сергеевна. Все выступили, кроме Виктора Шейниса. Послушаем, что он привнесет в дискуссию, позиции сторон в которой, по-моему, радикально расходятся. И это притом, что мировоззренчески присутствующие друг другу близки, все придерживаются либеральных взглядов. Общее представление о желательном будущем сосуществует с диаметрально противоположными представлениями о прошлом, принципиально разными оценками фактора, который в докладе назван российской правовой традицией. Одни ищут и находят в ней точки опоры для движения к правовой государственности, а другие полагают, что ничего такого в ней отыскать нельзя. Это укрепляет меня во мнении, что мы правильно сделали, обратившись к данной теме. Разногласия по столь существенным вопросам надо прояснять. Пожалуйста, Виктор Леонидович.

Виктор Шейнис (главный научный сотрудник ИМЭМО РАН):

«У российской правовой традиции действительно дуалистическая природа, и пока не ясно, какой из двух тенденций суждено в итоге взять верх»

У нас очень интересная дискуссия. Это определяется и высоким профессиональным качеством обсуждаемого доклада, и в известной степени тем, что участники выступают с разных профессиональных позиций. Мы выслушали суждения культуролога, правоведов разных специализаций. Я буду выступать с позиции историка. С этой точки зрения текст Андрея Николаевича также чрезвычайно интересен.

Аксиологически мне чрезвычайно близка позиция докладчика, утверждающего значимость западной, европейской традиции в правовом наследии России, оспаривающего предопределенность «колеи», в которой будто бы навеки обречено месить грязь колесо русской истории. Но ведь и концепции разного рода Дугиных с большой и маленькой буквы выстраиваются не то чтобы на пустом месте. На деле в русской исторической традиции было и то и другое. Был Новгород и была Москва. На протяжении всей истории шла борьба разного рода тенденций. Одна из главных идей Андрея Николаевича — о дуалистическом характере российского права и правовой традиции. В истории на первый план выходила то одна, то другая ее составляющая. Но ни одна из них не преодолевалась, не оставалась в прошлом. И свой окончательный вердикт история не вынесла, перспектива — под вопросом.

Если бы мы обозревали историю России, располагаясь на площадке двадцатилетней или двадцатипятилетней давности, то логично было бы сказать, что тенденция движения к гражданскому обществу и правовому государству хотя и мучительным образом, но все же побеждает. Однако доклад Андрея Николаевича написан и будет публиковаться совсем в другое время, говорить так не позволяющее. Сегодня мы видим, что главный вопрос по-прежнему не

решен, и какая из тенденций окажется сильнее в пределах исторически представимого периода, мы не знаем. Но можем достаточно аргументированно обозначить суть переживаемого ныне драматического испытания.

Игорь Яковенко справедливо напомнил, что все имеет не только начало, но и конец. Конец как отрицательный итог истории России ныне представляется достаточно вероятным исходом. Или возобладает либеральная, правовая тенденция, или Россия в ее нынешних границах в существующем государственном статусе прекратит свое существование. И то, что происходило в последнее время, когда наше государство при восторженной поддержке большинства населения вело себя, на мой взгляд, «как сумасшедший с бритвою в руке», заставляет такую вероятность учитывать. Не исключено, что это будет сопровождаться событиями апокалиптическими. Если исходить из того, что Андрей Николаевич говорил об исторических развилках, то сейчас мы с той точки, где четко обозначилось две возможные дороги, пошли по одной из них. Можно ли свернуть с нее? Вопрос пока остается открытым.

Еще один тезис Андрея Николаевича мне очень близок. Он оспаривает экономический детерминизм. Хотя по степеням и званиям я экономист, полагаю, что экономический детерминизм в объяснении исторических явлений завладел слишком большой территорией. Моральным факторам, воздействию личности на исторический процесс нередко принадлежит решающая роль, и Андрей Николаевич среди факторов, определявших развитие русской правовой системы, справедливо выделяет персональный. Я люблю приводить слова де Голля, которые вычитал у Игоря Долуцкого. Смысл их примерно таков: «Некоторые говорят, что события predeterminedены. Фатальность — это идеология трусов. Бывают часы, когда воля нескольких людей разбивает детерминизм». Не только опыт самого де Голля, но и множество событий русской истории подтверждают верность этих слов. А раз так, не только поворотные пункты в прошлом нашей страны, но и будущие ее пути нельзя считать predeterminedенными.

Таковы некоторые мои общие соображения по обсуждаемому тексту. Теперь замечания по отдельным его положениям, которые в ряде случаев мне кажутся спорными.

Первое из них относится к роли географического фактора. Поскольку государство развивается в условиях внешнеполитической нестабильности, утверждает докладчик, расширение его территории в основном отвечает интересам населения не только центра, но и периферии. В некоторых случаях в истории России дело, возможно, обстояло именно так. Но, как правило, закономерность, на мой взгляд, была обратной. Проходившая на протяжении нескольких столетий экспансия русского государства совсем не обязательно оказывалась благом и для него самого, и для тех народов, которые включались в его орбиту.

Мы помним, как в советской историографии менялись оценки событий 1654 г. Сначала говорили в этой связи о «колониальной политике царизма»,

потом о «меньшем зле» для Украины (от присоединения ее к России) и, наконец, об «абсолютном благе». Когда в 1954 г. по случаю 300-летия присоединения отмечался всенародный праздник и Украине был подарен Крым, не только школьникам, но и студентам, изучавшим историю по советским учебникам, было невдомек, что решения Переяславской Рады носили ситуативный, а не окончательный характер. Что и при Богдане, не говоря уже о последующих гетманах, украинцы неоднократно пытались от Москвы снова отсоединиться.

Ни с каких позиций нельзя, по-моему, оценивать присоединение территорий однозначно позитивно. Могу сослаться на не очень цитируемого ныне Владимира Ильича Ленина, который совершенно справедливо написал, что развитие капитализма вширь препятствовало развитию капитализма вглубь. Это правильная мысль. Создание имперского конгломерата заслуживает неоднозначной оценки.

Второе утверждение, кажущееся мне сомнительным: «Витте, Столыпин, Горбачев, Ельцин оказались способны последовательно провести необходимые преобразования». Отдавая должное всем этим людям, следует признать, что как раз последовательности не хватало ни одному из них. Необязательно из-за персональных качеств, нередко и в силу обстоятельств. У Столыпина были связаны руки, это хорошо известно. Как и то, что реформаторскому курсу мешал личный антагонизм Витте и Столыпина. О последовательности Горбачева, а также Ельцина, под конец карьеры подарившего нам наследника, говорить вообще не приходится.

Третье спорное положение — тезис докладчика о том, что отказ от старой идеологии и отмена руководящей роли КПСС прошли безболезненно, потому что не затрагивали реальную власть элиты. Я не согласен с тем, что они прошли безболезненно. Крушение перестройки и постперестройки в значительной мере было связано как раз с тем, что эти изменения были чрезвычайно болезненны. То, что большая часть старой элиты сопротивлялась, как и пока могла, задержало процесс общественных преобразований вообще и правовой системы в частности. В те годы, когда можно было быстро продвинуться по пути реформ, острая конфронтация, разделившая участников событий, помешала сделать те шаги вперед, которые могли бы закрепить развитие. И произошла не переориентация прежней властной элиты на иную опору, а переформатирование, персональное обновление элиты.

Старая партийная элита в России была сметена. И в центры, где принимаются ключевые решения, пришли новые люди из других слоев, а также из других подразделений аппарата прежней власти. Я имею в виду силовые структуры, и прежде всего госбезопасность. Со времен Хрущева она не играла заглавной роли в государстве. А теперь эта роль даже более значительная, чем при Сталине. Вместе с выходцами из КГБ и других силовых структур к власти пришли и ловкачи, которые на каком-то этапе сумели занять доминирующее поло-

жение в квазирыночной экономике, в государственных, парагосударственных и частных структурах, разбогатеть и стать достойными партнерами госадминистраторов. Все это совершенно новая властная группировка, никакой преемственной связью с прежней не связанная. Группировка, привнесшая в нашу жизнь и новые представления о праве и правоприменении, отличные от советских, а тем более от досоветских.

С этим коррелирует мое четвертое несогласие, которое касается характеристики Андреем Николаевичем новейшего (пятого) этапа истории российского права. Мне кажется, что самым важным на этом этапе является последовательный, усиливающийся отрыв реальной Конституции от формальной. Думаю, что он именно на пятом, современном этапе приобрел самый большой в истории масштаб. Докладчик прав, конечно, в том, что для выхода из этой ситуации необходима и политическая реформа, и правовая, конституционная. Но я все же полагаю, что политическая реформа на данном этапе гораздо важнее, именно ее считаю первоочередной. Исходный пункт — смена власти, Конституцию не соблюдающей. Поэтому сегодня лозунг диссидентов 1960–80-х гг. «Соблюдайте вашу Конституцию!» (а это теперь также и наша Конституция, в разработке которой приняли участие и демократические силы) более актуален, чем призывы срочно переписать Основной закон.

Шестое замечание относится к относительно далекому прошлому. «Система служилого государства, то есть ключевая воля государства в формировании общества, в формировании сословий, — пишет Андрей Николаевич, — может функционировать и по линии усиления, и по линии ослабления социального контроля». Если я правильно прочел то, что написано, то Петр I, равно как и реформаторы XIX в., отнесен к тем, кто создавал служилое государство при ослаблении социального контроля. Но мне с этим трудно согласиться.

Я разделяю мнение тех историков, которые считают, что петровские реформы, строго говоря, не представляли собой модернизацию. Это была квазимодернизация, ибо она распространялась лишь на военную и сопряженные с нею сферы, а во всех главных областях общественной жизни происходило резкое усиление контроля государства над обществом, над всеми сословиями. Поэтому ставить Петра I в один ряд с такими реформаторами, как Витте и Столыпин, мне кажется не вполне оправданным. Мне близка позиция Герцена, весьма критически отзывавшегося о «петрограндизме».

Что до столыпинской реформы, то, как Андрей Николаевич справедливо отмечает, она с точки зрения продвижения института частной собственности была более последовательной, чем аграрная программа либеральной партии. Докладчик прав и в том, что реформа эта не решала конфликт двух фундаментальных прав — свободы и равенства — в условиях модернизации. Но такая задача не ставилась и не могла ставиться в тех исторических условиях. Предотвратить большевистский переворот, увенчавшийся успехом благодаря опоре на уравнилельные установки крестьянства, могли бы только «двадцать

лет покоя», которые тщетно запрашивал у истории Столыпин. И, вероятно, судьба России в XX в. могла бы быть иной, если бы не авантюра вступления в войну, которая не имела никакого отношения к национальным интересам российского общества, но которую поначалу резво поддержало большинство населения.

Седьмое возражение — по поводу сравнения советского колхозника с колоном. Я давно уже сдавал историю Рима и не очень хорошо помню, как возник и функционировал колонат. Но что касается положения колхозника, то мне не кажется, что правомерно противопоставлять экономическую и личную зависимость. Андрей Николаевич утверждает, что колхозник был привязан к земле, но контроля над личностью не было. На мой взгляд, ужас советской системы (которая распространялась не только на колхозников, но и на все население страны) в сталинский период и в известной мере и в послесталинский заключался как раз во всестороннем личном закабалении. Закабалении де-факто и в значительной степени де-юре в рамках советской паспортной системы, прописки, прикрепления к месту жительства и работы. А у колхозников, как известно, не было даже и паспортов.

Мне вспомнился эпизод из очень хорошего фильма Салтыкова «Председатель», где симпатичный «герой нашего времени» автократическими методами решает проблемы колхоза. В его власти решать не только кому, сколько и как работать, кому какие деньги платить, но и кого из ребят следует послать учиться, а кого не надо...

Андрей Медушевский:

Это обычный патернализм, а не юридическое закрепощение. Мой тезис состоял лишь в том, что коллективизация юридически не тождественна крепостному праву, поскольку в колхозах имело место не формальное, а фактическое (административное) прикрепление к земле. Председатель колхоза мог быть автократичен, но не обладал правом продавать колхозников на рынке, разделяя их семьи, или, скажем, проиграть их в карты председателю другого колхоза. Юридический статус колхозника не соответствует понятию «говорящего орудия труда». Именно поэтому я отверг публицистический тезис о «втором крепостном праве большевиков» как метафору, предложив аналогию юридического статуса колхозников с римскими колонами или государственными крестьянами Российской империи.

Игорь Яковенко:

А то, что офицер продает своих солдат на стройку, — это что?

Андрей Медушевский:

А это рыночные отношения и государственная коррупция — тоже не формальная, а фактическая зависимость.

Виктор Шейнис:

Выражаясь категориями римского права, советский человек был именно говорящим орудием.

Но я бы хотел еще высказаться относительно выделенных в докладе трех конституционных циклов и трех повторяющихся в каждом из них фаз. Андрей Николаевич, по-моему, избранная вами для обозначения фаз цикла терминология — деконституционализация, конституционализация и реконституционализация — при всей словесной ее привлекательности вводит в заблуждение. Деконституционализация, реконституционализация — термины неудачные, они не выражают сути того, что в действительности происходило. Какая деконституционализация проходила в первом цикле, то есть в XVII в., когда еще никакой конституции не было? Мне кажется, что эти фазы, как они у вас описаны, лучше было бы назвать так: первая фаза — кризис, вторая — попытка конституционного решения, третья — откат. Такая терминология, на мой взгляд, точнее выражала бы вашу мысль.

Если же говорить о самих конституционных циклах, вами обозначенных, то тут требуются и некоторые содержательные уточнения. Мне кажется, нечетко прописана хронология: я не всегда улавливаю, в какой временной точке заканчивается один цикл и начинается другой. Прежде всего это относится ко второму циклу. Мне хотелось бы знать, где проходят хронологические границы циклов и их фаз. Создается впечатление, что между фазами и циклами остаются какие-то временные провалы, в частности между вторым циклом и третьим. Чтобы снять такого рода сомнения, следовало бы уложить циклы и их фазы в таблицу, где границы обозначены датами. Сейчас эти границы неочевидны.

Особенно важно определиться с хронологией третьего цикла, нами переживаемого. Следуя вашей логике, его исходным пунктом должен быть не 1989, а примерно 1953–1956 гг. Ведь именно тогда начался кризис системы. Он довольно отчетливо просматривается уже в действиях первого послесталинского «коллективного руководства» и особенно со времени Хрущева.

Еще одно мое замечание — о правовом нигилизме. В докладе утверждается, что в русской правовой традиции это скорее интеллигентская конструкция, а не осознанная массовая установка. С таким толкованием я не могу согласиться. Думаю, что правовой нигилизм был присущ не только радикальной интеллигенции, о чем написал в «Вехах» Богдан Кистяковский.

К сожалению, это характерная черта и народного сознания. Особенно заметно она проявлялась во время бунтов, крестьянских войн, разного рода революционных потрясений, когда разграбление дворянских усадеб было обычным делом. Но и во времена относительно упорядоченной жизни проявлялась тоже. В русской литературной классике об этом много и выразительно написано. Да и документальных свидетельств немало. Или вот в моей последней книге о власти и законе в России размещена иллюстрация — фото-

графия памятника, на который мы с Евгением Григорьевичем Ясиным неожиданно наткнулись на одной из улиц Челябинска, где выставлены фигуры городских персонажей позавчерашнего дня — купца, ремесленника, нищего и прочих. И среди них — мужик, приехавший в город; видимо, в какое-то казенное присутствие. Перед ним — книга, на которой начертано «Закон». И смотрит народный ходок на развернутые страницы примерно так, как баран на новые ворота.

И последнее, о чем хочу сказать. Вспомним, как российское общество ликовало недавно по поводу присоединения Крыма. О правовой основе этого рейдерского захвата почти никто не задумывался. А для тех, кто все же задумывался, идеологические мошенники сочинили версию, согласно которой присоединение территории другого государства соответствует и международному праву, и российской Конституции, да чуть ли и не Конституции украинской. И общество это приняло.

Мне вспоминается, как в 1968 г. я оказался на лекции, с которой выступал тогдашний главный редактор «Литературной газеты» Александр Чаковский. Повествовал он о введении войск Варшавского блока в Чехословакию. В зале был собран идеологический актив, и среди вопросов лектору был такой: «Как нам объяснять происшедшее?» Помню ответ: «Знаете, нашему правительству подчас приходится принимать непопулярные решения. Но введение войск в Чехословакию — это в высшей степени популярное, поддержанное народом решение». После чего — бурные аплодисменты, переходящие в овацию. Правду сказал Чаковский — то решение населением поддерживалось.

Так было почти полвека назад. Так дело обстоит и сегодня. Это о правовом сознании нашего общества.

Игорь Клямкин:

Спасибо большое. Андрей Николаевич, прозвучало много конкретных замечаний. Сразу отреагируете или в заключительном выступлении?

Андрей Медушевский:

На одно из них — относительно конституционных циклов и их фаз — отреагирую сразу.

Логика моего подхода определяется существом понятия цикличности. Цикл есть движение системы от одного состояния стабильности к другому через ряд промежуточных стадий, которые характеризуются неполной стабильностью или ее утратой. Конституционный цикл — это период, в ходе которого в обществе через известные промежутки времени происходит смена основных состояний конституционного регулирования — от устаревшей старой конституции (основного закона) к принятию новой, а затем трансформации последней под влиянием изменившейся реальности. Определяющую роль здесь играет социально-психологический компо-

нент — укорененность в умах известных представлений и их последовательная смена под влиянием логики политического процесса. Движущей силой выступает 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 — отказа от старого основного закона (деконституционализация), принятия нового (конституционализация) и процесса изменения новой конституции под воздействием изменившейся социальной реальности (реконституционализация). В России и сама цикличность, и ее фазовый механизм проявляются очень отчетливо, и в докладе я это показал. Каждый цикл включает в себя фазу деконституционализации, в которой обнаруживает себя запрос, сопровождающийся завышенными политическими ожиданиями, на конституционализм нового типа. Затем — фаза конституционализации, или практической реализации конституционных принципов и выяснения их конфликтности с реальностью (начало политического разочарования). И наконец, фаза перехода к реконституционализации — ограниченной демократии, а затем и к авторитаризму (при полной политической апатии общества). После чего циклы возобновляются вновь через известный промежуток времени. Хронологические границы циклов и их фаз определяются предельно точно — принятием основополагающих конституционных актов.

Игорь Клямкин:

Не знаю, удовлетворен ли Виктор Леонидович, у которого возникли трудности как раз с пониманием хронологических границ, вашим разъяснением. Но уточнять больше не будем, давайте двигаться дальше.

Анастасия Туманова:

Один момент хотелось бы все же прояснить. В книге Андрея Николаевича «Теория конституционных циклов» говорится о том, что данная теория является универсальной (наподобие экономических циклов Кондратьева), а три фазы разворачивания цикла в явной или неявной форме присутствуют во всех странах. Каково инструментальное значение этой теории для объяснения именно российских процессов?

Андрей Медушевский:

Данная теория, на мой взгляд, позволяет объяснить логику трех больших российских конституционных циклов, раскрыть причины каждого из них, характер их протекания и их результаты. А сравнение трех российских конституционных революций — XVII, начала и конца XX в. — позволяет констатировать их структурное сходство.

Во-первых, оно обнаруживается в побудительных мотивах и в том, как эти революции начинались. Можно констатировать структурное сходство трех кризисов, в основе которых лежал конфликт легитимности и законности. Существующее конституционное устройство отбрасывалось из-за изменившихся представлений общества или его части о социальной справедливости.

Содержание конфликта в первом случае определялось поиском легитимного носителя власти. Во втором — стремлением противопоставить прежней легитимности самодержавия (принцип монархического суверенитета) новую (принцип народного суверенитета). 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, сходство циклов просматривается в логике их развертывания. Все они проходят три фазы и завершаются (возможно, за исключением последнего цикла) не менее радикальной реконституционализацией, возвращающей ситуацию к доконституционным порядкам, что закладывает основу для следующего разрушительного цикла.

В-третьих, циклы сходны по своему политическому выражению. Во всех трех случаях речь идет именно о конституционной революции, а не о конституционной реформе. То есть о таком изменении действующего Основного закона, которое не опирается на его нормы, в результате чего каждый раз происходит разрыв правовой преемственности. Сходна и общая динамика конституционных кризисов в России XVII–XX вв. В первом случае речь шла о переходе от одной концепции самодержавия к другой (от тирании к легитимной монархии). В двух других случаях речь шла 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 дебатировались различные модели соотношения центра и регионов — конфедерации, федерации, автономизации, различных вариантов деволюции и местного самоуправления. Однако в конечном счете доминирующей оказывается такая модель, которая позволяет восстановить реальный контроль центра — в виде возвращения к унитаризму, квазифедерализму или выстраивания единой властной вертикали.

В-пятых, существует сходство институциональных параметров конфликта, который включает противостояние между законодательной и исполнительной ветвями власти, так называемое двоевластие (непрочный баланс сил), и последующее разрешение в пользу одной из ветвей (всегда исполнительной). В период Смуты двоевластие было представлено конфликтом монарха и боярской аристократии, стремившейся ограничить его власть с помощью Земского собора и Боярской думы. Конфликт был разрешен в пользу монарха.

Аналогичным был выход из двоевластия и в двух других конституционных кризисов. Как он разворачивался в 1993 г.? Двоевластие начало формироваться сразу после ликвидации однопартийной системы и провозглашения конституционных принципов демократии, прав человека и разделения властей. Произошла 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 для требований ее ограничения. В результате обозначился конфликт двух типов легитимности — парламентской и президентской. И типологически он был схож с конфликтом между более легитимным Временным правительством и большевиками, опиравшимися на суррогатные органы представительства (Советы), а еще ранее — конфликтом Думы и монарха в начале XX в. Можно указать и на сходство роспуска Верховного Совета президентом в 1993 г., роспуска Учредительного собрания большевиками и роспуска Государственной думы Столыпиным (так называемый государственный переворот) с последующим изменением структуры основного законодательства в пользу исполнительной власти. Во всех случаях выход из двоевластия, повторю, происходит в пользу исполнительной власти — монарха, диктатора, президента.

В-шестых, есть определенное типологическое родство переходных политических режимов, возникавших в ходе трех конституционных революций. В первом случае это своеобразный аналог сословно-представительной монархии, эволюционирующий затем 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 случае это формально также дуалистический режим с уникальной формой правления, прямых аналогов которой не существует, с выраженным перевесом президентской власти.

Современная модель формально смешанной (дуалистической), но на деле 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 гг.) глава государства является гарантом Конституции, наделенный не только исполнительной, но и существенной законодательной властью (указы с силой закона). В обоих случаях 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 толкования в духе мнимого конституционализма.

В-седьмых, наблюдается поразительное сходство в продолжительности развития российских циклов (10–15 лет в активной форме).

Так что циклическая парадигма позволяет выявлять типические особенности протекания российских циклов, фиксировать смену соответствующих фаз и обладает в силу этого определенным прогностическим потенциалом.

Игорь Клямкин:

«Мой угол зрения на российскую правовую традицию определяется тем, что правовая государственность из этой традиции в очередной раз не проросла, а проросла новая форма государственности антиправовой»

Благодарю вас, Андрей Николаевич. Мне тоже хотелось бы высказать некоторые соображения. Представленный доклад в целом показался мне интересным. Я говорю «в целом», потому что в докладе проблемное изложение материала сочетается со справочным. Справочник — это скучновато, проблематизация — это интересно. Независимо от того, соглашаешься с ней или нет.

Любой текст, даже если он о далеком прошлом, так или иначе связан со временем, в котором пишется. Я согласен с Виктором Шейнисом: 20–25 лет назад перемены в стране задавали угол зрения и на историю, вызывая интерес прежде всего к ее реформаторским периодам. Очередной виток либерализации выглядел движением в направлении, давно уже обозначившемся, его естественным и закономерным продолжением, что внушало многим оптимизм относительно необратимости перемен. Эта оптимистическая интонация улавливается и в тексте Андрея Николаевича: отечественную правовую традицию и перспективы ее эволюции он рассматривает именно сквозь призму ее европеизации во времена реформ. Но принять такую оптику мне лично мешает то, что сейчас времена совсем другие.

Мой угол зрения на российскую правовую традицию определяется тем, что из этой традиции правовая государственность в очередной раз не проросла, а проросла новая форма государственности антиправовой. И причину, мне кажется, нужно искать в особенностях самой традиции. Разумеется, у нее тоже были свои глубокие корни, о чем в ходе дискуссии много говорилось, как говорится и в докладе Андрея Николаевича. Но на этом я сейчас останавливаться не буду. Мне кажется важным сосредоточить внимание именно на своеобразии

зии правовой традиции, и прежде всего в той ее части, которая касается государственного устройства. Не на ее сходстве с другими такими традициями, а на ее несхожести с ними. И не на альтернативах, в ней заключенных, а на том, почему альтернативам этим, если они потенциально и наличествовали, не дано было и не дано до сих пор реализоваться.

Что мы видим с правовой точки зрения в Киевской Руси, если говорить об устройстве государства? Да, мы видим там некоторые аналоги правовых систем Византии и западноевропейских стран, о чем сказано в докладе. Но базовые элементы этих систем в Киевской Руси отсутствовали. В ней, как известно, не сложился феодализм европейского типа с его договорно-правовыми отношениями между сюзеренами и вассалами, при которых права и обязанности обеих сторон определялись заранее и предусматривалось разрешение споров в судебном порядке. А в Киевской Руси, напомню, отношения между князем и дружинниками юридически не регулировались вообще — последние могли свободно переходить от одного князя к другому. Поэтому не наблюдалось там и движения к сословно-представительным монархиям, к созданию средневековых парламентских учреждений европейского типа.

Напомню и о том, что Киев, заимствовав у Византии христианство, не стал заимствовать у нее Кодекс Юстиниана, не стал перенимать римское право. Напомню и о «Слове о законе и благодати» митрополита Иллариона, в котором идея закона интерпретировалась как себя изжившая и потому отвергалась. А из всего этого, как мне кажется, следует, что в правовом отношении киевская государственность, как и формировавшаяся при ней политическая культура, существенно отличалась не только от стран средневековой Западной Европы, но во многом и от Византии.

А что видим мы в послемонгольской Московии, с которой, собственно, и начинается история России? Да, мы видим там формирующееся служилое государство с самодержавным правлением, что констатируется и в докладе Андрея Николаевича. Можно искать аналоги такого государства в древних восточных деспотиях, в Золотой Орде или Византии, но чего точно нельзя найти, так это его аналогов в Западной Европе. Московское государство не было европейской сословно-представительной монархией — земские соборы XVII в., по известному замечанию Ключевского, призваны были не ограничить власть правителя, как парламенты в Европе, а укрепить ее после Смуты. Когда же укрепили, они перестали созываться. Не было это государство и европейской монархией абсолютистского типа, при котором право сохраняло относительно самостоятельную роль, — достаточно вспомнить безуспешные попытки французских Людовиков полностью подчинить себе парижский судебный парламент.

Я не собираюсь оспаривать тезис докладчика о наличии признаков, позволяющих включить русскую правовую традицию в традицию европейскую, в традицию романо-германской правовой семьи. Вопрос в том, как соотносятся

они с признаками, этой семье несвойственными. На каком основании одни признаки считаются приоритетными для членства в романо-германской семье, а другие — второстепенными? Мне-то как раз кажутся приоритетными те, которые русскую традицию отличают от европейской. Потому что именно они определяли особенности российской государственности, утвердившейся в Московии, как и особенности обслуживавшей ее правовой системы. Особенности, аналогов которых в Европе не наблюдалось. А источники, будь то собственные или иноземные, отдельных элементов этой системы существенного значения, по-моему, не имеют.

Московское государство изначально формировалось как **милитаристское**, в котором управление обществом не только в военное, но и в мирное время строилось по принципу управления армией и в котором размыта граница между законом и приказом. На это обратили в свое время внимание старые русские историки — и уже упоминавшийся Василий Ключевский, и Павел Милюков, и Николай Алексеев. Их суждения на сей счет, к сожалению, забыты, хотя они были бы полезны для понимания и многого из того, что происходит сегодня на наших глазах. Право государя приказывать в Московском государстве до Петра I законодательно не фиксировалось, но для упорядоченного исполнения подданными их постоянных служебных обязанностей эти обязанности могли оформляться и оформлялись и в юридической форме.

Такова правовая традиция, заложенная в России в старомосковские времена. Традиция законодательного упорядочивания милитаристского государства, конкретные проявления которой описаны в обсуждаемом докладе. Напомню только, что, помимо обязательной службы бояр и дворян и крепостного права крестьян, призванных обслуживать тех, кто служит, была еще целая система специальных военных налогов, число которых со временем увеличивалось.

Таким налогом, взимавшимся на нужды армии, была и подушная подать Петра I, доведшего милитаризацию государства до предела. Она ведь и собиралась военными, части которых располагались в населенных пунктах и кормились за счет населения. Под этим углом зрения я рассматривал бы и расширение при Петре зоны законодательного оформления исходящих от царя приказов, рассчитанных на постоянное действие. Внешне это напоминало практику полицейских европейских государств эпохи абсолютизма, да и заимствовалось во многом у них. Но то было иное полицейское государство, в котором «общее благо» полностью отождествлялось с военным успехом, и, соответственно, иной абсолютизм.

Да и сами законы-приказы Петра, если к ним присмотреться, были специфическими. Вспомним хотя бы его «Воинские артикулы», бывшие составной частью Воинского устава. Они касались преступлений военнослужащих, но широко применялись и в отношении гражданских лиц, причем не только при Петре, но и на протяжении более чем столетия после его смерти...

Игорь Яковенко:

Насколько правомерно в таком случае говорить о правовой традиции применительно к допетровской и петровской государственности?

Игорь Клямкин:

Если и можно говорить, то разве что условно, имея в виду законодательное регулирование тех или иных сфер жизни в системе, аналогичной армейской. В системе, где вообще не было понятия о праве, отличном от обязанностей. Это понятие было легализовано лишь в эпоху послепетровской демилитаризации, наиболее значимыми вехами которой стали жалованные грамоты Екатерины II дворянству и горожанам, отмена крепостного права вкупе с другими реформами Александра II и Основные законы 1906 г. Обо всем этом в докладе сказано, повторяться нет необходимости. Думаю, что именно эти вехи могут служить историческими точками опоры для нынешних приверженцев идеи правового государства. Но в этих точках не готовые ответы, а проблемы, до сих пор для России неразрешимые. В этих точках не правовая традиция, а лишь правовые тенденции, глубоких корней не пустившие и в традицию не отлившиеся.

О чем свидетельствует и чем поучителен большой послепетровский демилитаризаторский цикл, продолжавшийся до 1917 г.? Он свидетельствует о том и поучителен тем, что демилитаризация милитаристского государства сама по себе к правовому государству не ведет. Потому что, как показывает наш исторический опыт, милитаризация, консервирующая социум в архаичном доправовом состоянии (а она консервирует его именно в таком состоянии), обладает сильнейшей инерцией, причем не только культурной, но и институциональной. Она не создает альтернативы своему базовому институту самодержавной власти, которому при демилитаризации такой государственной системы приходится брать на себя миссию субъекта права, оставаясь по своей природе институтом внеправовым.

Игорь Яковенко:

Инерция проявлялась и в сохранении других институтов, не только самодержавия.

Игорь Клямкин:

Да, конечно. Освободила та же Екатерина от обязательной службы дворян, но сохранила и даже укрепила крепостное право, что, кстати, разрушало базовый консенсус милитаристской системы, в которой крестьянин служил дворянину лишь постольку, поскольку тот обязан был службой государю. И подушную подать сохранила (она, как известно, была отменена лишь в 1887 г.), и многое другое. Неудивительно, что Радищев после всех екатерининских реформ видел в России все то же «государство — воинский стан».

Ну а сами попытки дозированно и поэтапно преобразовать это государство в государство правовое оборачивались столкновениями с неподатливостью описанного в докладе Андрея Николаевича «правового дуализма». То есть с трудностями чисто юридического порядка, о которых тоже интересно написано в докладе и которые так и не удалось преодолеть. В том числе и посредством заимствований элементов самых продвинутых европейских правовых систем. Поэтому, повторю, правовые тенденции послепетровской эпохи мы можем рассматривать как исторические точки опоры, отдавая себе ясный отчет в том, почему они в досоветский период не стали и не могли стать традицией.

Анастасия Туманова:

Не хватило исторического времени. Правовая культура не формируется в одночасье. Движение было прервано Первой мировой войной...

Игорь Клямкин:

Мы не знаем, как развивались бы события, не случись эта война. Не можем и доказать, что Россия могла избежать вступления в нее — слишком много факторов пришлось бы признать несущественными, на очень многие почему, непосредственно с войной не связанные, пришлось бы искать ответы. Поэтому предпочитаю, говоря о не состоявшемся в России правовом государстве, акцентировать внимание на препятствиях, которые состояться ему мешали. Препятствиях, таящихся в природе конкретного государства и социума.

Акцент на зигзагах истории, кажущихся нам не обязательными, но свернувшими историю с «правильного» пути, не кажется мне продуктивным. Говорят, например, что все пошло бы иначе, не случись убийства Столыпина. Но при этом не принимается в расчет, что большинство крестьян его реформы не принимало, а к людям, выделившимся из общины, относилось враждебно. Есть статистика, согласно которой с 1907 по 1911 г., то есть как раз во время правления Столыпина, количество поджогов крестьянами домов друг друга возросло в четыре раза. Так что никогда не известно, как было бы, если бы...

Виктор Шейнис:

Я прошу прощения, у меня маленькая реплика. Хотелось бы получить на нее ответ. Конечно, все связано с природой конкретного государства. Но в природе государства заложены разные тенденции. И случайное обстоятельство, например убийство Столыпина, может оказать влияние на то, что природа государства реализуется иначе, чем могла бы реализоваться.

Игорь Яковенко:

Да, но и смерть Столыпина не была все же случайной. Тут все не так просто.

Виктор Шейнис:

Столыпина убили за «столыпинскую реформу».

Игорь Клямкин:

Я не могу сказать, что было бы, если бы жизнь Столыпина насильственно не оборвалась. Но и никто другой не может утверждать, что было бы именно то, что ему хочется видеть в прошлом состоявшимся. Поэтому я давно уже склоняюсь к мысли, что такие споры о нереализованных альтернативах надо бы кончать. Но они не кончаются.

Людмила Лаптева:

До 1917 г. Финляндию успели бы русифицировать, если бы Столыпина не убили, он уже готовил соответствующие законы.

Игорь Клямкин:

И что бы это решило? Да и не факт, что Столыпин бы оставался при власти до 1913 г. Им был недоволен царь, были недовольны аристократические и бюрократические круги, была недовольна думская оппозиция. О крестьянах я уже сказал. По мнению некоторых историков, его отставка была предreshена. Поэтому, возвращаясь к нашей теме, я предпочитаю говорить не о несостоявшихся исторических альтернативах, а о том, что правовые тенденции, наметившиеся в первые десятилетия послепетровской демилитаризации и со временем углублявшиеся, не позволили уберечь страну от революционных потрясений. Потрясений, которые устранили прежние институциональные ограничители, развитию этих тенденций препятствовавшие, но вместе с ними выкорчевали и сами правовые тенденции.

Я не буду останавливаться сейчас на советском периоде. Его особенности под интересующим нас углом зрения содержательно описаны в докладе. С отдельными оценками можно спорить, но мое выступление и без того затянулось. Скажу лишь о том, что при Сталине произошло воспроизведение на новой основе милитаристской государственной системы. И, как и петровская система после Петра, после смерти Сталина она тоже вошла в цикл демилитаризации с сопутствующими неудачными попытками подвести под себя правовое основание, закончившимися государственным обвалом и территориальным распадом страны. А потом были новые попытки такого рода, уже в границах выделившейся из СССР Российской Федерации, которые мы тоже не считаем успешными.

В государственном устройстве постсоветской России в новой, на этот раз конституционной форме воспроизвелась традиция, с правом несочетаемая. Воспроизвелась политическая монополия одного института, конституционному узакониванию которой предшествовала борьба за эту монополию. Сначала Съезд народных депутатов РСФСР отобрал ее у КПСС, наделив себя

всей полнотой власти. А потом Конституцией 1993 г., действующей до сих пор, монополия была передана президенту. Но эта традиция в России несамодостаточная, она устойчива только в сочетании с тем, что я называю милитаризацией государства и социума. И вот мы видим, как на наших глазах государственная система пробует выбраться из некомфортного для нее послесталинского демилитаризаторского цикла в новую, третью по счету милитаризацию.

Не берусь судить о том, что из этого получится. Но я уверен, что стратегической перспективы на таком пути у страны нет и что ее поиски в обход идеи правового государства рано или поздно заведут в тупик. Поэтому ее приверженцам надо ее акцентировать, учитывая специфические особенности ее исторической судьбы в России. Андрей Николаевич фиксирует в ней конституционные циклы, но при этом, мне кажется, необходимо констатировать, что конституционного правления в строгом смысле слова в стране до сих пор не было. Михаил Александрович Краснов любит повторять, что конституция — это ограничение власти, что там, где есть политическая монополия, пусть и узаконенная, там о конституции говорить не приходится. А в России такая монополия существовала всегда и существует поныне. Думаю, что это надо иметь в виду, когда мы рассуждаем об отечественной правовой традиции.

Поэтому без конституционной реформы, предпосылкой которой является изживание самого принципа политической монополии, традиционно тяготеющей в России к милитаризации, правового государства в стране не получится, как не получалось до сих пор. Единственный аргумент против этого тезиса, звучавший в ходе дискуссии, — тезис о том, что дело не в самой монополии, а в личности ее персонификатора. Я же придерживаюсь не очень новой мысли, что первично все же институционально-правовое устройство государства, а не то, кто занимает в нем высшую должность. И эту простую мысль надо пытаться до общества доносить. Как и представление о тех правовых тенденциях, которые имели место в России в прошлом и которые можно рассматривать как исторические точки опоры в противостоянии традиционалистам. Но об этих тенденциях желательно говорить не как об альтернативах, которые могли реализоваться, но не реализовались. О них желательно говорить как об альтернативах, которые при постоянно воспроизводившейся политической монополии реализоваться не могли в принципе.

И еще, мне кажется, следовало бы почаще, вслед за Виктором Леонидовичем Шейнисом, вспоминать Богдана Кистяковского, который сто с лишним лет назад написал о правовом нигилизме русской интеллигенции. Его голос не услышан ею и поныне, ее сознание по-прежнему доправовое, что проявляется и в ее безразличии к идее конституционной реформы, а порой и в отторжении этой идеи. Но если так, то откуда взяться правовому сознанию в более широких слоях населения?

Людмила Лаптева:

Обидно как-то за старую русскую интеллигенцию. Ведь в докладе Андрея Николаевича показано, что даже среди царедворцев были люди с правовым мышлением. Тот же Валуев, например. С тезисом Кистяковского можно согласиться, если под интеллигенцией понимать не образованный класс в целом, а тех, кто постоянно находится в оппозиции к власти, но и это будет не совсем точно. Интеллектуальный слой в Российской империи существовал, и он вовсе не был в оппозиции к праву. Проблемы правового ограничения власти начинают разрабатываться в общественной науке еще в XVIII в.

Игорь Клямкин:

Недавно мы — я имею в виду «Либеральную Миссию» — издали перевод книги Андрея Валицкого о русской философии права. И там показано, как отторглась идея права представителями всех течений общественной мысли — славянофилами и западниками, Толстым и Достоевским, Катковым и Константином Леонтьевым, народниками и марксистами. Да, в той же книге рассказывается о мыслителях, заложивших традицию отечественной правовой мысли. Но воздействие их научных трудов и их общественной деятельности на вектор политической эволюции оказалось незначительным, хотя некоторые из них входили даже в руководство кадетской партии.

А ко времени перестройки они, благодаря усилиям советской власти, были забыты. И интеллигенция, против этой власти выступавшая, меньше всего была озабочена тем, как должна быть в институционально-правовом отношении устроена власть, призванная советскую власть сменить. Сегодняшняя оппозиционно настроенная интеллигенция в массе своей не озабочена тоже. Мыслителей, которым посвящен один из разделов доклада Андрея Николаевича, она не читает, как и книгу Валицкого. Поэтому к тем направлениям просветительской деятельности, о которых я говорил, следовало бы добавить и привлечение внимания к этим мыслителям. В этом контексте я рассматриваю и обсуждаемый доклад, и сегодняшнее выступление Анастасии Сергеевны Тумановой.

Андрей Николаевич, вам заключительное слово.

Андрей Медушевский:

«Главный мой вывод был и остается в признании русской правовой традиции частью европейской с учетом ряда ее особенностей, а также трудностей и срывов в ходе ее становления и развития»

Когда Игорь Моисеевич Клямкин предложил мне выступить по этой теме, мне самому стало интересно, существует ли русская правовая традиция и если она есть, то что собой представляет. Для себя я определил правовую традицию как элемент цивилизации, но при этом увидел, что цивилизационный подход остается очень неопределенным. Все зависит от того, какие критерии мы

используем для определения цивилизации. Если это религия, то мы имеем дело с православной цивилизацией, если это региональный признак, то можно говорить о евразийской цивилизации, если это национальный фактор, то о цивилизации российской, если фактор антропологический, то о цивилизации гедонистической. Но при многообразии критериев трудно определить, о какой цивилизации в данном конкретном случае идет речь, — об уникальной российской или европейской. А в зависимости от выбранного критерия будет выглядеть и тот сегмент или та субструктура, которую мы определяем как правовую традицию.

Поэтому я для себя решил, что правовую традицию следует определять достаточно формально. А именно как устойчивые правовые формы, устойчивые модели поведения и правосознания, причем оценка этих моделей должна вестись с ценностно нейтральных позиций. В противном случае возникает соблазн объявить ценности одной культуры универсальными, отказав в этом другим, и механически использовать стандарты одной правовой традиции для оценки других.

Такой подход вполне понятен эмоционально — одни традиции нам ближе, чем другие. Но он таит опасность герменевтического круга: заранее определив явления одной правовой культуры через понятия другой, мы априорно закладываем вывод, что одна правовая культура отличается от другой. Например, что российская отличается от европейской или китайской. В результате окажется, что результат дискуссии вернет нас к ее началу, все останутся при своем мнении и никакого приращения нового знания не произойдет. Выйти из этого когнитивного тупика можно, на мой взгляд, используя теорию и методологию когнитивного подхода, акцентирующего внимание на понимании смысла человеческой деятельности, мотивации поведения в разные эпохи, лежащей в основе культурной и социальной адаптации индивида.

Этот подход позволяет, в частности, говорить о юридическом конструировании реальности — создании устойчивых норм, институтов и практик, которые и составляют существо правовой традиции. Они, конечно, не остаются неизменными и эволюционируют с развитием социума, но в этой эволюции сохраняется определенная логика и преемственность, лучше всего выражаемая антропологическим понятием «стиля» правовой культуры. Научная реконструкция этого стиля и является задачей исследователя правовых традиций, а конечная цель исследования, помимо решения чисто эвристических проблем, заключается в создании системы понятий, позволяющих выразить логику конкретной правовой традиции и ее специфические особенности в сравнении с другими.

С этих позиций хотел бы еще раз обобщить мои ответы на прозвучавшие в дискуссии вопросы и выступления коллег. Предлагалось, как вы помните, связать правовую традицию с определенными ценностями. Право предлагалось интерпретировать исключительно как меру свободы личности. Такой подход

очень привлекателен эмоционально и, вероятно, может рассматриваться как этически универсальный для современной эпохи. Но с позиций сравнительного исследования правовых культур мира он выглядит ограниченным.

Во-первых, понятие свободы личности как универсальная ценность само претерпело значительную эволюцию и его современная трактовка, присущая Новому и Новейшему времени, вряд ли может быть перенесена в прошлое как универсальный критерий оценки качества правовой традиции. Для ряда эпох европейской истории его смысл оказывается едва ли не противоположен современному. Следует ли на этом основании говорить о том, что эти эпохи ничего не дали для развития правовой традиции?

Во-вторых, в глобальной перспективе оказывается, что единственная цивилизация, основанная на правах личности как доминирующем принципе, — это цивилизация западная. Если так, то придется признать, что никаких других правовых традиций (кроме европейской) не существует. Но в таком случае становится лишеной смысла сама постановка вопроса о сравнении правовых культур и выявлении их особенностей. Если вы возьмете любое современное исследование по сравнительному правоведению, то увидите в нем упоминания о множестве правовых традиций, причем очень разных. Например, исламская правовая традиция, безусловно, не знает никаких прав личности, но отрицать на этом основании наличие мусульманской правовой традиции я не могу. А что в других правовых культурах — индуистской, конфуцианской, иудейской? Насколько представлены в них права личности? Складывается впечатление, что чем правовая культура древнее, тем она более традиционна, более ориентирована на родовые и племенные отношения и, соответственно, менее акцентирует права личности.

В моем подходе — попытка выйти из европоцентристской модели, то есть выйти за рамки однозначных определений, созданных в границах одной правовой культуры. Современная наука, реагирующая на процессы глобализации, информатизации и познание «Другого», движется в направлении ухода от классического европоцентризма XVIII–XIX вв., представленного наивными эволюционистскими и позитивистскими схемами истории. Схемами, исходившими из того, что все регионы мира в своем развитии проходят одинаковые стадии развития и в конечном счете тяготеют к принятию европейских стандартов культуры и права (которые к тому же принимаются как раз и навсегда данные и неизменные конструкции). Поэтому для создания адекватной типологии правовых традиций нужен именно формальный, а не ценностный подход. Я говорю, что есть мусульманская, индуистская, китайская правовые традиции, хотя там никаких прав личности нет. Но и в рамках западной правовой традиции можно увидеть разные подходы. В частности, я упоминал скандинавскую правовую традицию. Она сильно отличается от германской или французской с точки зрения влияния римского права и сохранения общинных традиций.

В ряде выступлений акцентировались отличия русской правовой традиции от западноевропейской. Вплоть до вывода об их диаметральной противоположности и различии общего вектора развития. Верно в этом только утверждение, что правовая традиция России не тождественна правовой традиции Западной Европы. С этим никто не спорит. Но эти отличия выглядят не столь драматично, если проанализировать их в более широкой сравнительной перспективе. Ведь другие цивилизации и правовые культуры отстают от европейской еще дальше. И в этой более широкой (глобальной) перспективе оказывается, что российская правовая традиция (в сравнении с другими неевропейскими традициями) представляет собой не более чем специфический вариант западной (романо-германской) традиции.

Еще один мой постулат заключается в том, что правовая традиция во многом конструируемый феномен. С позиций когнитивного подхода это означает, что право (наряду с религией, этикой, идеологией, языком) является инструментом конструирования реальности, создания картины мира определенной эпохи. Направления же этого конструирования определяются рядом факторов — состоянием общей информационной среды, уровнем информационного обмена, характером коммуникаций, способами кодирования информации, соотношением опыта и знания, понимания и объяснения.

В конечном счете каждая эпоха предлагает свое видение картины мира — пространства, времени, смысла существования, представления о прошлом и будущем. В этом контексте право, как и другие формы социального регулирования, не может абстрагироваться от доминирующих факторов определенной эпохи, традиции и региона, но в то же время не является их заложником. На разных стадиях развития возникает ситуация выбора вектора этого развития — селекции тех элементов правовой традиции, которые представляются актуальными. Ключевое значение приобретает научное объяснение мотивов такого выбора. С этой точки зрения важен вопрос о вариативности поведения и смысле решений, определивших изменения правовой традиции. Согласен, что абстрактная постановка проблемы альтернативности (в стиле спекуляций на тему «что было бы, если бы») не дело историка. Но есть другой способ изучения этих вопросов — моделирование, методы которого представлены в современной социологии истории и права. Если в разных правовых традициях мы имеем сходные предпосылки и сходные институты, почему бы не сопоставить и не подумать, какие факторы влияют на развитие данной правовой традиции.

Руководствуясь таким подходом, я выдвинул систему формальных параметров, отражающих суть любой правовой традиции: способ правового мышления, характерные правовые институты, иерархия источников права, преемственность идеологических воззрений, стереотипы судебной практики, наличие научных школ. В докладе русская правовая традиция проанализирована по всем этим параметрам. Некоторые из них имеют более фундаменталь-

ный характер (преобладающий способ правового мышления, иерархия источников права, основные правовые институты); другие имеют, возможно, более «технический» характер (наличие научной школы, правовые концепции, терминология); третьи акцентируют внимание именно на вариативности процессов (случайные факторы и вообще роль личности). Этот подход позволяет, на мой взгляд, преодолеть детерминизм и назидательный «историзм» существующих подходов, сводящих объяснение правовых отношений к простому механическому воспроизводству предшествующих форм последующими. Он дает возможность выстраивать модели процессов и размышлять о причинах выбора каждой эпохи правового развития.

Вариативность выбора представлена на всех этапах развития русской правовой традиции, причем отнюдь не всегда такой выбор означал воспроизводство консервативных начал. С этой точки зрения важно обратиться к таким инструментам правовой модернизации, как заимствования, институциональные реформы и роль реформаторов. Я согласен с тем, что русская правовая традиция не чисто европейская традиция, особенно если мы рассматриваем ее в сравнении с классическими западными демократиями. Но это и не был мой тезис, я как раз подчеркивал отличия русской правовой традиции. Однако сводить проблему к традиционному спору славянофилов и западников — значит резко сузить ее рамки.

Повторяю: о различиях русской и западной правовой традиции имеет смысл говорить только в том случае, если мы рассматриваем русскую правовую традицию как элемент континентальной правовой семьи. Если мы выходим из этой системы, то объем понятий и общая картина совершенно меняются. Возьмем базовые параметры русской традиции, на которые обычно ссылаются для доказательства ее уникальности. Такие, как соединение власти и собственности, служилое государство как антитеза западным вассальным отношениям, закрепощение сословий государством, сакрализация власти, стоящей над правом. Все эти параметры, объединяемые понятием «литургического государства», присутствовали в Восточной Римской империи и азиатских деспотиях Востока. Российская империя продолжала традиции Византии с ее выраженным цезарепапизмом. В Османской империи находим слияние власти и собственности, военно-ленную систему (как аналог служилого государства), сакрализацию власти, причем выраженную гораздо более последовательно, чем в России.

Халиф не просто светский правитель, но и глава церкви. В Арабском мире имам как глава уммы — религиозный правитель, обладающий в то же время всей полнотой светской власти. Можно пойти еще дальше, углубившись в специфику различных теократических, патримониальных, патерналистских и султанистских режимов — от империй Китая, Великих Моголов и инков до экзотических авторитарных режимов Азии, Африки и Латинской Америки. В этой глобальной перспективе оказывается, что исключением из правила явля-

ется скорее европейская форма правового государства, а российская выступит как исторически более типичная. Это относится и к современной российской модели политической системы, которая вполне соотносима с многочисленными вариантами «нелиберальной» демократии, характерными для очень значительной части современных режимов. Сравнительный подход, следовательно, не позволяет говорить о какой-то исключительности и тем более уникальности русской правовой традиции.

Фундаментальная особенность российской модели состоит в Новое время в последовательной ориентации на европейские правовые ценности, готовность оценивать себя с этих позиций. Эта добровольно избранная «самооценка» в европейских категориях постоянно выступает источником дискомфорта для российского общества, чего отнюдь не скажешь о некоторых других традиционных обществах и правовых культурах. В ходе дискуссии было показано, что Российская империя (в отличие от ряда других) развивалась в сторону принятия европейских ценностей, в направлении правового государства и гарантий прав личности. Не могу поэтому согласиться с тезисом, что Петр Великий проводил поверхностную модернизацию, основным результатом которой стало укрепление крепостничества. На мой взгляд, Петр, конечно, использовал тот социальный ресурс, который давало служилое государство, для мобилизационных целей. Но основной смысл и итог этой модернизации состоял в радикальном изменении сознания образованной части общества — его секуляризации, рационализации, ориентации на современные научные, технические и военные знания.

Важным направлением этой модернизации стало радикальное изменение картины мира, по значению сопоставимое, возможно, с полетом человека в космос в новейшее время. Все это выражается емкой формулой: Петр прорубил окно в Европу. Европеизация и стала концентрированным выражением качественного изменения русской исторической традиции. Справедлива эта формула и в отношении правового развития: правовая программа абсолютизма становилась инструментом модернизации социальных отношений. Без этих преобразований не было бы последующего российского либерализма. Вот почему я не согласен с историками, которые сводят петровские реформы к укреплению крепостничества, забывая отметить, что крепостничество юридически не тождественно рабству, и что именно Петр упразднил холопство как аутентичный русский аналог рабства.

Людмила Лаптева:

Он сделал это только для увеличения суммы подушной подати.

Андрей Медушевский:

Какая разница? Я говорю, что сама идея регулярного государства при всей своей утопичности основывалась на позитивном законе, создавала основы

нового правосознания российского общества. Только это и сделало возможным сопоставление русских правовых отношений с европейскими. До этого сама такая постановка вопроса не имела смысла. Вся последующая история Российской империи есть история движения к расширению прав личности, раскрепощения сословий государством. Этот процесс гражданского раскрепощения и защиты прав личности, основы которого заложил Петр, и сделал возможными последующие преобразования в направлении гражданского общества, важнейшим из которых следует признать Великую реформу 1861 г.

С этих позиций я считаю возможным определять роль реформаторов в формировании правовой традиции. Полноценная правовая эволюция оказалась возможна благодаря этому внутри самодержавной системы. Концепция монархического конституционализма начала реализовываться русскими императорами в различных регионах Европы уже в начале XIX в. (Монархическая хартия Франции, конституции отдельных германских княжеств, конституционные акты для Польши и Финляндии), была продолжена в последующий период (Тырновская конституция Болгарии) и рассматривалась как возможное завершение Великих реформ. Идея Александра II дать России Конституцию, сорвавшаяся в результате покушения на него, — очень существенный шаг, несмотря на чрезвычайно умеренный характер этого документа.

В ходе либеральных реформ в России сформировался особый слой «просвещенной бюрократии», которая воспринимала свой долг как последовательное движение к правовому государству. Взаимодействие между либеральной интеллигенцией и просвещенной бюрократией способствовало качественному преобразованию российского общества. Общим результатом явилось появление земского и конституционного движения, оказавшегося способным сформулировать научную программу конституционных реформ, которая стала осуществляться в начале XX в., но в полной мере не реализована до настоящего времени. Русская юридическая школа рубежа XIX–XX вв. представляется одной из наиболее сильных в Европе того времени. Значение ее вклада состоит в теоретическом обосновании возможности перехода к гражданскому обществу и правовому государству от традиционного аграрного общества. Отсюда внимание к теории права, социологии права, проблемам реформ и переходного процесса.

Большая роль университетов, «общественности», конституционалистов сделала возможной трансформацию самодержавия в направлении конституционной монархии, а позднее — переход к республике. Об этом следует помнить сегодня, если мы хотим выйти за рамки одномерного представления о российской правовой традиции. То, что эти идеи не реализовались в начале XX столетия, не делает их менее убедительными и не исключает возврата к ним в настоящее время.

Игорь Клямкин:

Речь шла о том, что движение в этом направлении прерывается из раза в раз.

Андрей Медушевский:

Думаю, что российская государственность рухнула в 1917 г. из-за социальных и психологических причин, а не из-за правовых. Революционный кризис был связан с быстрой модернизацией и завышенными ожиданиями общества, которое натолкнулось на временные политические и экономические трудности. Главной проблемой стало вступление в этой ситуации в мировую войну. Существенное значение в разрешении кризиса в пользу большевистской диктатуры сыграли, таким образом, факторы мирового развития, внутренние проблемы и не в последнюю очередь ошибки царского, а затем Временного правительства, не обладавшего опытом управления в условиях перехода от традиционного к массовому обществу.

Не переходя здесь в область истории революции, хотел бы подчеркнуть, что потенциал постепенных демократических преобразований при сохранении авторитарной политической системы был отнюдь не исчерпан, а развитие вполне могло продолжаться в правовых формах. Именно это я хотел показать, говоря о проекте Гражданского кодекса, разработанного в канун первой русской революции: он не просто кодифицировал старые нормы, но пытался модернизировать их, с чем связан поиск синтеза между римским правом, европейскими нормами права и традиционными нормами российского права. Это одна из причин того, что работа шла так долго, фактически сопровождаясь полноценным сравнительным исследованием в различных отраслях права — гражданского, семейного, уголовного, публичного. Следующая столь масштабная работа такого рода проводилась, вероятно, только после 1993 г., когда происходило заимствование целых отраслей правового регулирования, полностью отсутствовавших в советском праве.

Людмила Лаптева:

Десятый том Свода законов в редакции Сперанского тоже во многом пересказывал, как это ни удивительно, Кодекс Наполеона.

Андрей Медушевский:

Кодификационная деятельность Сперанского, как известно, прошла ряд стадий. На первой из них он действительно, пытался инкорпорировать Кодекс Наполеона в российское право, что стало одним из оснований его осуждения консерваторами (например, Карамзиным). Позднее при разработке Свода он формально не имел возможности для таких заимствований (в силу самой концепции документа), но, как показано в специальной литературе, стремился модернизировать некоторые нормы русского права исходя из французского. Включение в Свод последующего имперского законодательства еще более

усилило эту тенденцию, в особенности после реформ 60-х гг. XIX в. Я думаю, что можно говорить о явной и неявной правовой эволюции.

Хотел бы прокомментировать также важный вопрос о соотношении социального развития и правового нигилизма. Тезис о правовом нигилизме получил очень широкое распространение в XX в. и стал рассматриваться едва ли не как квазисоциологическое объяснение специфики всей русской правовой культуры. Эта расширенная интерпретация стала результатом осмысления причин разрушения правовой системы в XX в. русской эмиграцией, а затем и западной историографией. В этом понимании Россия — страна правового нигилизма, который присутствовал в ней всегда, охватывал все общество и не изжит до настоящего времени. Насколько оправдан такой подход с научной точки зрения?

Мне представляется, что понятие «правового нигилизма» в такой широкой интерпретации, претендуя на объяснение всего и вся, на деле оказывается неточным. Прежде всего следует отметить, что Кистяковский, введший это понятие в известной статье сборника «Вехи», давал ему более ограниченную трактовку. Во-первых, он стремился объяснить им преимущественно ситуацию революционной эпохи, а не всю правовую традицию вообще; во-вторых, связывал его с установками не всего общества, а прежде всего интеллигенции, причем радикальной ее части (Герцена, Бакунина, Белинского, Чернышевского); в-третьих, имел в виду осуждение социальной практики экстремизма и терроризма (эсеров и большевиков). Поэтому есть смысл подумать о сужении границ этого понятия.

С моей точки зрения, правовой нигилизм, если мы хотим видеть в нем научное понятие, — это сознательное отрицание права теми, кто понимает его ценность. В традиционном аграрном обществе это фактически интеллигентская конструкция. В нашей дискуссии говорилось о правовом нигилизме крестьян, доказательством чего служили крестьянские восстания, поджоги помещичьих усадеб, а также последующее массовое воровство так называемой социалистической собственности. Но это вовсе не правовой нигилизм, а скорее проявление доправового родового или общинного сознания, отстаивавшего уравнилельно-распределительный идеал общественного устройства. Можно назвать его проявлением «первобытного коммунизма», установки которого практически в неизменном виде проходят через всю историю традиционных обществ. В этом понимании крестьянский правовой нигилизм присутствовал абсолютно везде — в любом восстании крестьян или рабов в Европе и Азии.

То же самое относится к актам вандализма или «аграрного бандитизма», о которых писал Э. Хобсбаум. Когда варвары грабили Рим, разбивали статуи и разрубали драгоценные вазы — были ли они правовыми нигилистами? Или когда так же вели себя крестьяне в Европе или Китае? Полагаю, что нет. Они просто не знали, что такое право: стремление к грабежу и переделу собствен-

ности — естественное свойство варваров и мало чем отличается от первобытного раздела военной добычи. Остановить его можно только с помощью грубой силы, а не правовых конструкций. Но, конечно, эти акции доправового сознания, выражающие рост социальной агрессии, могут стать и становятся основой для популизма интеллигенции и собственно правового нигилизма ее радикальных представителей.

То, что называется правовым нигилизмом, нужно рассматривать как выражение конфликта представлений о справедливости и праве в традиционном обществе на стадии его быстрой модернизации. Истинный носитель правового нигилизма — народническая интеллигенция, которая сознательно выступала против права, считая, что выражает «волю народа». При такой интерпретации правовой нигилизм — популистский, народнический субстрат идеологии интеллигенции. Радикальная интеллигенция (в отличие от крестьян) прекрасно знала, что такое право и в чем его ценность, но сознательно отвергала его во имя некой высшей социальной справедливости, а на деле — для захвата власти революционными экстремистами. Мое видение ситуации таково. Правовой нигилизм — это недоверие интеллигенции к праву вообще как социальному регулятору и неприятие действующей формы позитивного права в особенности. В первом случае этот нигилизм ведет к анархизму (в стиле Льва Толстого или Кропоткина), во втором — к идее заменить существующее («несправедливое») право на новое («справедливое») в стиле народников и Ленина.

Такой конфликт права и справедливости есть в любом обществе. В том числе в развитых демократиях, где он также трудно поддается чисто юридическому разрешению. Посмотрите хотя бы книгу Р. Дворкина «О правах всерьез», где он рассматривает проблему гражданского неповиновения в США, когда люди ставят вопрос о том, следует ли повиноваться несправедливым законам (имелись в виду массовые антивоенные акции периода войны во Вьетнаме). А в постсоветской России данный конфликт сопутствует всем основным социальным преобразованиям.

Каким образом эта проблема может быть решена в рамках существующей правовой системы и как на нее должно реагировать государство? Государство не может в законе определить право на неповиновение закону и, таким образом, сталкивается с острой проблемой эрозии легитимности правовой системы. Выход может быть один из двух — либо подавление оппонентов силой (в рамках концепции о легитимной монополии государства на применение насилия), либо принятие нового закона, отражающего изменившиеся представления общества о справедливости. Во втором случае, однако, существует вероятность того, что представления одной части общества о справедливости могут оказаться диаметрально противоположными мнениям другой. Что ведет обычно к социальному кризису (а не только к кризису права).

Я бы сказал, что конфликт позитивного права и справедливости — глобальный феномен, выражающий кризис правосознания общества, а правовой

нигилизм — одна из (и наименее удачная) форма его преодоления. Но тогда оказывается, что термин «правовой нигилизм» вводит нас в заблуждение при изучении русской правовой традиции: он не является ее исключительной особенностью, характерен для определенной (революционной) эпохи и для определенного слоя интеллигенции, причем в разных регионах мира.

С научной и политической точки зрения было бы целесообразно отказаться от расхожих представлений о правовом нигилизме как свойстве «загадочной русской души», извечной и исключительной особенности русской правовой традиции. Разве правовой нигилизм существовал в древности, в период служилого государства или при крепостном праве? Если и возникали проявления антиправового поведения (в виде крестьянских бунтов), то они быстро и эффективно подавлялись государством, возвращавшим ситуацию к правовому монизму. Разве в русском обществе Нового и Новейшего времени правовыми нигилистами были все, даже те, кто не знал, что такое право? Наконец, все ли представители интеллигенции были нигилистами? В ходе этой дискуссии мы выяснили, что это не так. Термин «правовой нигилизм» утратил у нас эвристическое значение — это едва ли не идеологическая и метафизическая конструкция, сопоставимая разве что с аналогичным пониманием термина «коррупция».

Игорь Яковенко:

А мздоимство и лихоимство?

Андрей Медушевский:

Это неформальное отношение, терпимое восприятие которого в обществе связано со стереотипами традиционной экономики и патерналистского государства.

Игорь Яковенко:

А как соотносятся такого рода отношения с правом?

Андрей Медушевский:

Никак! Во всяком случае, если мы рассматриваем традиционные институты (систему «кормлений» или практику натурального вознаграждения подьячих), а не практики Нового и Новейшего времени. В традиционном обществе эти практики имели обычно-правовой характер, опирались на прецедент, получали широкое распространение и только со временем стали рассматриваться как противозаконные. Они становятся однозначно противозаконными в результате законодательного оформления деятельности государственной службы при Петре I, хотя фактически, конечно, продолжали действовать и в дальнейшем. Их аналоги можно найти в других традиционных обществах — от системы «подарков» в архаичных социумах до вполне формализованного института «покупки должностей» французского абсолютизма.

Можно, конечно, определить все эти практики современным понятием «коррупция», но это едва ли будет научно продуктивным. В чем, например, научная продуктивность обвинений Ивана Грозного или его бояр в коррупции? В современном понимании коррупция — это корыстные служебные действия индивида, противоречащие действующему уголовному закону, за которыми следуют санкции. И не более того.

Все попытки расширительной политической трактовки коррупции, когда ее субъектами выступают не конкретные лица, а целые социальные группы и государственные институты (или даже «режимы»), — это, как и в случае широкой трактовки правового нигилизма, не более чем публицистическое преувеличение. Соответственно, предпринимавшиеся попытки ввести юридическую ответственность для государств и правительств за «коррупционные преступления против народа» не имеют юридического смысла, поскольку отсутствует реальный субъект юридической ответственности. В этих случаях целесообразно говорить о моральной или политической ответственности, но не юридической ответственности в рамках уголовного права. Я бы сказал, что в нашей литературе присутствуют такие метафизические понятия, которые стремятся охватить и объяснить очень разные явления, но в силу своей неопределенности, как щелочная ванна, растворяют специфику процесса.

Людмила Лаптева:

То, о чем вы говорите, — законодательный нигилизм, пренебрежение законом, тогда как проблемой является правовой нигилизм, понимаемый в том смысле, что основная масса российских граждан не верит в свое право, в его реализуемость. Тут дело не только в гражданских правах. Без помощи недешевого адвоката трудно отстоять свое право в суде — тем более в споре с администрацией. Между тем право начинает жить только в момент его реализации. Недостаточно того, что в Конституции закреплены права. Это необходимо, но недостаточно. Если правом не пользуются, оно остается декларацией.

Андрей Медушевский:

То, что люди не верят в возможность практической реализации своих конституционных прав, свидетельствует о недостатках и сбоях правоприменительной практики, в частности судебной системы. Эти недостатки стали предметом рассмотрения в нашей последней книге «Правовые принципы и пути их реализации: российский контекст», вышедшей в этом году. В ней на основе эмпирического социологического исследования показано, каким образом базовые конституционные принципы получают реализацию в таких областях конституционных практик, как законодательство, судебные решения, деятельность органов исполнительной власти и неформальные практики. Удалось раскрыть основные направления конституционных отклонений и предложить математический аппарат для измерения их степени, которая оказалась различной как

по конституционным принципам, так и по зонам реализации. Выводы исследования действительно дают основания для серьезной критики правоприменительной практики. В то же время неверие в возможность реализации конституционных прав не есть правовой нигилизм. Скорее, напротив, оформляется социальный запрос на реформы, направленные на полноценную реализацию ценностей, принципов и норм действующего права.

Вместе с тем часть людей, о которых вы говорите, действительно верит в «свое» право, противопоставляя его действующему конституционному праву. Часть этих людей не стремится воспользоваться теми правами, которые даны Конституцией. И не потому, что не может реализовать их, но потому, что отвергает их в принципе — стремится «жить по понятиям». Эта категория населения, используя терминологию Л. Петражицкого, противопоставляет действующему праву свое «интуитивное» право, не имеющее ничего общего с рациональными правовыми нормами, зафиксированными в законе. Право в таком своеобразном понимании действительно можно обнаружить везде — в том числе в бандитской или пиратской шайке. Если эта шайка захватывает государство, то она превращает данные интуитивные представления и ожидания в действующее государственное право. Нечто подобное произошло как раз в случае формирования так называемого советского права, о котором много говорилось в ходе дискуссии.

Возвращаясь к этой теме, хочу сказать: я категорически не согласен с тем, что советское право является частью русской правовой традиции. Если, конечно, не признать, что отступления от права — также часть правовой традиции. Но тогда это противоречие в определении. Социалистическая (советская) правовая семья получила значительное распространение в XX в., охватив половину человечества. Но она утвердилась прежде всего в традиционных аграрных обществах (если элиминировать страны, где она была насаждена извне). Возможно, это как-то коррелирует с правовым дуализмом русской традиции, представляет собой реакцию традиционных обществ на модернизацию. Но и в таком понимании это не чисто российское явление.

Еще поднималась тема конституционализма и его разновидностей, о которых говорится в докладе. Что такое конституционализм? Он включает три составляющих: 1) основной закон государства и система публично-правовых актов, принятых в его развитие; 2) система политических и публично-правовых институтов, формирование которых обеспечивает реализацию конституционных норм (верховенство права, народный суверенитет, разделение властей, парламент, независимый суд, контроль конституционности законов); 3) социальное движение, имеющее целью создание гражданского общества, правового государства и закрепление этих принципов в основных законах государства и практике функционирования его институтов. Это последнее понимание конституционализма особенно актуально для стран, где демократические учреждения находятся в стадии формирования.

Но конституционализм бывает разный — наряду с конституционализмом реальным, как свидетельствует о том российская история и как показано в докладе, может быть конституционализм номинальный и мнимый...

Анастасия Туманова:

Есть четкие критерии, Андрей Николаевич, позволяющие отличать конституционализм от его имитаций.

Андрей Медушевский:

Основным критерием реального конституционализма является возможность для гражданина отстаивать свои права в судах, то есть прежде всего защита субъективных публичных прав («право иметь право»). При отсутствии этого критерия возникают различные формы псевдоконституционализма или ограниченного конституционализма.

Некоторые участники дискуссии не согласились с понятием номинального конституционализма применительно к советскому периоду на том основании, будто бы он не скрывал социальную и правовую реальность, но, напротив, прямо говорил об ограниченном характере прав. Это не так. Советские конституции, безусловно, камуфлировали реальность, в частности подлинную структуру власти. Из них вовсе не следовало, что высшим органом власти в действительности является Политбюро ЦК КПСС, а реальный процесс формирования, функционирования и передачи власти от одного лидера к другому находился всецело за рамками правового поля. Наряду с этим возможны и другие формы ограничения конституционализма — имитационные, мнимые его формы.

Этот вопрос представляет не только академический интерес, но и вполне практический. Он позволяет, в частности, объяснить соотношение моделей договора и разрыва правовой преемственности при переходе от авторитаризма к демократии, понять логику эволюции правовых форм и их социального содержания. Например, при переходе от советского права к современному (при очевидном разрыве правовой преемственности) существовала ли преемственность элит? Некоторые коллеги говорили, что ее не существовало. Но почему перестройка прошла без гражданской войны? Возможно, как раз из-за наличия такой преемственности.

Завершая, хотел бы всех поблагодарить: для меня большая честь выступать в таком авторитетном экспертном собрании. Надеюсь, что нам удастся преодолеть предрассудок о фатальной недемократичности русской исторической и правовой традиции, отсутствии предпосылок для движения к правовому государству. Главный мой вывод, повторю еще раз, состоит в признании русской правовой традиции частью европейской с учетом ряда ее принципиальных особенностей, а также трудностей и срывов в ходе ее развития. С этих позиций предстоит критически переосмыслить устойчивые стереотипы консервативной политической романтики, эксплуатирующей тенденциозную интерпрета-

цию российской правовой традиции для достижения антиправовых целей.

Русское традиционное общество действительно создало устойчивый и по-своему эффективный механизм социально-правового регулирования, который, однако, оказался плохо приспособлен к условиям глобальной конкуренции Нового времени. С этим связаны направленные усилия общества и государства по модернизации традиционных социальных ценностей, правовых отношений и институтов, последовательно осуществлявшиеся имперским правительством в Новое время. А возникший дуализм русской правовой традиции всегда делал актуальным выбор вектора развития.

Существо этого выбора — либо сохранение закрытого общества с его патриархальной неподвижностью и авторитарной государственностью, либо расширение коммуникаций с внешним миром, европеизация, рациональная модернизация, целенаправленно осуществляемая в правовых формах. В XX в. этот выбор был сделан в пользу первого варианта, означавшего отказ от правового развития и ретрадиционализацию общества. В новых условиях мирового развития, связанных с глобализацией, крушением коммунизма и принятием Конституции 1993 г., наметился выход из этого тренда.

Но пока только наметился. Рациональный выбор XXI в. означает принятие идеологии правового государства, прав человека и их реализацию в конституционных формах. Критический анализ русской правовой традиции со всеми ее достоинствами и изъянами представляет аргументы в пользу данного вывода и намечает перспективы движения по этому пути.

Медушевский Андрей Николаевич

**РОССИЙСКАЯ ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ — ОПОРА ИЛИ ПРЕГРАДА?
Доклад и обсуждение**

Ответственный за выпуск — Михаил Ледовский

Дизайн — Мария Ратинова

Верстка — Амина Кольцова

Корректор — Елена Абоева

Подписано в печать 25.07.2014

Тираж 800 экз.

Фонд «Либеральная Миссия»

101000, Москва, ул. Мясницкая, 20

Тел.: (495) 621 33 13, 623 40 56

Факс: (495) 623 28 58

Фонд «Либеральная Миссия» был создан в феврале 2000 года, чтобы содействовать развитию либеральной идеологии и обоснованию либеральной политической платформы, соответствующих сегодняшней России. Основная задача Фонда – распространение универсальных либеральных ценностей свободной рыночной экономики, свободы личности и свободы слова как основ существования гражданского общества и правового государства. Для этого Фонд инициирует публичные дискуссии, где вырабатываются условия конструктивного диалога различных направлений либерализма и их идеологических оппонентов. Другое направление деятельности Фонда – издательская программа, призванная познакомить широкий круг читателей с достижениями либеральной мысли и прикладными исследованиями перспектив либеральных преобразований в современной России.