

# СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ОБОЗРЕНИЕ

№ 2 (135) 2020

**Методология сравнительного права:  
от теории к практике**

**Что угрожает правам человека в либеральных демократиях?**

**Конституционализм и консеквенциализм:  
две стороны одной медали?**

**Венецианская комиссия о «правовом расколе»  
в судебной системе Польши**

**Многогранность принципа субсидиарности**

**Метаморфозы российской законности**

ИЗДАЁТСЯ ИНСТИТУТОМ ПРАВА И ПУБЛИЧНОЙ ПОЛИТИКИ

# СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ОБОЗРЕНИЕ

№ 2 (135) 2020

## Учредитель и издатель

Институт права и публичной политики  
http://www.ilpp.ru

## Редакционный совет

А. С. АВТОНОМОВ, д.ю.н., профессор  
А. БЛАНКЕНАГЕЛЬ, Dr. jur. habil., профессор (сопредседатель)  
Н. А. БОГДАНОВА, д.ю.н., профессор  
А. Е. ВАШКЕВИЧ, к.ю.н., доцент  
Е. В. ГРИЦЕНКО, д.ю.н., профессор  
А. В. ДОЛЖИКОВ, к.ю.н., доцент  
Л. О. ИВАНОВ, к.ю.н.  
И. П. КЕНЕНОВА, к.ю.н., доцент  
А. И. КОВЛЕР, д.ю.н., профессор  
М. А. КРАСНОВ, д.ю.н., профессор  
В. И. ЛАФИТСКИЙ, к.ю.н.  
А. Н. МЕДУШЕВСКИЙ, д.ф.н., профессор (сопредседатель)  
Р. УИТЦ, LL.M, S.J.D., профессор  
С. ХОЛМС, Ph.D. in Law, профессор  
А. ШАЙО, Ph.D. in Law, профессор, академик

## Редакционная коллегия

И. А. АЛЕБАСТРОВА, д.ю.н.  
А. А. ДЖАГАРЯН, д.ю.н.  
С. С. ЗАЙКИН, к.ю.н.  
О. Н. КРЯЖКОВА, к.ю.н., доцент  
У. ПАРТЛЕТТ, Ph.D. in Law  
Д. СМОЛОВ, Ph.D. in Law, доцент  
С. А. ТЮЛЬКИНА, Ph.D. in Law  
Т. М. ХРАМОВА, LL.M., к.ю.н.  
П. ЧЕЙСТИ, Ph.D. in Phil.  
Д. Г. ШУСТРОВ, к.ю.н.

## Главный редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ, MBA (in P.S.)

## Заместители главного редактора

А. Г. РУМЯНЦЕВ, LL.M., Dr. jur.  
А. А. ТРОИЦКАЯ, к.ю.н., доцент

## Редакторы

С. Д. Афанасьев  
Е. А. Баженова  
И. Е. Османкина  
М. Сидорович  
А. А. Троицкая  
Д. А. Уварова  
А. А. Швеце  
К. К. Эггерт (англ.)

## Ответственный секретарь

К. К. Эггерт

## Корректоры

Л. И. Евстифеева  
М. Сидорович

## Компьютерная вёрстка

В. Б. Сидорович

Свидетельство о регистрации средства массовой информации

ПИ № ФС77-62147 от 19 июня 2015 года  
выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи,  
информационных технологий и массовых коммуникаций.  
Тираж 500 экз. Периодичность — 6 номеров в год. Цена свободная.

Подписано в печать 24 апреля 2020 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35.

Отпечатано: ООО «Буки Веди»

117246, г. Москва, проезд Научный, д. 19, этаж 2, ком. 6Д, оф. 202.

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© Институт права и публичной политики, 2020

## МОНИТОРИНГ КОНСТИТУЦИОННЫХ НОВОСТЕЙ

ФЕВРАЛЬ — МАРТ • 2020

4

Абхазия, Азербайджан, Босния и Герцеговина, Германия,  
Израиль, Индия, Ирландия, Колумбия, Россия, Словакия,  
Таджикистан, Украина, Швейцария

## МЕТОДИКА СРАВНИТЕЛЬНЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

МЕТОД В СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВЕ: КОНТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД

18

Уве Кишель

## ТЕХНИКА КОНСТИТУЦИОННОЙ АРГУМЕНТАЦИИ

ПУТИ — ИСПОВЕДИМЫ? АРГУМЕНТ К ПОСЛЕДСТВИЯМ

33

И ЕГО ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ПРАКТИКЕ

КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

Алдар Чирнинов

## ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В НОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ЭПОХУ АНТИПАТЕРНАЛИЗМА

58

Даниел Смилов

ЛЕГАЛИЗАЦИЯ ОДНОПОЛЫХ СОЮЗОВ:  
КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ОБЗОР

72

Анастасия Исаева

## ВЕНЕЦИАНСКАЯ КОМИССИЯ: СУДЕБНАЯ РЕФОРМА В ПОЛЬШЕ

ПОЛЬША: СОВМЕСТНОЕ СРОЧНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ № 977/2019

88

ВЕНЕЦИАНСКОЙ КОМИССИИ И ГЕНЕРАЛЬНОГО ДИРЕКТОРАТА

ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И ВЕРХОВЕНСТВУ ПРАВА СОВЕТА ЕВРОПЫ

ПО ПОПРАВКАМ К ЗАКОНУ О СУДАХ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ,  
ЗАКОНУ О ВЕРХОВНОМ СУДЕ И ДРУГИМ АКТАМ.

16 ЯНВАРЯ 2020 ГОДА

## КОНСТИТУЦИОННЫЙ ДИСКУРС: КОНЦЕПЦИИ И ПОДХОДЫ

ВЗГЛЯДЫ СОВРЕМЕННОЙ НАУКИ НА ПРИНЦИП

103

СУБСИДИАРНОСТИ: ОБЗОР ПОЗИЦИЙ

Игорь Ирхин

## РЕЦЕНЗИЯ

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО: МЕТАМОРФОЗЫ

118

РОССИЙСКОЙ ЗАКОННОСТИ ЗА 300 ЛЕТ

РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ

POMERANZ W. E. LAW AND THE RUSSIAN STATE: RUSSIA'S LEGAL EVOLUTION

FROM PETER THE GREAT TO VLADIMIR PUTIN. LONDON ; NEW-YORK :

BLOOMSBURY ACADEMIC PUBLISHING, 2019

Андрей Медушевский

## PRAXIS

ДОЛГОЕ ЭХО ТЕРРОРА: КОММЕНТАРИЙ

134

К ПОСТАНОВЛЕНИЮ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИИ

ОТ 10 ДЕКАБРЯ 2019 ГОДА № 39-П

Ирина Дудко, Ольга Кряжкова

## В КОНСТИТУЦИОННОМ СУДЕ РОССИИ

ОБЗОР ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЙ В ПОСТАНОВЛЕНИЯХ

144

КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИИ

4-П — 8-П • 2020

ОБЗОР ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЙ В ОПРЕДЕЛЕНИЯХ

154

КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИИ

№ 3-0 — 7-0, 297-0 • 2020

# COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REVIEW

2 (135) • 2020

## Founder and Publisher

Institute for Law and Public Policy  
http://www.ilpp.ru

## Scientific Advisory Board

A. AVTONOMOV, Dr. of Sc. in Law, Professor  
A. BLANKENAGEL, Dr. jur. habil., Professor (Co-Chairman)  
N. BOGDANOVA, Dr. of Sc. in Law, Professor  
A. DOLZHIKOV, Ph.D. in Law, Associate Professor  
E. GRITSSENKO, Dr. of Sc. in Law, Professor  
S. HOLMES, Ph.D. in Law, Professor  
L. IVANOV, Ph.D. in Law  
I. KENENOVA, Ph.D. in Law, Associate Professor  
A. KOVLER, Dr. of Sc. in Law, Professor  
M. KRASNOV, Dr. of Sc. in Law, Professor  
V. LAFTISKY, Ph.D. in Law  
A. MEDUSHEVSKY, Dr. of Sc. in Phil., Professor (Co-Chairman)  
A. SAJÓ, Ph.D. in Law, Professor, Academician  
R. UITZ, LL.M., S.J.D., Professor  
A. VASHKEVICH, Ph.D. in Law, Associate Professor

## Board of Editors

I. ALEBASTROVA, Dr. of Sc. in Law  
P. CHAISTY, Ph.D. in Phil.  
A. DZHAGARYAN, Dr. of Sc. in Law  
T. KHRAMOVA, LL.M., Ph.D. in Law  
O. KRYAZHKOVA, Ph.D. in Law, Associate Professor  
W. PARTLETT, Ph.D. in Law  
D. SHUSTROV, Ph.D. in Law  
D. SMILOV, Ph.D. in Law, Associate Professor  
S. TYULKINA, Ph.D. in Law  
S. ZAIKIN, Ph.D. in Law

## Editor-in-Chief

O. SIDOROVICH, MBA (in P.S.)

## Co-Editors-in-Chief

A. RUMYANTSEV, LL.M., Dr. jur.  
A. TROITSKAYA, Ph.D. in Law, Associate Professor

## Proofreaders

S. AFANASIEV  
E. BAZHENOVA  
K. EGGERT (Eng.)  
I. OSMANKINA  
M. SIDOROVICH  
A. SHVETS  
A. TROITSKAYA  
D. UVAROVA

## Editorial Secretary

K. EGGERT

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation  
Mailing Address: P. O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation  
Tel.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35  
E-mail: ilpp-ccr@mail.ru  
http://www.ilpp.ru/journal/sko/

© Institute for Law and Public Policy, 2020

## CONSTITUTIONAL WATCH

FEBRUARY – MARCH • 2020

4

Abkhazia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Colombia, Germany,  
India, Ireland, Israel, Russia, Slovakia, Switzerland, Tajikistan, Ukraine

## COMPARATIVE RESEARCH METHODOLOGY

### THE METHOD IN COMPARATIVE LAW: THE CONTEXTUAL APPROACH

18

Uwe Kischel

## CONSTITUTIONAL LEGAL REASONING

### DOES GOD MOVE IN A MYSTERIOUS WAY? THE ARGUMENT FROM CONSEQUENCES AND ITS USE IN CONSTITUTIONAL JUSTICE

33

Aldar Chirninov

## HUMAN RIGHTS IN A NEW REALITY

### HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF ANTIPATERNALISM

58

Daniel Smilov

### LEGALIZATION OF SAME-SEX UNIONS: CONSTITUTIONAL REVIEW

72

Anastasia Isaeva

## VENICE COMMISSION: JUDICIAL REFORM IN POLAND

### POLAND: JOINT URGENT OPINION NO. 977/2019 OF THE VENICE COMMISSION AND THE DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW (DGI) OF THE COUNCIL OF EUROPE ON AMENDMENTS TO THE LAW ON THE COMMON COURTS, THE LAW ON THE SUPREME COURT, AND SOME OTHER LAWS. 16 JANUARY 2020

88

## CONSTITUTIONAL DISCOURSE: CONCEPTS AND APPROACHES

### THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: IN SEARCH OF IDEAL

103

Igor Irkhin

## BOOK REVIEW

### THE STATE AND LAW: METAMORPHOSES OF THE RUSSIAN LEGALITY OVER 300 YEARS

118

#### BOOK REVIEW

POMERANZ W. E. LAW AND THE RUSSIAN STATE: RUSSIA'S LEGAL EVOLUTION  
FROM PETER THE GREAT TO VLADIMIR PUTIN. LONDON ; NEW-YORK :  
BLOOMSBURY ACADEMIC PUBLISHING, 2019

Andrey Medushevsky

## PRAXIS

### THE LONG ECHO OF TERROR: COMMENTARY ON RUSSIA'S CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT OF 10 DECEMBER 2019 NO. 39-P

134

Irina Dudko, Olga Kryazhkova

## IN THE RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT

### REVIEW OF LEGAL REASONING IN RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS

133

NOS. 4-P – 8-P • 2020

### REVIEW OF LEGAL REASONING IN RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT RULINGS

146

NOS. 3-0 – 7-0, 297-0 • 2020

## РЕЦЕНЗИЯ

## Государство и право: метаморфозы российской законности за 300 лет

Андрей Медушевский\*

*Pomeranz W. E. Law and the Russian State: Russia's Legal Evolution from Peter the Great to Vladimir Putin. London ; New-York : Bloomsbury Academic Publishing, 2019*

Сравнительный анализ различных правовых культур и традиций – важная задача юриспруденции эпохи глобализации при рассмотрении таких тем, как общие и оригинальные аспекты различных правовых систем, норм и институтов, их эволюции в истории и межкультурных влияний. Существенная часть данной исследовательской стратегии включает прояснение ценностных систем, правовых стереотипов и даже предрассудков различных наций, представленных в длительной исторической эволюции вариантами оценок национальными и иностранными наблюдателями в соперничающих нарративах. Рецензируемая книга демонстрирует интересный и противоречивый подход к данной теме, заключающийся фактически в антропологическом переосмыслении российской правовой традиции, охватывающей большой исторический период от Петра Великого до В. Путина. Автор постулировал оригинальность русской правовой традиции, определив её сущность как вечное воспроизводство очень специфической формы законности, а именно функционального или административного регулирования общества государством. Он утверждает, что эта функциональная парадигма, обобщённая советской теорией государства и права, есть не что иное, как отражение подлинной структуры правового мышления, механизма власти и идеологических основ российской государственности периодов империи, советской диктатуры и постсоветского правления. Таким образом, согласно автору книги, это формула власти, символизирующая историческую преемственность российской правовой культуры, равно как и её главное отличие от западного правового государства. Автор настоящей рецензии продемонстрировал позитивные и негативные стороны этой схемы русской правовой традиции: будучи достаточно логичным объяснением очевидного и бесспорного преобладания государства над обществом в русской истории, данная теория функциональной законности означает явное упрощение сложной правовой истории страны и её места в сравнительной перспективе. С антропологической точки зрения эта концепция представляет скорее очень ясный образ доминирующего англо-саксонского нарратива прошлого и настоящего российского права со всеми присущими ему стереотипами, ограничениями и устремлениями. Пересмотр этих исторически сформировавшихся ментальных стереотипов с позиций нейтрального и ценностно беспристрастного анализа может быть полезен для доказательного понимания путей российской правовой трансформации в глобализирующемся мире.

→ *Русская правовая традиция; исторические нарративы; право; государство; законность; самодержавие; легитимность; путинизм; правовые стереотипы; правовые реформы*

DOI: 10.21128/1812-7126-2020-2-118-133

В условиях глобализации остро встаёт вопрос о соотношении унификации и фрагментации правового развития: идёт ли дело к интеграции и конвергенции различных правовых

культур или, напротив, росту их обособленности и противостояния; насколько сравнительный подход способен продвинуть нас в понимании общих культурных универсалий человечества; выступает ли западная модель права и прав человека как единственный возможный стандарт оценки других правовых культур, или можно говорить о плюрализации мирового правового пространства, делающего необходимым диалог культур, выработку

\* Медушевский Андрей Николаевич — доктор философских наук; ординарный профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: amedushevsky@mail.ru).

универсальных и ценностно-нейтральных понятий, способных выразить специфику отдельных правовых культур, не прибегая к терминологии других. Всё это, как неоднократно отмечалось, делает необходимым выход за традиционные рамки формально-юридического и европоцентристского подхода, учёт реальной исторической специфики развития национальных правовых культур, переосмысление методов и понятийного аппарата историко-правовых исследований. В этой перспективе происходит обращение западных исследователей к российской правовой традиции, которая, с одной стороны, традиционно рассматривается как часть западной континентальной правовой семьи, имея с ней общие источники и понятийный аппарат, с другой стороны, выступает как чрезвычайно специфическая, а по мнению некоторых, и вообще самостоятельная и уникальная правовая культура. Центральной проблемой становится выявление и объяснение этой специфики, её исторического формирования, современного выражения и перспектив влияния на правовую и политическую систему России в будущем.

### 1. Новое открытие российского права американскими исследователями

В данном контексте заслуживает внимания книга В. Померанца об отношениях права и государства в эволюции российской правовой системы, охватывающая период нового и новейшего времени — от Петра Великого до В. Путина. Цель автора, как он сам её определяет, состоит вовсе не в том, чтобы объяснить логику развития правовой системы и её понятий, но дать схему развития русского права, вписав его в исторический нарратив, и «не более того». Это, следовательно, не строго юридическое и не историческое исследование. Метод автора (который он специально не формулирует) может быть определён, скорее, как историко-антропологический, с элементами права, публицистики и журналистики.

Этим объясняется общий взгляд на проблему, ряд особенностей изложения, используемый корпус источников и авторская стилистика. Прежде всего, автор, очевидно, чувствует себя первооткрывателем русской правовой традиции в западной литературе. В

иностранных исследованиях о России, констатирует он, до последнего времени мало внимания уделялось специальному изучению правового развития, исходя из предположения о его незначительной роли в социальном развитии страны. Характерно наблюдение, сделанное во введении, когда он, оказавшись в Москве перед книжной полкой с русскими книгами по юриспруденции, делает ряд серьёзных открытий: оказывается, в России, по общему признанию являющейся «бесправной страной, страдающей от правового нигилизма», издаётся много книг по праву, переиздаются старые труды, и есть даже нечто вроде правовой традиции (которая, конечно, нестабильна, условна и вторична). Далее, автор, обладая устойчивым осознанием принадлежности к более высокой («западной») правовой культуре, вынужден отказать России в этой привилегии, но с беспристрастием антрополога *sine ira et studio* взирает на движение российской правовой системы на протяжении столетий — ей, в силу отсталости, ещё долго придётся пребывать в состоянии модернизации, чтобы со временем добиться хотя бы отдалённого приближения к идеальному типу правового государства. Наконец, автор отвергает — и это также свойство «честного антрополога» — прямолинейный подход ряда западных аналитиков к русским правовым реалиям, основанный на простом сопоставлении их с западным правовым идеалом: констатируя, что в России нет правового государства (с чем согласен и автор), эти аналитики просто перестают обращать внимание на право как самостоятельный и очень важный элемент российской политической истории. Автор видит в этом большое упрощение дела. Проведя читателя по извилистым лабиринтам российской правовой культуры, которая описывается как хаотичная, нетранспарентная, репрессивная, заимствованная и так далее, он — вопреки этим соображениям — делает смелый, почти революционный для американской литературы вывод: российское право, несмотря на свой подчинённый и вторичный характер, «не статично и не бессмысленно» (с. 2), а все его недостатки не делают Россию «беззаконным государством» (англ.: *do not render Russia a lawless country*) (с. 166). Bravo!

Данная схема, в суммарном изложении выглядящая почти гротеском, отражает, тем

не менее, основные стороны книги — как слабые, так и сильные. К первым относится в целом компилятивный характер изложения, который в принципе допустим в обобщающем труде такого рода, призванном дать для неподготовленной аудитории общий очерк проблематики более чем за 300 лет. Книга публицистична (что естественно для автора, часто комментирующего российские события для «CNN», «Bloomberg» и других новостных агентств) и основана на вторичных источниках — литературе вопроса, преимущественно англоязычной и вышедшей в последнее время, в ней почти не используется русская литература как старая, так и новая, а основу выводов составляют сочинения историков, политологов, юристов, журналистов и «других комментаторов, изучавших специфические аспекты и периоды русского права». Чрезвычайно общая (и неопределённая) постановка задачи работы — «интегрировать право в более широкий нарратив русской истории» (с. 4) — избавляет автора от скучной необходимости специального изучения отдельных правовых памятников, кодексов, архивных документов, споров учёных по мельчайшим вопросам правовой традиции, что исключает эмпирическую новизну выводов.

С другой стороны, несомненным достоинством книги является очень чёткое изложение общей схемы развития русского права — в том виде, в каком она представлена в современной американской литературе, с анализом достижений и упущений этой схемы, выраженных в различных нюансах интерпретации её специфики и представленных преимущественно в свете англо-саксонской модели общего права. Фактически полезное для русского читателя содержание исследования — реконструкция текущих общественно-научных американских представлений об эволюции русского права. С этих позиций — социологии (или антропологии) науки — мы проанализируем выводы автора.

## **2. Трудный поиск адекватной терминологии и параметров измерения российской правовой реальности**

Для реконструкции любой правовой традиции, тем более в её эволютивном раскрытии, необходима чёткость терминов. Автор поэто-

му совершенно справедливо начинает изложение с того, в чём состоит специфика русской правовой традиции в сравнении с западной (но не восточной) традицией. Он описывает свои сомнения в этом отношении, отвергая, прежде всего, идею их тождества. Размышляя о том, как обобщить материал истории российского права, какую найти «рамку» или «измеритель» (англ: *yardstick*), автор, как отмечалось, отвергает прямолинейное рассмотрение вопроса с позиций идеала правового государства: во-первых, он слишком абстрактен и доступен разным интерпретациям, во-вторых, есть различные его трактовки в самой западной традиции (английское *rule of law* — не то же, что немецкое *Rechtsstaat*), в-третьих, и так понятно, что в России с этим проблема и, ограничившись простой констатацией отсутствия правового государства, мы нисколько не продвинемся в понимании российского права (с. 7). Но автор, напротив, стремится «выдвинуть российское право из периферии исследовательских интересов и поставить его на передний план и в центр исторического нарратива. Более того, пытаюсь понять российское право в его собственных понятиях — и через призму государства и права, — эта книга анализирует отличительные аспекты российской правовой традиции, одновременно раскрывая преемственность между имперским, советским и постсоветским правом» (с. 8).

Возникает вопрос, какими понятиями, взятыми непосредственно из русской традиции, можно выразить специфику её правового развития. Отправной точкой в этом поиске становится набор внешних отличий русского правового порядка от западного — приоритет государства над обществом, слабость независимой судебной власти и, напротив, большое значение прокуратуры, выполняющей функции надзора за соблюдением интересов государства, а не граждан. Двигаясь далее в этом направлении, автор констатирует различия в самом понимании права в сравниваемых культурах. Этот тезис подкрепляется лингвистическим анализом: для обозначения английского слова *law*, подчёркивает он, в русском языке применяются два — «право» и «закон», которые иногда могут использоваться как тождественные (взаимозаменяемые), различные по объёму (философское понимание права и писанный статут, без более широ-

кого нормативного суждения) и, наконец, практически взаимоисключающие (противопоставление праву в высоком смысле — закона как воплощения функциональности). Именно этот, третий, подход, считает автор, характерен для русской государственности: право сводится к закону, а последний — к «законности» как воплощению чисто функционального требования следовать административным приоритетам государства, выраженным в законе. Автор полностью отрицает существование в России права в общем, или философском, смысле (поскольку, по его мнению, Россия не реципировала европейских идей естественного права и римского права как его основы), но настаивает на сведении права к законности в специфически функциональном понимании.

Эта конструкция, призванная выразить специфику российского права — и на первый взгляд вполне логичная (кто же будет отрицать приоритет государства в российском социуме?), — не выглядит столь убедительной при выходе за рамки сравнения англо-саксонской и российской правовых культур. *Во-первых*, не соответствует действительности тезис о полном отсутствии в русской традиции естественного права и общественного договора — в теории, законодательстве и на практике. В многочисленных исследованиях, в том числе англо-саксонских (М. Раева, Н. Рязановского, П. Дьюкса и других), не считая российских, хорошо показано, что оно вполне представлено в России имперского периода, где стало основой трансформации петровского «регулярного государства» к системе Просвещённого абсолютизма (идея «общего блага подданных») и от неё, через ряд реформ и контрреформ, к системе монархического конституционализма и республике в начале XX века. Вся логика развития права имперского периода, шедшая в XVIII — начале XX века и выражавшаяся в заимствовании европейских идей, кодексов и норм (а через них и положений римского права) по мере выхода из крепостного права и преодоления сословной организации общества, хоть автор и утверждает обратное, двигалась в целом в направлении правового государства и представляла собой варианты рецепции западных естественно-правовых учений.

*Во-вторых*, разделение понятий права, закона и законности, на котором настаивает

автор, вовсе не является спецификой России, но в более или менее чёткой форме характерно (в отличие от англо-саксонской традиции, не включающей чёткого разделения конституционного и административного права) для всех государств континентальной правовой семьи, прежде всего Германии, на которую ориентировалась русская правовая мысль (нем.: *Recht, Gesetz, Gesetzlichkeit*). Немецкий *Gesetzlichkeitsprinzip* точно переводится на русский язык как «принцип законности». В сочинениях представителей юридической школы, начиная, как минимум, с её основателя, А. Д. Градовского (который даже не упомянут в книге)<sup>1</sup>, этот вопрос разработан в деталях (с учётом специфики трактовки законов в разных европейских странах), а практически решался по мере создания «Полного собрания законов», «Свода законов» и проектируемого единого кодекса Российской империи (по образцу Кодекса Наполеона или германского БГБ), который не был принят в результате революции, создавшей иные основы кодификации, завершённой лишь в советский период; *в-третьих*, интерпретация «законности» в функциональном ключе вовсе не составляет российского изобретения, но характерна в большей или меньшей степени для всех монархических государств Европы, начиная с классической модели французского абсолютизма, европейского полицейского государства XVII—XVIII веков (например, Пруссии), бонапартистского режима и разных форм ограниченного конституционализма в империях Центральной и Восточной Европы XIX — начала XX веков (Германской, Австро-Венгерской и тем более Османской).

Она (функциональность), конечно в более ограниченных формах, присутствует в демократических режимах Европы XX века, где опиралась на позитивизм, нормативизм и широкую трактовку указного права главы государства или правительства (например, в Веймарской республике, Пятой французской республике с её «рационализированным парламентаризмом» и «актами правительства», наконец, в неизменно чрезвычайно широкой трактовке прерогативы и указного права Президента США, ставших сегодня предме-

<sup>1</sup> См.: Градовский А. Д. Начала русского государственного права // Собрание сочинений А. Д. Градовского. Т. 7–9. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1901–1904.

том критического обсуждения и судебных исков в связи со строительством «Стены»), не говоря уже о различных авторитарных и полуправитарных режимах Европы XX века. Но автор не углубляется в эти нюансы, способные поставить под сомнение тезис о существовании особой российской «законности».

### 3. Формула функциональной законности как объяснение специфики российской правовой традиции

В результате автор находит тот единственный критерий и измеритель российского права, который лучшим образом выражает его специфику и позволяет выстроить всю хронологию российского права. Им является «законность»; в книге это понятие не переводится как «легальность» (англ.: *legality*), но везде даётся в латинской транскрипции русского термина — *zakonnost'*, что должно подчеркнуть его «самобытность» и несводимость к понятиям западной науки. Но что такое законность? Как другие российские правовые термины, «законность», отмечает он, имеет различные значения: в одном понимании она приближается к верховенству права, но может пониматься и более узко — как соответствие закону, то есть иметь более функциональное понимание. Российская правовая система, враждебная правовому государству (и не предполагавшая ограничений верховной власти системой сдержек и противовесов), интерпретирует законность: 1) как передачу правил и указаний из центра в регионы, осуществляемую специальными «органами» государственной власти, где от всех сторон ожидалось выполнение этих правовых предписаний в рамках бюрократической вертикали власти; 2) как более общую правоприменительную практику судов в обычных спорах, выражающую политизированный и карательно-репрессивный характер правосудия (с. 167). Это разведение понятий права (в общем понимании) и закона (в функциональном понимании) предстаёт как сквозной тренд русской правовой эволюции от истоков до современности.

Именно так, считает автор, его использовала и юридическая теория и государственная власть на протяжении всей истории. С этих позиций вклад русской философии права, вообще затронутый в книге поверхностно,

предстаёт чрезвычайно редуцированным. Даже классическая правовая мысль на пике её развития конца XIX—XX веков, по его мнению, не смогла разрешить противоречия между самодержавием и интеллигенцией, в конечном счёте тяготея к принятию существующих правовых принципов и отношений. Наиболее важным признаётся вклад имперского юриста Н. М. Коркунова, разработавшего, по убеждению автора, терминологию, ставшую «неофициальным вокабулярием» советского и российского конституционализма XX века, включавшим такие термины, как «единое государство», «государственная власть», «органы власти», «законность» и т. д. (с. 55). Не думаем, что терминология российского права Коркунова сильно отличалась от терминологии его предшественников (например, его учителя Градовского или В. И. Сергеевича) или германских и австрийских правовых мыслителей того же времени (например, П. Лабанда и Г. Еллинека, у которого находим те же понятия в сходной интерпретации)<sup>2</sup>, но можем смело утверждать, что Коркунов (безусловный сторонник правового государства, как и все либеральные профессора его времени) перевернулся бы в гробу, узнав, что стал основателем советской «теории государства и права». Именно в прочности закона он видел гарантию от деспотии, «где место закона заступает ничем не сдерживаемый произвол правителя», а смысл российских реформ усматривал в «самоограничении власти правом»<sup>3</sup>. В эволюции русского права он фиксировал изменение соотношения понятий «закон» и «указ» как путь к утверждению правового порядка, разделив указы на определительные и исполнительные, а также детально исследовав пределы, в которых исполнительная власть может устанавливать изъятия из законов<sup>4</sup>. В ряде мест рецензируемой книги автор идёт ещё дальше, отстаивая сходство идей этого мыслителя (который, конечно, не был либералом в понимании Демократической партии США) с трактовкой «государства

<sup>2</sup> См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве / пер. под ред. В. М. Гессена, Л. В. Шалланда. СПб.: Тип. т-ва «Общественная польза», 1903.

<sup>3</sup> Коркунов Н. М. Русское государственное право: курс лекций. Т. 1. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1893. С. 158, 163.

<sup>4</sup> См.: Коркунов Н. М. Указ и закон. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1894. С. 227–243.

и права» периода социализма, а в конечном счёте и с тем пониманием права, которое выдвинул Президент Путин в своём тезисе о «диктатуре закона» (с. 162).

Разобравшись, таким образом, с философско-правовой традицией, автор окончательно отбрасывает сомнения. Общей рамкой исследования он выбирает соотношение государства и права, его предметом — «законность», центральной исследовательской проблемой — метаморфозы понятия законности (различные типы его интерпретации по периодам), и уверенно формулирует тезис о специфике эволюции русской правовой и политической системы.

#### **4. Конструирование преемственности русской правовой традиции: методологические допущения и степень их оправданности**

Для придания стройности всей схеме автор исходит из трёх основных методологических допущений. *Первое допущение*: догматическая советская теория «государства и права» (порядок слов, подчёркивает автор, не случаен) является не просто выражением юридической легитимации определённого периода (а именно, советского и позднесоветского) и политического строя однопартийной диктатуры — сталинизма на высшем этапе его развития (когда она была сформулирована в завершённой форме), но подлинным теоретическим выражением, нормой и образом всей российской исторической правовой динамики за 300 лет! При отсутствии единой идеологии, охватывающей весь этот период, заявляет он, «теория государства и права» представляет «отсутствующую господствующую идеологию» (англ.: *default ruling ideology*) или «наиболее устойчивую правительственную философию» (англ.: *Russia's most enduring governing philosophy*) (с. 3). Это простое решение проблемы — в стиле колумбова яйца — граничит с карикатурой, является неоправданным упрощением и редукционизмом всей правовой традиции к определённой историческому периоду и его идеологической формуле — периоду, катастрофическому для развития как права, так и «законности», причём в любом её понимании, как широком, так и узком. Следуя этой логике, можно было бы утверждать, например, что право и чрезвычайные законы периода нацизма — есть наи-

более чёткое выражение формулы германской правовой эволюции. Вряд ли с этим согласятся современные немецкие юристы.

*Второе допущение*: смысл понятия «законности», хоть и претерпел некоторые исторические метаморфозы, в целом остаётся неизменным с точки зрения его функционирования (в сословном обществе, при социализме и в постсоветской республике) и, следовательно, не зависит от смены идеологий, режимов и правовых доктрин государства. Исторические периоды, не вписывающиеся в эту схему (как либеральные реформы 1860-х и 1990-х годов), представляют собой не *правило*, но *исключение* из него, подтверждающее верность всей схемы. Вытекает ли из этого, что современная Россия, принявшая Хартию ООН, ратифицировавшая ЕКПЧ и признающая роль прецедентов ЕСПЧ для внутреннего права, остаётся с тем же пониманием «законности», которое превалировало в советский период или эпоху самодержавия? Следуя этой абстрактной (и принципиально антиисторической) логике, исследователь правовой истории США с равным успехом мог бы доказывать, что современное понимание ключевых понятий «собственности», «свободы» и «должного правосудия» (своеобразный американский аналог «законности»), основанное на принятии XIV Поправки к Конституции США и её последующих трактовках Верховным судом США (например, в деле *Миранды*), ничем не отличается от того, которое существовало ранее — в эпоху рабства, гражданской войны и расовой сегрегации или, может быть, даже в период принятия Великой хартии вольностей английскими баронами. Полагаем, что такой подход (теоретически, конечно, возможный) рассматривался бы американским академическим сообществом, скорее, как экзотика.

*Третье допущение* (вытекающее из первых двух) заключается в том, что общая преемственность всего русского правового развития определяется государственной трактовкой права как функциональной законности, то есть чисто административного предписания. Главный вопрос, который встаёт в этой связи, — считать ли советское право органической частью этой преемственности или, напротив, разрывом с ней. Автор полагает, что советское право есть часть традиции, более

того, как отмечалось, её наиболее чёткая формулировка, что на наш взгляд, совсем не очевидно. Советское право, собственно, «правом» не было (с чем согласен и автор) — его нормы имели номинальный характер, могли идеологически истолковываться любым способом или вообще не иметь практического значения (в этом отличие от «дуального государства» нацистов), в целом представляли скорее право чрезвычайного положения, а по существу выражали ситуацию незаконного эксцесса неограниченной власти (в виде волн репрессий и террора)<sup>5</sup>. В этом смысле в нём преобладала скорее нормативная анархия, нежели функциональная законность, подменявшаяся, может быть, простой формализованной управленческой реакцией на поступающие системные вызовы.

В пользу концепции линейной преемственности (имперского, советского и постсоветского периода) могут быть приведены аргументы идеологического, институционального и функционального характера. Но они не очень продвигают дело, поскольку, как признаёт сам автор, существенно противоречат друг другу. В идеологической плоскости постулируется условная преемственность трёх легитимирующих формул: *имперской* — «православие, самодержавие, народность» (автор по недосмотру или намеренно меняет местами её компоненты, ставя самодержавие на первое место (например, на с. 3), что радикально трансформирует смысл всей конструкции, в аутентичном виде предполагавшей, что самодержец не посягает на «естественные» права, то есть религиозные ценности православия); *советской* — «теория государства и права» (которая, напротив, ставит идеологическое государство над правом, делая его номинальным, исключая признание за правами индивида высшего статуса); и *постсоветской* — таковой признаётся «суверенная демократия» (которая, не будучи, в отличие от двух предыдущих, признана официально, теоретически не отрицает ни демократии, ни конституционных прав, но адресуется скорее к проблематике соотношения их интерпретации в международном и внутрен-

нем праве, настаивая на приоритете последнего). Что общего, кроме отстаивания принципа государственного суверенитета (который признаётся везде), имеют эти три формулы?

## 5. Надзор и контроль как перманентный фактор российского понимания законности

В институциональной и функциональной плоскости доказательством преемственности служит указание на гипертрофированный характер контрольно-надзорных институтов. Как и большинство западных исследователей русской правовой системы, автор сосредотачивается на институте прокуратуры, рассматривая её как институт, в концентрированном виде выражающий государственный приоритет над правом, постоянно воспроизводящийся в русской истории и, в силу этого, являющийся её отличительной особенностью. Российская прокуратура — от её создания до современного положения, — в силу исторических причин и целей её создания, действительно отличается от большинства западных аналогов, будучи предельно централизованной и автономной системой, не относящейся ни к одной ветви власти (в большинстве стран она рассматривается как часть судебной или исполнительной власти), и наделена широким правом общего надзора за законностью.

На основании этого автор подводит читателя к выводу, что одиозная роль Прокуратуры в период массовых сталинских репрессий — как ключевого инструмента тоталитарной машины в проведении политики террора — продолжает *общую российскую историческую традицию*, восходящую ко временам её создания Петром в 1722 году; правовая теория Вышинского выражает не европейские позитивистские и авторитарные идеи его времени (близкие в целом нормативизму Кельзена и правовому волюнтаризму К. Шмитта), но скорее *специфически российскую традицию интерпретации права в пользу государства*, а его одиозная теория судебного-следственных доказательств («признание обвиняемого как царица доказательств»), допускающая применение пытки, *взята непосредственно из эпохи абсолютизма* (с. 86). Если так, то чем объяснить появление подобного дискурса в далёкой от аб-

<sup>5</sup> См.: Медушевский А. Н. Политическая история русской революции: нормы, институты, формы социальной мобилизации в XX в. М. ; СПб. : Центр гуманитарных инициатив, 2017.

солютизма и советского тоталитаризма правовой системе современных США — в рамках концепции так называемого «превентивного государства», допускающей, по мнению некоторых консервативных должностных лиц (включая действующего Президента), применение пытки к лицам, подозреваемым в терроризме (и даже членам их семей!), — практики, которая, согласно авторитетному разъяснению судьи А. Скалиа, не является неконституционной (нарушением VIII Поправки), ибо не представляет собой «жестокого и необычного наказания», а лишь способ добывания информации? Они читали Вышинского?

Очевидно, что само содержание понятия «надзора» в России не оставалось неизменным на разных этапах истории, включая различные интерпретации самого понятия «государственных интересов» и способов их обеспечения (в виде соединения обвинительной и судебной власти или их разделения (как это было в 1864–1917 годах или в настоящее время), наряду с изменением места прокуратуры в структуре органов власти — вплоть до полного отсутствия этого института после революции (в период 1917–1922 годов, когда надзор за «законностью» был напрямую передан «народным судам») или её инкорпорации в состав Верховного суда (1923–1932 годы). Одиозная роль прокуратуры в СССР, принятая с 1933 года, не вытекает поэтому непосредственно из имперской интерпретации этого института (не имевшей ничего общего с массовыми репрессиями) и не означает автоматического тождества с современной (постсоветской) трактовкой функции общего надзора за соблюдением Конституции и исполнением законов, скорректированной передачей санкции на арест от прокуроров к судьям. Всё это, конечно, не отрицает правомерности критики правозащитниками концепции «общего надзора» прокуратуры и сверхбюрократизации данного института, но в историческом исследовании требует большего внимания к нюансам эволюции содержательной интерпретации «законности».

Найдя исковую формулу российского права в советской доктрине «государства и права», автор затем на протяжении всей книги подтверждает историческими примерами её действенность на разных этапах истории. Пётр Великий стремился совместить модернизацию с государственным контролем, но не

интересовался укреплением прав собственности и личности, способных бросить вызов централизованному государству, понимал законы чисто утилитарно как данный монархом набор инструкций для государственных институтов и чиновников и вообще никогда не выходил «за пределы узкого, функционального понимания законности» (с. 19); всё развитие права от Екатерины Великой до реформ 1860-х годов артикулировало такое видение права и законности, которые адресовались «специфическим нуждам растущей империи» (с. 21); результаты либеральных реформ 1860-х годов (когда законность начинает пониматься в европейском смысле, возникает независимый общесословный суд, адвокатура и т. д.), хотя и способствовали проникновению в общество начал права, законности и независимости судебной власти, оказались нестабильны и непоследовательны, а после крушения монархии в феврале 1917 года юристы Временного правительства оказались неспособны выполнить свою главную задачу — «осуществить передачу власти легитимному правительству», что открыло дорогу большевизму (с. 72). Большевики, торжественно провозгласив по приходе к власти разрыв с правом вообще и русской правовой традицией в частности, вскоре были вынуждены возродить её, создав собственную разновидность «социалистического права», ставшую на короткое время даже одной из доминирующих правовых традиций мира, с тем, однако, чтобы вскоре покинуть его с крушением СССР (с. 73–74). Обращая внимание на определённые позитивные достижения советского права (в виде привнесения понятий равенства и социальных прав, определённой стабильности политического строя), автор отмечает, что ценой вопроса стало достижение наивысшего уровня концентрации политической власти, позволившей с принятием Конституции 1936 года завершить «узурпацию революционной мечты для властной политики» (с. 89).

Несмотря на все изменения постсталинского периода, продолжает он, советская правовая система сохраняла преемственность, фиксировала монополию партии на власть, с возрастающей силой «противостоя любым индивидам или группам, покушающимся на идеологические основы государства» (с. 91), и демонстрируя убывающую «способность

советского права к эволюции и изменениям» (с. 106). В этом контексте комментируется коллапс СССР — распад страны по национальному признаку, дезинтеграция единой правовой системы, длительный конституционный кризис 1985—1993 годов, сопровождавшийся потерей управляемости, расколом власти и сменой режима (с. 107). Выход из кризиса, как и в 1860-е годы, был найден Президентом Б. Ельциным в создании более либерального политического строя. Он дал стране Конституцию 1993 года, закреплявшую абсолютный приоритет гражданских прав, заложил новую иерархию источников права, поставившую законы выше указов, предоставил значительные правовые prerogatives регионам, возродил российское частное право, установил конституционное правосудие, позволившее отдельным гражданам отстаивать конституционные права перед судом.

Однако ко времени его ухода эти реформы прочно не укоренились на русской почве (с. 139—141) и поэтому вскоре сменились системой Путина, опирающейся на возрождение традиционного понимания государства и права, позволившее ему поддерживать контроль над многонациональным государством континентального масштаба (с. 143). В результате 300-летняя эволюция российского права, по мнению автора, несмотря на все модификации идеологии и изгибы правовой доктрины, демонстрирует общую преемственность форм. Круг замкнулся: постсоветская государственность, трактовка права и законности сильно напоминают имперскую и советскую. Лейтмотивом всего повествования, наподобие русской частушки, является идея воспроизводства «законности», несмотря на смену идеологий, доктрин и режимов.

## 6. Противоречия нарратива убывающей законности

Этот исторический обзор, в целом не вызывающий принципиальных возражений с точки зрения воспроизводства сильной государственной власти на всех этапах, серьёзно выиграл бы в случае выхода автора за пределы чисто «нарративистского» подхода в сторону содержательного критического анализа описываемых правовых форм — их вариативности (альтернативных проектов и решений на

каждом этапе законодательной трансформации), степени оригинальности, причин селекции новых моделей или отказа от старых, характера их функционирования в политической системе и механизме власти, а также различия интерпретаций их смысла в современных научных дискуссиях, вплоть до противоположных оценок. Это позволило бы, на наш взгляд, избежать ряда противоречий в логике авторского подхода.

С одной стороны, утверждается, что русская правовая традиция не имеет единой стабильной основы (в виде рецепции римского права, которой, кстати, не было и в ряде регионов Запада, например в Скандинавии), с другой — автор настаивает на преемственности ряда её ключевых положений, причём на всём протяжении истории (что, вероятно, предполагает стабильность или, как минимум, определённую внутреннюю гомогенность).

С одной стороны, эта традиция признаётся неоригинальной (следуя авторской формуле о России как «чистом импортере права»), за исключением разве что «советского права»), с другой стороны, говорится о её оригинальном (если не исключительном) характере — по крайней мере, в сравнении с Западом (решение этого вопроса требовало бы, по нашему мнению, формулировки отсутствующей дефиниции «правового импорта» и разъяснения таких понятий, как рецепция, трансплантация, внешнее косметическое заимствование, содержательное критическое заимствование, перекрёстные заимствования и т. д., которые могут к тому же различаться в зависимости от периодов, типов правовой легитимации, функционирования и целей осуществления).

С одной стороны, речь идёт о правовых формах и их смене, с другой — о политическом режиме и механизме власти, которые, конечно, были очень различны (их сходство постулируется на основе лишь одного критерия, которого автор стремился избежать, — несоответствия русской практики западной трактовке правового государства, которая, очевидно, сама не стояла на месте и подвергалась разным испытаниям за истекшие триста лет).

В стремлении обосновать жёсткую схему преемственности государственно-правовых начал в русской истории автор прибегает к

упрощениям, граничащим с искажением фактического материала, заявляя, например, что «правовое государство» было будто бы закреплено в Литовских статутах XVI века, понимая «кормления» не только как легальную систему управления определённого периода, но систему коррупции вообще; не различая исторический контекст термина «полиция» в период Просвещённого абсолютизма (когда он, например, в Уставе Благочиния означал структуру городского управления) и его современный смысл; фактически отождествляя петровскую прокуратуру с советской; полагая, что пробелы в праве интеллектуальной собственности были ликвидированы только принятием соответствующего раздела Гражданского кодекса РФ и не упоминая о предшествующем законодательстве (Закон об авторских правах и другие акты, принятые в 1990-е годы) и т.д. Справедливо говоря о падении роли парламента в современной России и иллюстрируя этот тезис влиянием исполнительной власти (Администрации Президента) на законодательный процесс, автор забывает отметить, что это едва ли не общий мировой тренд. Показателями этого тренда повсюду (включая парламентские режимы Европы) стало, во-первых, то, что именно правительство (а не парламент) готовит до 80 % законопроектов; во-вторых, именно правительство готовит проект бюджета и затем исполняет его; в-третьих, появляется широкая трактовка прерогативы президентов и премьер-министров, связанная с тем, что в условиях ускорения глобальных процессов правительство (особенно в кризисных ситуациях) не успевает обратиться к парламенту и вынуждено принимать важные решения (особенно во внешней политике) без согласования с ним; наконец, констатируемый всеми феномен «президентализации» института премьер-министра как выражение этого тренда.

В этой перспективе ключевой тезис о единстве трактовки «законности» на всём протяжении русской правовой эволюции теряет убедительность доказанного факта. В самом деле, является ли она сходной в период утверждения абсолютизма (когда закон, указ и устный приказ царя были тождественны), его поздних этапов (когда они были разведены на основе юридической процедуры принятия и оформления), дуалистической монархии (предполагавшей контрассигнацию указов

царя), однопартийной диктатуры (вообще отрицавшей различие идеологии и права), её поздней фазы (когда «социалистическая законность» допускала осторожный контроль над произволом местных властей и даже некий эквивалент административной юстиции в виде института «жалобы») или, наконец, в современной республике, конституционно зафиксировавшей разделение властей, хотя и сохранившей мощный инструмент указного права в руках президента? И чем, собственно, эта трактовка указного права принципиально отличается от других, основанных на западной правовой традиции, авторитарных президентских систем, например, Латинской Америки? Наконец, движется эта «законность» по нисходящей или восходящей линии? Нам не удалось найти ответы в рецензируемом труде.

## **7. Являются ли особенности русской правовой эволюции доказательством её нетипичности во всемирной истории?**

Суммируя основные характерные особенности русской правовой эволюции, отличающие её от западноевропейской традиции «верховенства права», автор выделяет три: правовой плюрализм, дуализм и автократизм (с. 55–56). Первое из этих понятий означает *плюрализм источников права*, выражавший различия по географическому, этническому и культурному параметрам, которые государство, расширяясь географически, стремилось преодолеть путём унификации правовых норм, централизации управления и вынужденно жёсткой трактовки принципа государственного суверенитета. При важности законов, существовала множественность источников права (обычай, иностранное право, персональные указы, детальные кодексы, бюрократические правила), часто взаимодействовавших в хаотичной и нетранспарентной манере. Поскольку в России, не знавшей рецепции римского права, не существовало единой общей основы его развития, как на Западе, констатирует автор, различные правовые нормы просто интегрировались в единый корпус права, без их полноценной кодификации, а это вело к нестабильности их соотношения и внутренней противоречивости, выражавшей этническую разнородность и не-

завершённый характер гражданской нации, — вывод верный, но во многом относящийся ко всем современным государствам «имперского типа», где федерализм, автономизм или деволютивные права вынуждены учитывать дифференциацию территорий (и их «исторических прав») по национальным, конфессиональным и этническим параметрам.

Другое понятие — *правовой дуализм* — означает соотношение в одной правовой системе различных подсистем. Используя это понятие, старые русские авторы имели в виду конфликт крестьянского обычного права и государственного (проявившийся чётко с 1864 года). Автор даёт более широкую (и гораздо менее определённую) трактовку этого понятия, имея в виду противопоставление писаного и обычного права, публичного и частного, формального и неформального, государственного и «повседневного», фактически — вообще постулируя разрыв позитивного права и правосознания и т.д. Кроме того, он пишет и о дуализме власти (англ.: *dual power*) или даже множественности центров власти как признаке нестабильности правовой системы в критические периоды её развития (двоевластие как выражение расколото-го суверенитета и политического конфликта, имевшее место в 1917 и 1991 годах) (с. 166), что ещё более запутывает понимание этой конструкции, — является ли эта нестабильность выражением собственно правовых или политических факторов? Отсутствие чёткого определения этого важного понятия — «дуализма» — затрудняет понимание мысли автора о сквозном характере данного явления и делает саму идею спорной (ибо противоречие трактовок дуализма наводит на мысль о различии социальной и юридической природы этого явления в разные периоды). В подобной — чисто социологической — трактовке «дуализм права» есть вообще универсальная категория, присущая *любой* правовой системе (противоречие права и правосознания, равно как формального и неформального права, есть везде, особенно — в англо-саксонской традиции с её экстраправовыми правилами, обычаями, обычновениями, конвенциями и т.д.), и едва ли может позиционироваться как исключительная особенность российской правовой эволюции.

Третье понятие — *автократический характер русского права* — выражает связь

права с особым типом централизованной политической власти, где правовые нормы являются продуктом дискреции главы государства и бюрократии — передачи указов из центра в регионы с целью их исполнения с параллельной функцией надзора прокуроров за их исполнением. Выражением данной тенденции является особый статус главы государства, стоящего над законом и наделённого практически неограниченным правом издания указов (с силой закона) — правом настолько устойчивым, что им были вынуждены пользоваться даже либералы, когда приходили к власти в 1917 и 1991 годах (с. 166). Авторитаризм, безусловно, центральный элемент всей схемы и основной аргумент в пользу преемственности. Если, однако, не принимать простых социологических схем, наподобие «теории колеи», «деспотизма», особой «русской системы» и прочего, — против чего, как кажется, справедливо выступает автор, — то актуален вопрос о содержании и измерении степени этой «автократичности» на разных этапах и её вкладе в общий вектор развития системы.

Все эти характеристики, вообще присущие российской правовой системе, были выявлены ещё в трудах представителей русской государственной школы, введших такие понятия, как роль географического фактора (колонизация новых земель как константа русской истории); особый механизм соотношения общества и государства («закрепощение» и «раскрепощение» сословий государства); правовой дуализм, порождающий раскол в обществе и праве; почти периодическая смена реформ и контрреформ; особая роль государства и бюрократии в формировании социальных отношений и связь правового регулирования с задачами модернизации<sup>6</sup>. Эта схема русской имперской академической науки (вполне объясняющая и процессы XX века) действительно выявляла существенную специфику русской правовой эволюции в сравнении с западной. Воспроизводя эту схему, автор, вполне логично, приходит к тем же выводам. Но оправдан вопрос о границах этой оригинальности российского права: насколько эти характеристики специфичны в сравне-

<sup>6</sup> См.: Государственная школа // Общественная мысль России XVIII — начала XX века: Энциклопедия. М.: РОССПЭН, 2005. С. 117–119.

нии с государствами Востока и вообще более традиционными обществами на всех континентах мира?

Как показано современными исследователями, для *незападных* правовых культур вполне характерно присутствие всех рассмотренных черт — и плюрализма источников права — в контексте конфессиональной, территориальной и этнической разобщённости (например, в Индии, где она является основным препятствием принятия единого гражданского законодательства), и правового дуализма (практически во всех постколониальных странах, вплоть до выраженного конфликта обычного и писаного права), и авторитарного характера государства (например, в авторитарных президентских системах Азии и Латинской Америки), рассматривающего право и суды как инструмент модернизации, говорящих поэтому об особой «транзитарной юриспруденции», использующих в случае необходимости, чрезвычайное и указное право в обход конституционных норм и интерпретирующих законодательство (в вопросах экономики, безопасности и социального регулирования) как совокупность нормативно оформленных актов центральной власти. В этой — более широкой — сравнительной перспективе, российская концепция «законности» (даже в её узкой авторской интерпретации) едва ли выглядит столь уникальной.

## 8. Путинизм в контексте русской правовой традиции

В этом сравнительном контексте заслуживает специального внимания авторская оценка современного этапа развития российского права и политической системы с точки зрения его уникальности или, наоборот, сходства с известными политическими режимами. Данная система определяется автором как «путинизм» — система власти, ассоциирующаяся с возрождённым чувством патриотизма, экономическим возрождением, восстановлением централизованного правления, ограничением гражданских свобод, территориальной экспансией и возведением России в ранг великих держав (с. 143). Взвешивая соотношение «западных» и «традиционных» компонентов в ней, автор приходит к выводу об их устойчивом балансе, который может коле-

баться (и действительно меняется с течением времени) по мере решения задач модернизации, поиска ответов на внешние и внутренние вызовы.

Правовая программа «путинизма» (особенно на начальной стадии становления) включает ряд реальных правовых достижений: усиление апелляционного процесса, выполнение многочисленных правовых пробелов в гражданском и уголовном праве, развитие более симметричной и унифицированной версии российского федерализма и восстановление принципа окончательности судебного приговора. Особенность данной системы усматривается в прагматическом сочетании противоположных принципов. С одной стороны, Путин не отбросил целиком достижения реформ либерального ельцинского периода, сохранив в силе решение о подписании Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, что позволяет европейскому праву действовать на территории России (хотя с важными последними исключениями); институт конституционного правосудия, стимулирование частного права и развитие транспарентности через публикацию законов. С другой — чётко обозначил границы правового и политического плюрализма, выступив выдающимся представителем этих ограничительных тенденций. Они реализуются благодаря полномочиям президента, позволяющим обходить законодательную власть изданием указов с силой закона, координировать соотношение формальных и неформальных (повседневных) норм и практик, сохранять высокий уровень политизации права и судов, когда речь идёт о реальных или предполагаемых оппонентах, вводить ограничения гражданских свобод, опираясь на силовые структуры.

Тем самым данная система, не соответствуя стандартным западным представлениям о правовом государстве, по мнению автора, не исключает в то же время наличия в постсоветской правовой системе определённого эволюционного потенциала, который «не может быть просто отвергнут» (с. 163). Она не только не выпадает из исторической традиции, но, напротив, стремится опереться на неё, сочетая модернизацию с контролем и функциональным пониманием права («законностью»).

Анализируя законодательную политику современного российского политического ре-

жима, автор не скрывает предельно негативного отношения к ней: «под лупой» выявляет все отступления от положений ЕКПЧ, российской Конституции и законодательства в публичном пространстве, судебной и административной практике — от нарушений прав человека в ходе Чеченской войны — к трансформации основ федерализма, разделения властей, политической системы в направлении концентрации президентской власти по результатам принятия конституционных поправок и законодательных контрреформ — и от них к сворачиванию гарантий прав собственности, гражданских прав и свобод в результате нарушений гражданского, уголовного, избирательного и административного законодательства, в том числе в ряде знаковых судебных процессов (дело Магницкого, Ходорковского и другие) (с. 145–161). Этот жёсткий негативный вердикт о несоответствии российского режима западным принципам рыночной экономики, демократии и правового государства — верный, но не новый для российских правозащитников, из работ которых автор в основном черпает всю критическую информацию.

Вопрос в том, что даёт данная констатация для понимания общего и специфики российской ситуации и перспектив её изменения. Автор полагает, что все отмеченные негативные факторы выражают *историческую специфику режима* (ориентирующегося на традиционные стереотипы правления), ведут поэтому к *эрозии его легитимности* в новых условиях, проявлением чего выступает рост *недоверия к власти* — всплеск протестных настроений в виде демонстраций, общественного движения по борьбе с коррупцией и растущей готовности населения отстаивать свои права даже вопреки интересам государства (такое мнение, по данным Левада-Центра на 2017 год, высказывало 47 % россиян) (с. 163). Но он забывает отметить, что все перечисленные явления — рост протестных и антикоррупционных настроений и общего недоверия населения к центральной власти — едва ли не общемировой тренд, который одновременно с Россией проявился во многих государствах Запада и Востока после экономического кризиса 2008 года. Забавно, что практически одновременно с выходом рецензируемой книги и выдвинутой критикой российской модели правления в США, по дан-

ным Института Гэллапа, с 2004 года по настоящее время подавляющее большинство американцев заявляет, что не удовлетворены управлением страной, причём несколько раз эта цифра была более 80 % (что выше, чем во время Уотергейтского скандала, и радикально превышает соответствующий показатель по России!)<sup>7</sup>; отношения общества и власти характеризуются в США сегодня как «гиперинтенсивная враждебность к правительству» (поддержка которого упала до 18 %) <sup>8</sup>. Это свидетельствует, на наш взгляд, о том, что рост недоверия и протестных настроений в любом обществе, как минимум, *прямо не коррелируется с состоянием демократии и правовой системы*, а как максимум, вообще требует другой интерпретационной стратегии, выходящей за пределы исторического нарратива одной страны.

Поэтому речь должна идти не столько о специфике, сколько о типичности российского политического режима, варианты которого описываются в литературе с использованием формул об «ограниченном плюрализме», «направляемой демократии» или «гибридном режиме», «просвещённом авторитаризме», «персоналистском правлении» и т. д., охватывающих сегодня в той или иной степени политические практики едва ли не большинства стран мира. Говорить об уникальности российского видения «законности» (как инструментального понимания права государственной властью) возможно только с позиций западного мейнстримного нарратива. При выходе за его пределы оказывается, что этот феномен существует повсюду в мире и, во всяком случае, широко представлен в западной его части — от Азии и Африки до Латинской Америки (не говоря об отдельных современных популистских экспериментах на Западе), где он исторически выступает скорее правилом, чем исключением.

<sup>7</sup> См.: Darlington R. A Short Guide to the American Political System. URL: <http://www.rogerdarlington.me.uk/Americanpoliticalsystem.html> (дата обращения: 23.12.2019).

<sup>8</sup> Lerner M. The Key Factor in the Rise of Trumpism That We Continue to Ignore // Washington Post. 2019. 2 January. URL: <https://www.washingtonpost.com/outlook/2019/01/02/key-factor-rise-trumpism-that-we-continue-ignore/> (дата обращения: 23.12.2019).

## 9. Англо-саксонский нарратив русской правовой истории с позиций антропологического подхода

В этой связи правомерен вопрос: почему явление авторитарного сдвига в понимании законности, жёстко и эмоционально формулируемое в отношении России, как правило, не обращает на себя столь же заботливого внимания западных исследователей в других регионах мира. Объяснение состоит, по-видимому, в том, что российская правовая культура для западного сознания воспринимается одновременно как «своя» (ибо имеет с ней сходство) и «другая» (ибо демонстрирует существенные отличия). Преодолеть этот когнитивный диссонанс довольно трудно, особенно, не допуская выхода за рамки идеально-типической модели правового государства, сформировавшейся в западноевропейской исторической ойкумене, обретшей там статус «акта веры», хотя и сталкивающейся сегодня с растущими вызовами популизма, поиска национальной идентичности и попытками критического пересмотра конвенциональной интерпретации либеральной доктрины прав человека. В этой перспективе российская правовая модель — столь похожая и одновременно столь отличная от принятого нормативного стандарта — начинает восприниматься едва ли не как вызов или «ревизия» западным ценностям (что не очевидно, например, в отношении китайской, никак не соотносящейся с ними).

Результатом когнитивного диссонанса часто становится конструирование стереотипов (или мифов) об особенностях российской культуры в целом и правовой в частности, которые имеют свойство к устойчивому воспроизводству. Нет спора, что некритические заимствования в России западных правовых форм порождают иллюзию их сходства в разных культурах, но столь же некритична бывает порой абсолютизация их различий. На эту сторону дела указывал ещё В. О. Ключевский в своём сочинении о записках иностранцев о России. Комментируя один из таких самовоспроизводящихся мифов — пущенное Герберштейном известие о том, что русские женщины упрекают в холодности мужей, если те не бьют их, — он писал: «Понятно, как разборчиво и осторожно надобно пользоваться известиями иностранцев о Московском госу-

дарстве: за немногими исключениями, они писали наугад, по слухам, делали общие выводы по исключительным, случайным явлениям, а публика, которая читала их сочинения, не могла ни возражать им, ни поверять их показаний»<sup>9</sup>.

Не является ли аналогичным мифом современное доминирующее представление западной прессы о тотальном правовом нигилизме русских, радикальном отличии русской правовой эволюции от западной (которая, как становится понятно, отнюдь не столь едина) или, напротив, её уникальности (которая не очевидна в сравнении с другими регионами мира), а также неизменно деспотическом характере российской государственности — от Петра до Путина? Автор, по-видимому, интуитивно ощущает это неудобство и стремится найти выход из него средствами исторического и правового анализа.

## 10. Может ли советская теория государства и права служить объяснением российской правовой традиции?

Представленная книга — амбициозный компендиум, охватывающий три столетия, который пытается если не развенчать западные стереотипы, то, по крайней мере, найти рациональные аргументы для их содержательного анализа и верификации. Автор не избежал соблазна создателей обобщающих трудов, которые для обработки и структурирования значительного исторического материала вынуждены уложить его в единую простую схему. Но всякая схема, особенно логичная, начинает докучать над интерпретацией — ведёт к упрощению реальности. Так произошло и с ключевым авторским тезисом, будто бы «теория государства и права», сформулированная в советский период, — является подлинным выражением всей российской правовой эволюции и её основных неизменных констант.

Эти константы, состоящие в приоритете государства, зависимом от него характере права и его *преимущественно* функциональном использовании, зафиксированы государственной школой ещё полтора столетия назад, в сущности, не оспариваются никем и

<sup>9</sup> Ключевский В. О. Сказания иностранцев о Московском государстве. М.: Прометей, 1991. С. 14.

действительно выражают исторические особенности формирования российской правовой системы. Но их советская (и особенно сталинистская) интерпретация (в сравнении как с имперской, так и с постсоветской) едва ли может быть принята серьёзным исследователем в качестве аутентичного выражения и критерия измерения русской правовой традиции, поскольку полностью извращает правовой характер норм, делает их номинальными, подменяя чисто социологическим (идеологическим) конструированием правовых отношений, а на практике ведёт к обоснованию антиправового строя и экстремизма государственной власти, не скованной ни религиозными (как в имперский период), ни международно-правовыми и конституционными (как в позднесоветский и постсоветский период) нормами.

Замкнув себя в прокрустово ложе советской теории «государства и права», автор не смог предложить значимых рекомендаций по пересмотру российской правовой системы, хотя и преисполнен доброй воли сделать это. «Никто, — заключает он, — не может предсказать, как долго продлится существование унифицированного государства и властной вертикали Путина, но маятник обязательно качнётся в другую сторону, и когда это произойдёт, российское право снова окажется в центре как критический фактор в любом будущем политическом переходе» (с. 169). В этой системе переход от режима «законности» к «правовому государству», который, по его мнению, должен стать содержанием реформы, возможен только по инициативе самого государства, но последнее, не будучи правовым, едва ли может пойти на этот шаг без риска дестабилизации системы по региональному параметру и утраты управляемости ситуаций. И где гарантия, что, предприняв реформы, государство будет руководствоваться западным идеалом правового государства, а не новой версией функциональной интерпретации права? В целом это «логический круг», в рамках которого на поставленный вопрос у автора, согласно его собственному признанию, «пока нет ответа» (с. 168).

Вся авторская концепция эволюции российского права, как ни парадоксально, имеет тот же фундаментальный дефект, что и марксистское учение о государстве и праве, — она слишком абстрактна и, претендуя на объяс-

нение всего, на деле объясняет очень немногое. На практике она способна иметь даже дезориентирующий эффект, редуцируя российскую философию права до апологии государства, объявляя неизменными его правовые основы через века, признавая несущественными или второстепенными либеральные периоды русской правовой эволюции, игнорируя медленную, но неуклонную эволюцию основных правовых институтов (несмотря на их катастрофический срыв в XX веке), а праву в русской истории отводя исключительно инструментальные функции. Всем этим она обобщает прежде всего *негативные аспекты традиции*, дезавуируя *позитивные* — ставя под вопрос значение трудной, длительной и жертвенной борьбы русского гражданского общества за полноценный правовой порядок, поступательные движения в этом отношении (особенно заметные в сравнении с предшествующими этапами и некоторыми другими, более авторитарными соседями России), а также перспективы его достижения в обозримый период.

Надо отдать должное автору рецензируемой книги: продолжая всецело стоять на позициях европоцентризма и западного (точнее, англо-саксонского) исторического нарратива о России (выход за пределы которого означал бы его разрушение), он, тем не менее, допускает возможность *частичной* его корректировки — в виде признания самостоятельного значения права как фактора русской политической эволюции, попыток выявить аутентичный смысл ряда ключевых правовых конструкций и понятий, демонстрируя стремление прагматически разобраться в механизме их реального исторического функционирования, и даже не исключая со временем превращения России в «правовое государство» западного типа. Возможно, данная книга, если мы правильно поняли устремления автора, — первый, хотя и робкий, шаг в сторону осторожной корректировки современного западного мейнстрима о фатально «нелиберальной» и «деспотичной» России в перспективе признания исторической «нормальности» её правовой эволюции.

Библиографическое описание:

Медушевский А. Государство и право: метаморфозы российской законности за 300 лет: Рецензия на книгу: Pomeranz W.E. Law and the Russian State:

Russia's Legal Evolution from Peter the Great to Vladimir Putin. London; New-York: Bloomsbury Academic Publishing, 2019 // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 2 (135). С. 118–133.

## The state and law: metamorphoses of the Russian legality over 300 years

### Book review

*Pomeranz W. E. Law and the Russian State: Russia's Legal Evolution from Peter the Great to Vladimir Putin. London; New-York: Bloomsbury Academic Publishing, 2019*

### Andrey Medushevsky

Doctor of Sciences (Philosophy), Tenured Professor, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: amedushevsky@mail.ru).

### Abstract

The comparative analysis of different legal cultures and traditions is an important target of jurisprudence in the epoch of globalization regarding such issues as common and original aspects of various legal systems, norms and institutions, their evolution in history and cross-cultural influences. The substantive part of this research strategy includes clarification of value-systems, legal stereotypes, and even prejudices of different nations as represented in a long-term historical evolution and modes of its evaluation by domestic and foreign observers in contested narratives. The book under review demonstrates an interesting and controversial approach to this subject by using a *de facto* anthropological reconsideration of the Russian legal tradition covering the significant historical period from Peter the Great to Vladimir Putin. The author postulated the original character of the Russian legal tradition describing its essence as the eternal reproduction of a very specific form of legality, namely, functional or administrative-legal regulation of society by the state. He argues that this functional paradigm codified in the soviet theory of state and law, in reality, reflects the genuine structure of legal thinking, mechanism of power and ideological ground of the Russian statehood during the periods of Empire, Soviet dictatorship and Post-Soviet government. Thus, for the author of the book, it seems to be a formula of power symbolizing the historical continuity of the Russian legal culture as well as its main difference from the Western law-based state. The author of this review demonstrates the positive and the negative sides of this scheme of the Russian legal tradition: while it is a logical explanation for the evident and undisputable priority of the state over society in Russian history, this theory

of functional legality leads to the apparent oversimplification of country's complex legal evolution and its place in comparative perspective. From the anthropological point of view, this concept provides a very clear image of the dominant Anglo-Saxon narrative of the Russian legal past and present with all its stereotypes, shortcomings, and beliefs. Reconsideration of these historically formed mental stereotypes on a neutral and value-free base could be helpful for the reliable understanding of the paths of Russia's legal transformation in the new globalized world.

### Keywords

Russian legal tradition; history narratives; law; state; legality; legal dualism; autocracy; legitimacy; Putinism; legal stereotypes; legal reforms.

### Citation

Medushevsky A. (2020) Gosudarstvo i pravo: metamorfozy rossiyskoy zakonnosti za 300 let: Retsenziya na knigu: Pomeranz W. E. Law and the Russian State: Russia's Legal Evolution from Peter the Great to Vladimir Putin. London; New-York: Bloomsbury Academic Publishing, 2019 [The state and law: metamorphoses of the Russian legality over 300 years: Book review: Pomeranz W. E. Law and the Russian State: Russia's Legal Evolution from Peter the Great to Vladimir Putin. London; New-York: Bloomsbury Academic Publishing, 2019]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, vol. 29, no. 2, pp. 118–133. (In Russian).

### References

- Gradovskiy A. D. (1901–1904) Nachala russkogo gosudarstvennogo prava [The beginnings of the Russian state law]. In: *Sobranie sochineniy A. D. Gradovskogo. T. 7–9* [The collection of works by A. D. Gradovskiy. Vols. 7–9.], Saint Petersburg: Tipografiya M. M. Stasyulevicha. (In Russian).
- Ellinek G. (1903) Obshchee uchenie o gosudarstve [The common teaching on state], V. M. Gessen, L. V. Shalland (eds.), Saint Petersburg: Tipografiya tovarishchestva "Obshchestvennaya pol'za". (In Russian).
- Klyuchevskiy V. O. (1991) *Skazaniya inostrantsev o Moskovskom gosudarstve* [Tales by foreigners about the Muscovite state], Moscow: Prometei. (In Russian).
- Korkunov N. M. (1893) *Russkoe gosudarstvennoe pravo: kurs lektsiy. T. 1* [Russian state law: series of lectures. Vol. 1], Saint Petersburg: Tipografiya M. M. Stasyulevicha. (In Russian).
- Korkunov N. M. (1894) *Ukaz i zakon* [Decree and law], Saint Petersburg: Tipografiya M. M. Stasyulevicha. (In Russian).
- Medushevsky A. N. (2017) *Politicheskaya istoriya russkoy revolyutsii: normy, instituty, formy sotsial'noy mobilizatsii v XX v.* [Political history of Russian revolution: norms, institutions, forms of social mobilization in the XXth century], Moscow; Saint Petersburg: Tsentr humanitarnykh initsiativ. (In Russian).