

Право и справедливость в политических дебатах постсоветского периода*

Андрей Медушевский

Следует ли законопослушному гражданину повиноваться несправедливым законам? Как вообще соотносятся позитивное право и справедливость в условиях быстрых социальных изменений и каковы научные критерии их оценки? Что думают по этому поводу не только профессиональные юристы, но и сторонники консервативных, левых и либеральных течений? Констатируя нерешенность этих вопросов и растущее напряжение между позитивным правом и представлениями о справедливости в постсоветской России, автор демонстрирует конкуренцию и вариативность стратегий юридического конструирования реальности по таким ключевым параметрам, как отношения собственности, национальная идентичность и государственное и политическое устройство. Он выдвигает собственное видение рационального соотношения легитимности, законности и эффективности юридических решений, призванное преодолеть конфликт права и справедливости, политического разума и общественного идеала.

→ *Разум; право; справедливость; собственность; национальная идентичность; общественный идеал; постсоветские дебаты*

Соотношение понятий права и справедливости — центральный элемент политических дебатов в условиях радикальных социальных изменений.

Право определяется в современной науке как специфическая форма социальной организации, выступающая как ценность, норма и факт. Комплексное рассмотрение права как многомерного феномена возможно лишь с учетом всех этих трех конкурирующих параметров. Проблема, однако, в том, что идеальная конструкция правовой нормы (обоснованная в рамках современного метаюридического подхода) определяется наличием таких ее параметров, как справедливость (на чем настаивает юснатурализм), законность (о чем говорит нормативизм) и эффективность (к чему призывает реализм), которые на практике могут противоречить друг другу, пересече-

ваться или проявляться один через другой. Право может восприниматься поэтому как справедливое, но не соответствующее позитивному закону, как соответствующее его нормам, но неэффективное. Каждый из элементов триады вступает в конфликт с двумя другими¹.

Другая проблема состоит в определении понятия «справедливость». В современной литературе по этому вопросу представлено три основных позиции: идея распределительной справедливости (формального равенства возможностей при формулировании правового порядка)², идея легалистской справедливости (приоритет норм действующего позитивного права перед абстрактными нравственными нормами)³ и идея комбинирования позитивного права и традиций правосознания данного общества как основы справедливости⁴. Эта последняя концепция выводит проблему на более широкий уровень взаимодействия права, этических представлений общества и исторической традиции их сосуществования и применения на практике.

В условиях глобализации и информатизации рост диспропорций и неравенства в мире

* В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0038, реализованного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ в 2012–2013 годах». Публикуется в рамках проекта Института права и публичной политики «Двадцать лет демократического пути: укрепление конституционного порядка в современной России» (2011–2013).

повсюду ведет к конфликту между действующим позитивным правом и представлениями людей о справедливости (равенстве, ответственности, доверии, выполнении взятых обязательств и т. п.), причем законодательное регулирование часто не поспевает за изменением общественных настроений и стереотипов сознания по этим параметрам. В настоящее время обсуждение данной проблематики в мировой науке вышло за национальные границы⁵. Спор об этических основах конституционного права и политических решений типичен для вполне развитых демократий, но тем более он актуален для обществ переходного типа⁶. В них все чаще в различных формах социального протеста и акциях гражданского неповиновения звучат заявления об ограниченности, несправедливости или социальной неэффективности норм действующих конституций и законов.

Важность постановки этой проблемы применительно к постсоветской России не вызывает сомнений, поскольку конфликт права и справедливости достиг здесь высокой степени напряженности, а для его разрешения необходимы полноценная научно обоснованная стратегия и эмпирические исследования. В постсоветской России особенно актуальна классическая дилемма, сформулированная Р.Дворкиным: следует ли законопослушному гражданину повиноваться несправедливым законом? Для ее решения обществу (прежде всего, основным политическим акторам, аккумулирующим общественные настроения) необходимо прийти к пониманию критериев законности и справедливости правительственных решений в соответствующей области, а также критериев их легитимного пересмотра в контексте существующей системы авторитарной модернизации. Но в нашей науке эти вопросы еще далеки от полноценной систематической разработки, особенно с учетом национальной специфики и динамики переходных процессов.

Действительно, ценностное измерение права показывает его соотношение с господствующими в обществе представлениями о справедливости, которые являются продуктом доминирующих исторических традиций, идеологических концепций и общественных настроений. Социальный диалог по проблемам права и справедливости, равенства, распределения собственности и, в целом, вы-

работки «правил игры» по базовым вопросам политической конкуренции в постсоветской России находится на начальной стадии. В этой области отсутствуют ясные правовые и функциональные подходы (например, при определении легитимности конституционных поправок), оказываются возможными чрезвычайно спорные законодательные решения, политические и судебные срывы. Поэтому систематизация материала по проблеме и своевременное обращение к его изучению важны, как с теоретической, так и с практической точки зрения, для более четкого определения ключевых категорий в общественных дебатах о праве и справедливости, выстраивания системы критериев доказательной проверки их применения, определения возможностей и границ прогнозирования потенциальных конфликтов и эмпирической верификации данных о реализуемой правовой политике.

В рамках публичной этики представлены различные варианты соотношения права и справедливости: преобладание нравственности над правом, права над нравственностью или поиск их оптимального соотношения с учетом эффективности в данном обществе. Существен вклад в дискуссию основных идеологий — консерватизма, национализма, либерализма, социализма и их комбинированных вариантов⁷. В данной статье с позиций когнитивно-информационной теории представлена реконструкция основных параметров права и справедливости при решении ключевых проблем общественного переустройства в переходный период.

Конфликт права и справедливости: юридическое конструирование постсоветской реальности

Когнитивно-информационная теория видит решение проблемы гуманитарного познания в изучении целенаправленного человеческого поведения, которое, развиваясь в эмпирической реальности, неизбежно сопровождается фиксацией результатов исследования, созданием интеллектуальных продуктов. Эти последние и становятся отправной точкой доказательного познания и рационального конструирования образа общества⁸. Юридическое конструирование (и выражающие его проекты решения ключевых проблем) выступает в этих условиях как полноценный когни-

тивный ориентир для понимания смысла идущих в обществе процессов. Оно, с одной стороны, активно конструирует новую правовую реальность, с другой — актуализирует проблемы легитимности правовых решений, их селекции с точки зрения востребованности обществом. В условиях постсоветского переходного периода юридическое конструирование охватывает три сферы когнитивной адаптации: пространство, время и смысл существования, выявив острый конфликт права и справедливости по этим фундаментальным экзистенциальным параметрам⁹.

Конструирование пространства (создание когнитивного ландшафта) как категории юридической картины мира включает вопросы российской цивилизации, ее места между Западом и Востоком, отношения к глобализации, суверенитета¹⁰. Масштаб затронутых проблем выходит за рамки чисто юридической составляющей и представляет собой цивилизационный выбор. Неопределенность термина создает возможность для разных подходов и выводов о том, что есть «российская цивилизация»: следует ли ее понимать как европейскую, глобальную («евразийская цивилизация») или как уникальную («российская цивилизация как таковая»). Подход с позиций теории «конфликта цивилизаций» к ситуации глобализации используется романтиками для интерпретации российской культурной и геостратегической уникальности. Россия предстает не как часть европейской цивилизации, но как самостоятельная, несравнимая с другими цивилизация. В этом контексте решаются вопросы соотношения международного и национального права и границ государства. На практике это находит выражение в спорах об отношении к европейскому праву, решениям международных судов по правам человека, касающимся внутренней политики¹¹. Предметом обсуждения являются три основных позиции: приоритет международного права перед национальным; приоритет национального права перед международным и компромисс между ними — тезис о том, что эти решения могут приниматься судами только в том случае, если не противоречат суверенитету, заключенным договорам, основным правам, закрепленным в Конституции.

Конструирование времени как категории юридической картины мира (или темпо-

ральное конструирование) связано с проблемой исторической легитимности права: в какой мере постсоветский разрыв правовой традиции закономерен и случаен, насколько длительна историческая преемственность современной правовой системы (является ли она принципиально новым феноменом или продолжением советской или досоветской правовой реальности) и до какой степени, следовательно, допустимо ретроактивное толкование права¹². Данный спор концентрируется на оценке перестройки, крушения СССР и формирования современной политико-правовой системы и включает противоположные позиции — от жесткого неприятия этих перемен как «национального предательства» до их принятия и активной поддержки как естественного результата коммунистического эксперимента и формы адаптации к реальности глобализирующегося мира¹³. Эти проблемы актуальны в контексте постсоветских юридических решений, которые конструируют новую реальность не только для настоящего и будущего, но иногда и для прошлого: изменение отношений собственности; изменение экономических ожиданий, ставящее под вопрос принцип равенства правовой защиты; даже переписывание истории путем принятия правовых решений, содержащих оценку исторических процессов и явлений¹⁴.

Конструирование смысла существования (или создание когнитивной карты реальности) определяется юридическими решениями, связанными с поиском национальной идентичности в меняющемся мире. Примером может служить длительный и безуспешный поиск так называемой «национальной идеи» — единой формулы самоидентификации нации¹⁵. Национальная идея в этой консервативной интерпретации не является феноменом исторического опыта или результатом академических исследований, но скорее феноменом массовой культуры, «коллективного бессознательного», искусственно созданным проектом — комбинацией образов прошлого и будущего. Поиск «национальной идеи» как консервативная реакция на глобализацию коррелирует с идеей «особого пути» исторического развития, предопределенного инвариантами российской политической культуры, и предполагает ценностную интерпретацию правовой системы в «национальном духе» в смысле германской «историче-

ской школы права» XIX века или архаических теоретических конструкций русского дореволюционного консерватизма¹⁶. Эта идея включает вариативность процессов и подразумевает известный фатализм — идею национального предопределения или всемирной миссии, которая основана на истории и не может быть изменена. Вывод состоит в том, что «русская идея» является фундаментально антимодернистской и антизападной¹⁷. Возрождение евразийских теорий ведет к самоизоляции и национализму в форме авторитарных доктрин и политической практики¹⁸. Этические (экстраправовые) аргументы становятся для политических романтиков решающими при определении социальной значимости фундаментальных юридических актов — действующей Конституции и основных кодексов. «Патриотическая» и «антипатриотическая» составляющие присутствуют в интерпретации «знаковых» судебных решений, включая противоположные позиции судов постсоветских стран по вопросам исторической памяти, связанные в одних случаях с осуждением советского прошлого, в других — с восстановлением ценности прежних символов¹⁹.

Соотношение параметров юридического конструирования социальной реальности выявляет противоречие права и справедливости, а также противоположные стратегии его разрешения — по линии разума, исторической традиции, действующего позитивного права или опыта, ориентации этих решений на прошлое, настоящее или будущее.

Традиция против нормы: социальное равенство и новые отношения собственности

Важным измерением проблемы справедливости в постсоветский период стал передел собственности, в советское время находившейся под тотальным контролем государства. В дебатах периода перестройки собственность воспринималась скорее как идеологическое, чем правовое понятие; в них представлены диаметрально противоположные подходы к соотношению государственной и частной собственности; трудности реализации рыночных реформ в силу отсутствия представления о том, что такое рынок, наконец, опасения относительно последствий этих

реформ, исходя из идеологических фобий, а не рационального расчета, выявление конфликта собственности и справедливости, ставившегося основой традиционалистски мотивированного протеста. Это ставило под вопрос легитимность самого института собственности и его правового обеспечения. Легитимность (или нелегитимность) собственности определяется тремя измерениями: порядком ее распределения в обществе, способами ее приобретения в прошлом и средствами ее защиты в настоящем.

Первое из этих измерений — представление общества о справедливом или несправедливом порядке распределения собственности — определяется во многом статусом права собственности в общественном сознании: является оно фундаментальным (естественным и неотчуждаемым) правом или, скорее, приобретенным и, следовательно, отчуждаемым правом²⁰. В ходе постсоветской дискуссии были поставлены вопросы легитимности существующих форм собственности. Один аспект — что такое собственность — выявил трудности процесса освоения новых реалий: оказалось не вполне понятным, что представляет собой собственность как юридическая и экономическая категория, сколько существует форм собственности, какое место среди них занимает так называемая «социалистическая собственность», насколько частная собственность совместима с «социалистическим выбором». Другой аспект той же проблемы конституционного закрепления собственности содержит вопрос: о какой собственности — частной или публичной — идет речь? Проблема формулировалась предельно четко: следует ли включать в Конституцию гарантии прав частной собственности? В этом контексте чрезвычайно показательны споры о таком юридически бессодержательном понятии советского права, как «коллективная собственность». Справедливо констатируя, что здесь «прослеживается какая-то коммуна, то есть что-то общее, неделимое», участники дебатов отметили целесообразность замены этой рудиментарной конструкции понятием ассоциированной (долевой) собственности или собственности «членов трудового коллектива», что вызывало у них ассоциации с «народным капитализмом»; наконец, выдвигались различные предложения о том, что делать с этой собственностью, вплоть до

наивной анархической идеи децентрализовать промышленность и передать ее рабочим.

Второе измерение проблемы легитимности собственности — вопрос о времени (исторической давности) и характере (правовом или неправовом) ее приобретения. В России в XX веке отношения собственности менялись трижды (национализация в 1917 году, сплошная коллективизация в 1929 году и переход к частной собственности в 1993 году), причем каждый раз с разрывом правовой преемственности. В современной России непрочность легитимности права частной собственности связана с отсутствием длительного исторического опыта ее существования. Так, одна часть общества апеллирует к предшествующей советской традиции, в принципе исключавшей право частной собственности на землю и предприятия, другая — к правовым формам, существовавшим до революции 1917 года. Продолжая эту линию вглубь истории, мы сталкиваемся с проблемой правового дуализма — конфликтом позитивного права собственников-землевладельцев и обычного права крестьянства с его неопределенными правами на пользование землей. Так мы приходим к проблеме крепостного права и правомерности его возникновения, а также юридических параметров его функционирования (следует понимать его как прикрепленность крестьянина к помещику или земле). Вопросы исторической легитимности собственности продолжают оставаться предметом острых общественных дискуссий в связи с юбилеями революций 1905—1907 годов и 1917 года²¹, аграрных реформ С. Ю. Витте и П. А. Столыпина, а также со 150-летием отмены крепостного права в 1861 году, осмыслением социального конструирования периода сталинизма, наконец, с распадом СССР²².

Различные трактовки исторической легитимности собственности определяли противоположные позиции в дебатах переходного периода.

Первый аспект проблемы исторической давности связан с решением вопроса о социальной справедливости перераспределения собственности в прошлом. Он нашел концентрированное выражение в спорах о соотношении рыночной конкуренции и «эксплуатации». Сторонники «социалистического выбора» категорически отвергали новые механиз-

мы мотивации труда с помощью исторических аргументов «Что же, — спрашивали они, — революцию в 1917 году наши деды и прадеды делали от безделья? Социализм подразумевает справедливость среди людей, отсутствие эксплуатации человека человеком». «Социалистическая собственность» представлялась им несовместимой с частной собственностью, с «отчуждением работников от средств производства», с «эксплуатацией» и безработицей, то есть с основными элементами рыночной конкуренции. Однако попытки юридически определить экономическое понятие «эксплуатация» показали бесперспективность этого занятия: «никто точно не может определить ту меру, где она начинается, какая должна быть величина прибавочного продукта» и т. д. Более того, эксплуатация начинала рассматриваться «как следствие любой монополии, когда отсутствует выбор приложения сил», а значит, допускалась мысль о ее возможности в плановой экономике²³. Эти паллиативы отражены в Законе СССР «О собственности в СССР»²⁴.

Другой аспект проблемы исторической давности и определения ее границ в Центральной и Восточной Европе оказался связан с проблемой реституции собственности — возвращения бывшим владельцам собственности, неправомерно отторгнутой в ходе коммунистической революции. В современной России, где вопрос о реституции не был решен положительно, православная церковь (а вслед за ней и другие традиционные конфессии), являвшаяся до революции крупнейшим землевладельцем, особенно интенсивно использует эти исторические аргументы для восстановления (если не полного, то частичного) своих прав собственности на землю и имущество.

Третий аспект проблемы исторической давности в современных политических дебатах связан с логикой национальных конфликтов — возникновением в постсоветских республиках различных мифов и конструкций прошлого, цель которых — легитимировать существование данного народа на определенной территории и доказать его «историческое право» на владение занимаемой землей и природными ресурсами (в особенности, если их перестает хватать на всех). Столкновение двух концепций постсоветского федерализма — договорного и конституционного — свя-

зано именно с тем, что первая легитимирует исключительные права субъектов на землю и ресурсы, вторая не допускает столь жесткой трактовки их исторических прав на земельную собственность.

Третье измерение проблемы легитимности собственности — применяемые способы ее защиты. Основу правовой реальности современного мира составляют такие понятия, как собственность и договор, однако в условиях, где гражданско-правовые институты не укоренились, понятие собственности по большей части лишено четкого правового смысла, а модернизация требует направленного административного вмешательства и правового регулирования. Либеральный принцип защиты прав собственника, с одной стороны, и необходимость регулирования отношений собственности в условиях социальных преобразований, с другой — центральное противоречие, с которым столкнулось демократическое общество в XX веке. Эта социальная реальность совершенно по-иному ставит проблему легитимности государства в обеспечении и трансформации отношений по земельной собственности.

В постсоветский переходный период представлено три концепции роли государства: сохранение его вмешательства в отношения собственности (традиционная коммунистическая позиция), минимализм такого вмешательства (классический либеральный подход) и разделение собственности и государства при сохранении за последним регулирующей роли в переходный период (прагматически-административный подход). В настоящее время консервативная программа социальных реформ, основанная на идеях солидаризма, исходит из того, что частная собственность как таковая не отвергается (это требование звучало в условиях переходного периода), но предполагается поставить ее под социальный контроль в рамках партнерства общества и крупного бизнеса, ввести прогрессивную шкалу налогообложения. Прагматический подход усматривается в принципе «социального государства» или концепции «социальных функций права»: защита собственности как важнейший приоритет не исключает перераспределения имущества в ходе реформ, но позволяет осуществить это правовым путем (с предоставлением справедливой компенсации собственнику) и с сохранением це-

левого назначения собственности. Отсюда — острота дискуссии по вопросу о понятии «социальное государство», о пересмотре итогов приватизации 1990-х годов, размерах справедливой компенсации и критериях ее определения.

Конфликт трех направлений легитимации собственности особенно четко проявился в решении земельного вопроса. Проблема распределения собственности представлена в постсоветских дискуссиях о конституционном закреплении государственной или частной собственности на землю²⁵. Сторонники немедленной приватизации земли видели в этом способ «обеспечения права равного доступа к земле», рациональный инструмент изменения мотивации к труду, противники — способ захвата земли «непорядочными людьми, нажившими средства незаконным путем, как, например, многие кооператоры»; они опасались спекуляции лучшей землей «как при золотой лихорадке на Аляске», возрождения малоземелья в национальных окраинах, разрушения традиционного быта малых народов, говорили о невозможности планировать земельные реформы из Кремля.

Вопрос об исторической давности включал дебаты об исторической легитимности собственности — обращение к советскому или досоветскому прошлому. Сторонники частной собственности апеллировали к необходимости преодолеть «крепостное право, основанное на марксизме», роспуска колхозов, считали возможным использование опыта дореволюционного земства²⁶. Их противники использовали силу коллективистского традиционализма, восходящего к историческим представлениям о крестьянской общине и колхозном быте: они не допускали и мысли, что «мы перечеркнем завоевания Октября, предадим кровь наших отцов и дедов, разрешим торговать землей-матерью, разрешим частную собственность». Правовая защита собственности представлена различными стратегиями решения земельного вопроса: сохранение государственной собственности на землю и колхозной системы; полноценное включение земли в коммерческий оборот и переход к фермерству; введение различных промежуточных форм, играющих роль социального амортизатора (длительной аренды). Консерваторы, констатируя неготовность крестьян взять землю из-за недо-

статка доверия и бюрократических трудностей, а также особенностей психологии колхозников, указывали на связь государственной собственности с сохранением стабильности политической власти в переходный период. В выступлениях председателей колхозов слышались неприкрытые угрозы оппонентам²⁷. Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о земле, ставшие результатом этих дебатов, являли собой неустойчивый компромисс противоположных позиций²⁸.

Острый конфликт между традиционалистскими представлениями о справедливости (равенстве) и новыми правовыми нормами о частной собственности на землю (как путь к коммерческому перераспределению земли и возникновению неравенства) сопровождал разработку основных юридических документов. Длительная постсоветская дискуссия по проблеме завершилась правовым закреплением частной собственности на землю в Конституции 1993 года и навязанным государственной властью вопреки позиции консерваторов принятием в 2001 году Земельного кодекса²⁹. Следует подчеркнуть, однако, что на момент принятия Кодекса подавляющая часть сельского населения выступала против частной собственности на землю. В последующий период сохраняется ситуация «правовой неопределенности», которая характеризуется тем, что, с одной стороны, происходят фундаментальные изменения (главным из которых следует признать сам факт начала коммерческого использования земли), а с другой — эти изменения носят во многом спонтанный характер и лишь в ограниченной степени регулируются правовым путем³⁰. Отсутствие правовых рычагов влияния на ситуацию заставляет обращаться в регионах к патерналистским квазиправовым способам ее регулирования с целью предотвращения роста социального напряжения.

Солидарность и господство: национальная идентичность и государственное устройство

Солидарность как понятие, выражающее степень социальной интеграции, сплоченности и когнитивного консенсуса в переходном обществе, способна выступать в органической и механической форме. Солидарность

связана с понятием господства — осуществлением власти в институциональных формах, имеющих легитимное или нелегитимное выражение. Поиск их соотношения для достижения общественного единства представлен в направлениях конструирования постсоветской национальной идентичности. Концепция нации и «национального интереса» очень противоречива и включает различные дефиниции: гражданская нация, этническая нация, комбинация обеих, или некоторая сверхнациональная идентичность; нация как предпосылка государства (или империи), соперник незавершенного государства или его воплощение; нация как реальный исторический феномен или социологическая фикция. Такие темы, как «несформировавшаяся нация», «государствообразующая нация», «национальные приоритеты», являются предметом споров о российской идентичности³¹. В соответствии с этим представлены различные концепции господства и критериев легитимности основанных на нем политических институтов постсоветского периода.

Либеральным теориям «нового мышления», «общечеловеческих ценностей», «прав человека» и «правового государства», господствовавшим в 1990-х годах, брошен мощный вызов со стороны консервативной политической теологии и романтики. Консервативная политическая романтика провозглашает, что аутентичная русская цивилизация основана на преобладании национального государства и харизматическом лидерстве какого-либо типа (религиозной или светской идеологии). Естественной формой этой государственности должна быть Империя — сверхнациональная форма правящего класса и правительства (также в искусственно восстановленных архаичных формах). Преобладающая роль русской нации как «государствообразующей» нации должна быть обеспечена в этой Империи фиксированными правовыми нормами, включенными в Конституцию или конституционные законы.

Рациональным конструкциям государства противостоят крайне консервативные доктрины, опирающиеся на идею восстановления так называемой «Русской системы». «Русская система», полагают они, есть особая политическая форма соединения принципов солидарности и господства. Она сформировалась в результате уникального синтеза

западных (Византия) и восточных (монгольское иго) форм, но не идентична им. Наиболее характерными чертами системы, в противоположность западным формам, являются: концентрация собственности и власти в одном центре — в руках правящей элиты, закрепощение всех сословий, абсолютный деспотический контроль государственной власти над обществом, который не может быть ограничен представительными институтами и позитивным правом³². Солидарность в этой интерпретации обусловлена исторически сформировавшимися отношениями общества и государства, а следовательно, тождественна традиционным формам господства³³. В противоположность западному опыту этот тип власти базируется не на равновесии конфликтных социальных интересов, а на интересах самой власти, которая в силу этого не может быть трансформируема в нормальное правовое государство. Государство не было создано правом — как раз напротив, право есть порождение государства, которое получает возможность контролировать общество через религиозные и моральные обязательства и «диктатуру закона». Авторитаризм представляется как единственная возможность обеспечить солидарность общества и остановить разрушение «национальной идентичности». Конституционализм как таковой осуждается многими консервативными романтиками, как искусственный продукт не критической европеизации 1990-х годов.

Решение проблемы национальной идентичности предполагает введение формы государственного устройства, в которой единство государства сочетается с исторической спецификой регионов. В разработанных в постсоветский период концепциях представлен широкий спектр мнений относительно государственного устройства: от создания унитарного государства — восстановления «единой неделимой России» (так называемой «губернализации», то есть структуры управления, существовавшей в Российской империи) до федерации и даже конфедерации (сторонники которой активно выступали в период так называемого «парада суверенитетов» 1990-х годов). Эти споры включают различные оценки закрепленной в Конституции 1993 года модели федерализма: как договорной или конституционной, децентрализованной или централизованной, а также принципиально

различные воззрения на эволюцию этой конструкции и прерогативы центральной власти.

Относительно судьбы действующей модели федерализма (национально-государственного самоопределения республик в рамках Конституции 1993 года и Федеративного договора 1992 года) существуют три позиции: эта модель должна быть отменена (поскольку исторически страна никогда не знала федерализма); она должна быть сохранена именно в своей конституционно закрепленной форме как гарантия прав национальных республик; наконец, федерализм должен быть сохранен как важный элемент сдержек и противовесов, однако действующая его модель (как наследие искусственного и нежизнеспособного советского национально-административного конструирования) должна быть пересмотрена исходя из представлений о гражданской нации. Первый подход выражает идеологию консервативных державников; второй — сторонников прежней советской легитимности (рассматривавшей федерализм как инструмент решения национального вопроса), третий — либеральных прагматиков³⁴.

Отказ от советской концепции федерализма и форм ее правового выражения должен был активизировать поиск новой концепции национальной идентичности (как «гражданской нации» в противоположность «этнической нации»). Это означало разработку концепции федерализма (или, первоначально, широкой культурно-национальной автономии), принципиально отличной от советской: во-первых, субъекты Федерации не привязывались к нациям, а тем более этносам; во-вторых, исключалось право сепарации (юридически неуместное для федеративного государства); в-третьих, приоритет отдавался защите гражданских индивидуальных прав, а не национальных групп или меньшинств. Современные дебаты о модернизации российского федерализма включают именно эти темы: определение конституционной модели федерализма; преодоление асимметричности существующей модели; изменение соотношения национальных и социально-экономических границ субъектов и правовые возможности их пересмотра; бюджетный федерализм, федеральная интервенция, выборность губернаторов и создание эффективных институтов административного и судебного контроля над ними.

Различие подходов к федерализму обуславливает вариативность стратегий решения другой важной проблемы — формирования адекватной структуры законодательной власти. Отсюда возникают вопросы: из одной палаты или из двух палат должен состоять парламент? как зафиксировать верхнюю палату в законодательстве — в качестве административного института (как Государственный совет Российской империи), или как представительство национальных субъектов Федерации (и защиту их прав), или как представительство территориальных общностей, независимо от проживающих на них наций? Этим позициям в определенной мере соответствуют выдвигаемые концепции бикамерализма: сильного (когда две палаты, по существу, равны по своей роли в законодательном процессе, причем верхняя может блокировать решения нижней), слабого (когда эта симметрия и конгруэнтность палат отсутствуют) и промежуточный вариант (когда существует формально слабая модель бикамерализма, но верхняя палата обладает способностью блокировать часть законодательных актов, связанных с федерализмом).

Отсюда различные видения порядка формирования Совета Федерации, его реальной роли в решении конституционных и политических конфликтов (огромные конституционные полномочия верхней палаты по статье 102 Конституции РФ оказываются неустраиваемыми ею); наконец, его функционирования как политического института. Рассматриваются пять основных моделей: корпоративистская, представительства от регионов, законодательного фильтра, беспристрастного арбитра, наконец, буфера в отношении регионов³⁵. Этот перечень будет, однако, неполон без указания на такую крайнюю позицию, как предложение об отмене верхней палаты вообще или замене ее Государственным советом, перспективы и порядок формирования которого остаются предметом обсуждения. Изменения процедуры формирования Совета Федерации (и параллельное воссоздание Государственного совета) в этом контексте есть поиск оптимальной модели бикамерализма в постсоветской России. Этот поиск, как показывают текущие инициативы по реформированию верхней палаты, в том числе выдвинутые с принятием новейших поправок к Конституции 1993 года, далек от завершающей

стадии. Он отражает незавершенность российского федерализма, чрезвычайно различные видения его перспектив и возможностей политической организации в рамках верхней палаты — от стремления к полноценному федерализму до его превращения в номинальный федерализм. Существенное значение имеет конструирование внутреннего пространства — в решениях конституционных судов о границах централизации и децентрализации и ее типах (например, договорная или конституционная модели федерализма), в определении того, в какой мере эти границы должны остаться неизменными, как должны решаться вопросы перераспределения полномочий центральных и региональных органов власти и формироваться сами эти органы (в частности, вопросы формирования губернаторского корпуса и местного самоуправления). Все это вопросы, принципиальные для вектора конституционно-правового развития.

Поиск согласования принципов солидарности и господства в рамках новой национальной идентичности получил концентрированное выражение в текущих спорах о доктрине суверенитета³⁶. В современных дебатах актуализируются такие его интерпретации, как «национальный суверенитет», «народный суверенитет» и «государственный суверенитет», с различными выводами в отношении международного и внутреннего права, федерализма и централизации политической власти — необходимости выстраивания ее «вертикали» или, напротив, расширения социального контроля над ней. Внутренне противоречивая концепция «суверенной демократии», выдвинутая в качестве квазиофициального ответа на вызов «цветных революций», оказалась неприемлемой для крайних течений — консерваторов (отстаивавших суверенитет без демократии) и либералов (требовавших «демократию без прилагательных»). Но она не стала полноценным ориентиром и для прагматиков, поскольку не выдвигала четкого вектора преобразования государственности по мере завершения задач переходного периода.

Право и сила: форма правления и тип политического режима

Важным аспектом дискуссии о справедливости является тема соотношения права и силы.

Сущность конституционного кризиса предстает как противопоставление права (выражения нравственного идеала справедливости) и силы (не опирающейся на справедливость как нравственную основу). Между ними возможны три различных комбинации: перерождение права в силу (в результате чего право становится бессильным и происходит утверждение авторитаризма); столкновение одной силы с другой, когда каждая претендует на то, что является правом (на деле не являясь им в момент столкновения); и наконец, превращение силы в право (когда происходит легитимация существующего порядка вещей). В постсоветский период первая комбинация ассоциировалась с коммунистическим режимом, вторая — с переходным периодом, третья — с перспективными задачами его трансформации в правовое государство. Выражением конфликта права и силы стало разграничение понятий социальной и конституционной революций — ключевой элемент стратегии правовых реформ. Либеральная программа исключала социальную революцию, предполагая, что социальные преобразования должны осуществляться правовыми методами. Однако при решении конституционного вопроса в постсоветский период присутствовали различные стратегии: конституционной реформы и конституционной революции. Понятие конституционной реформы принципиально отличалось от понятия социальной революции тем, что затрагивало исключительно сферу правового регулирования (такие изменения конституции, которые делаются с вынужденным нарушением положений предшествующего основного законодательства). Обосновывая новую программу политического переустройства, сторонники демократических преобразований в принципе отстаивали реформационную стратегию против революционной стратегии, но допускали последнюю как вынужденную меру (не социальная, а именно конституционная революция).

Современные российские споры о правовом государстве в принципе соответствуют тем направлениям, которые представлены в классической юриспруденции. Во-первых, они отражают различие философских концепций права и нравственности, соответственно усматривая в правовом государстве этический идеал, нормы позитивного права,

отражающие социально-психологические или поведенческие стереотипы общества или, скорее, эффективную социологическую конструкцию, представляющую реализованный выбор данной эпохи. Во-вторых, в них ярко проявилось столкновение идеологических установок общественных движений: либералов-западников, консерваторов-почвенников и прагматиков-реалистов, заимствуя у них основные аргументы (принятие западной модели правового государства, отказ от нее во имя сохранения «самобытности» или создание гибридных модификаций). Исходя из этого, типология форм правового государства делает акцент на различных содержательных компонентах: различает либеральное правовое государство (провозглашение верховенства законов, принципа разделения властей и индивидуальных свобод), демократическое правовое государство (дополняющее концепцию широким правом политического участия) и социальное правовое государство (включающее принципы социальных гарантий и их реализации); или, наконец, привносит в данное понятие элементы социальной демократии, национализма или экологических доктрин, порожденных современными конституционными спорами (в том числе связанными с биологическими, экологическими и информационными правами третьего и четвертого поколений). В-третьих, проблемой является вопрос о форме правления и характере политического режима: должен ли он быть демократическим или авторитарным.

Как в начале XX века (в ходе Первой русской революции), так и в его конце реализовалась модель конституционного устройства, вводящего слабый парламент и сильную власть главы государства. В постсоветский период Конституция 1993 года ввела смешанный политический режим французского образца (в его голлистской интерпретации периода установления Пятой республики 1958 года), который, однако, получил трактовку, позволяющую ему функционировать как президентский или даже сверхпрезидентский режим. Режим, созданный в результате конституционной революции 1993 года, во многом напоминал систему, сложившуюся в России после революции 1905—1907 годов, а Конституция 1993 года оказалась схожей с «Основными законами Российской империи» в редакции 1906 года в том, что касается ста-

туса парламента и прерогатив главы государства. Данная система, определявшаяся как «мнимый конституционализм», не была, однако, тоталитарной: в обоих случаях она означала несомненный шаг вперед в направлении принятия принципов правового государства и разделения властей (однозначно отвергавшихся как абсолютистской, так и советской юридической доктрины и конституционной практикой)³⁷. Современная российская Конституция оказалась, следовательно, внутренне противоречивой: реализуя в полном объеме либеральную концепцию прав личности и юридически фиксируя (впервые в российской истории) принцип разделения властей, она в то же время закрепляла достаточно авторитарную модель президентской власти, превращающую ее в движущую силу, решающий (если не единственный) инструмент политического процесса³⁸. В результате возникла конструкция власти, которая формально интерпретируется как смешанная форма правления и совмещает ряд элементов классических форм правления (смешанной, президентской и сверхпрезидентской), но на деле представляет собой оригинальный вариант, прямых аналогов которому нет за пределами постсоветского пространства.

Это открывает возможности для диаметрально противоположных интерпретаций действующей Конституции — с позиций силы или права. Первый подход, реализованный в консервативных проектах политических реформ (крайне правой и левой направленности), представлен идеей «согласования конституции с реальностью» — идеей отказа от правового государства как искусственного продукта европеизации 1990-х годов. Центральная часть консервативной программы и конституционных поправок направлена на пересмотр политической структуры государства в отношении таких принципов, как конституционализм, федерализм, парламентская демократия. Предлагаемая конституционная трансформация включает такие принципиальные изменения, как, например, отмена ценностно-беспристрастного характера позитивного права, светского характера государства и образования, пересмотр и ограничение прав человека и либеральных свобод. Имела место длительная дискуссия о конституционной инкорпорации норм о государственной идеологии или принципов националь-

ной доктрины. Согласно этим руководящим принципам были предложены правовые изменения в конституционное, международное, гражданское, уголовное, семейное, административное право, равно как и в регулирующее деятельность средств массовой информации и пользование Интернетом законодательство³⁹.

Повестка консервативных политических реформ концентрируется на таких аспектах, как легитимность политического режима (которая ставится под радикальное сомнение), конституционные изменения (вплоть до отказа от действующей Конституции), структура власти (которая должна вернуться к историческим прототипам). Неприязнь массового сознания к партиям и политикам, неизбежно трансформирующаяся в неприятие парламентаризма, традиционно используется консерваторами для его критики. Консервативные критики поддержали стратегию ограничения парламентаризма и федерализма, правительственные решения по регулированию деятельности партий и неправительственных организаций, расширению сроков и прерогатив президентской власти, вообще все меры против «агрессивного навязывания западной либеральной политической культуры» в других частях мира. Однако они оценивают их как непоследовательные и недостаточные, требуя радикализации консервативного курса. С этой точки зрения право (конструкция разделения властей) в случае необходимости должно быть пересмотрено с позиций силы — политического господства (которое не опирается на право, но само создает его), а предлагаемый способ пересмотра усматривается крайними националистами не в конституционных реформах, а в «консервативной революции». В конечном счете, под вопрос ставится сама идея правового государства, которое предлагается интерпретировать как диктатуру закона (понятие, не исключающее полицейское государство) или просто как возврат к одной из традиционных форм авторитаризма.

Напротив, идея приоритета права перед силой, господствовавшая в период принятия действующей Конституции, несмотря на революционный характер ее введения, требует восстановления полноценного парламентско-президентского режима и вполне соответствует логике проектов российского либе-

реализма, позволяя осуществить в перспективе его лозунг об ответственном правительстве. С данных позиций актуален прагматический анализ дуалистических систем в истории, причин их неустойчивости, а также особенностей российских переходных режимов. В этом контексте можно рассмотреть следующие вопросы: прерогативы главы государства, соотношение указа и закона, институт исключительного положения, указное право президента и контроль за его применением, метаконституционные полномочия главы государства и границы делегированных полномочий администрации.

Постсоветский конституционный цикл: легитимность и законность политической трансформации

Концепция переходного периода от авторитаризма к демократии сохраняет актуальность по следующим параметрам: соотношение понятий конституционной революции и конституционной реформы; модели конституирующей (учредительной) и конституционной власти; преемственность и разрыв права, в частности выработка правовых гарантий договорных отношений между политическими партиями, социально-психологическая реакция на быстрые политические изменения переходного периода.

Разработка динамической концепции этих изменений, включающих конфликт правосознания и права, возможна с позиций теории цикличности. Конституционный цикл — период, в ходе которого в обществе через известные промежутки времени происходит смена основных состояний конституционного регулирования — от утраты старой конституции (Основного закона) к принятию новой, а затем — трансформации последней под влиянием реальности. Определяющую роль здесь играет социально-психологический компонент — укорененность в умах известных представлений и их последовательная смена под влиянием логики политического процесса. Движущей силой является конфликт правосознания общества (представлений о справедливости) и позитивного права (представляющего в лучшем случае «минимум нравственности»). Механизм цикличности выражается в смене трех фаз: отказ от старого Основного закона (деконституционализация);

принятие нового (конституционализация); и процесс изменения новой конституции под воздействием изменившейся социальной реальности (реконституционализация)⁴⁰.

Постсоветский конституционный цикл (1989–2000-е годы) начал развиваться с растущим осознанием бесперспективности модели номинального конституционализма и однопартийной диктатуры, особенно в период так называемого «застоя», с появлением альтернативной политической культуры (правозащитное движение) и завершается в настоящее время. В этом цикле прослеживаются три основные фазы: деконституционализация — кризис легитимности советской модели номинального конституционализма в союзном масштабе в 1989–1991 годах, а затем в российском в 1991–1993 годах (сопровождавшийся формированием полярных центров учредительной власти и многочисленных проектов социального и политического устройства, ставших предметом интенсивных дебатов в обществе); конституционализация — принятие новой Конституции 12 декабря 1993 года в результате конституционной революции, а в настоящее время, особенно после 2000 года, стали проявляться признаки третьей фазы — реконституционализации. На этой фазе идет трудный поиск соотношения новых конституционных норм (отчасти заимствованных извне, отчасти соответствующих предшествующим российским традициям) и изменившейся социальной реальности. В текущих дебатах (в частности, между властью и оппозицией) чрезвычайную актуальность приобретает вопрос о том, что представляет собой третья фаза современного конституционного цикла: является ли она продолжением предшествующих конституционных реформ или представляет собой их отрицание — возвратное движение к авторитарной модели в одной из многочисленных модификаций?

В этом контексте показательно выдвигание консерваторами идеи реставрации как возвращения к историческим и традиционным (а следовательно, более «справедливым») основам российской государственности. Консервативные романтики в постсоветской России, как и их предшественники после всех радикальных социальных переворотов в истории, считают реставрационный поворот необходимым по таким параметрам, как восстановление «нравственных основ» полити-

ческой системы, исторической конструкции власти, легитимация ее на основе традиционалистских ценностей, пересмотр Конституции в консервативном ключе. Так, для того чтобы восстановить «симфонию» в отношениях между обществом и государством, рекомендуется воспроизвести исторические институты, более соответствующие массовому сознанию, в форме Земского собора или системы Советов как суррогатных форм социального представительства. Идея созыва Конституционного или Учредительного собрания с целью принять новую Конституцию стала популярна в этих кругах. Русская православная церковь играет важную роль в этих дебатах, доказывая преобладающий характер коллективного духа справедливости над индивидуальными правами человека и необходимость включить индивида в традиционную, основанную на религии, систему ценностей. Некоторые авторы идут так далеко, что выдвигают аргументы в пользу восстановления сословной системы, аристократии и даже монархии⁴¹.

Далее, легитимность конструируемого режима, согласно консервативному подходу, должна основываться не на демократическом выборе, но на идее лояльности подданных суверену — государственной власти. В России идея лояльного поведения, подчинения верховной власти становится главной идеей правых идеологических доктрин, таких документов, как, например, проект «Россия», «Русская доктрина», «Манифест просвещенного консерватизма» и т. д., представляющих собой эклектическое смешение старого консерватизма, социализма, национализма, славянофильских и евразийских учений. Наконец, пересмотр Конституции должен отражать данные ценности. Результатом этой программы конституционной трансформации становится возрождение социального утопизма — идеи переструктурирования мировой и внутренней политической повестки в понятиях консервативных ценностей, национальных интересов и авторитаризма, экспорта консервативной мессианской культуры в другие страны мира с целью остановить «гуманитарный империализм Запада» и подрывную активность скрытого «мирового правительства». Высшие принципы российской государственности, полагают консервативные идеологи, должны быть сформулированы и офи-

циально декларированы в качестве «национальной доктрины». Все эти идеи поражают сходством с консервативными доктринами Германии периода Веймарской республики⁴².

Консервативная критика нравственных основ политической системы ведет к предложениям радикальной трансформации действующего права. Среди важных предложенных нововведений: жесткие антикоррупционные меры, восстановление применения смертной казни, ограничение роли международного гуманитарного права и Европейского Суда по правам человека в национальных делах, усиление служб государственной безопасности в плане расширения их прерогатив, даже новое законодательство о туризме, направленное на снижение популярности заграничного туризма. Все подобные инициативы различных консервативных аналитических центров были представлены в выдвинутых проектах доктрин государственного суверенитета, государственной безопасности и информационной безопасности.

Окказионализм — «магическая рука случая» и вера в провиденциального политического лидера — выступает как другая сторона антипарламентских и антипартийных романтических настроений. Язык таких документов сходен с лексикой консервативных романтиков эпохи Бисмарка или Наполеона III и воспроизводит многие идеологические штампы Веймарской Германии, Италии при Муссолини, Испании при Франко или Франции при Салазаре и Петене, но не заимствован из учебников современных историков или политологов⁴³.

Рестаурационные идеи вполне соответствуют вектору реальной трансформации конституционного строя. Как в старой, так и в современной литературе критики обращают внимание на феномен параллельной конституции — изменения и преобразования конституции путем ее толкования и интерпретации. Дискуссия о том, являлась ли историческая модель ограничения власти в России начала XX века полноценной конституцией или представляла собой скорее феномен мнимого конституционализма, не привела к однозначному решению. Но его не существует и в отношении современного конституционного строя, который определяется как направляемая демократия, параконституционализм, авторитаризм и даже латентная монархия. По-

правки, принятые к Конституции 1993 года в 2008 году, очевидно, не только не останавливают, но еще более укрепляют данный вектор развития конституционализма, вплотную подводя к реализации модели имперской президентской власти.

Конфликт права и справедливости, сформировавшийся в условиях конституционного кризиса периода перестройки и особенно в 1991—1993 годах, стал основой циклической динамики постсоветского конституционализма. Обозначив разрыв легитимности и законности, он заложил основу дебатов по всем ключевым вопросам: соотношение конституирующей и конституционной власти (необходимость созыва Конституанты или решение вопроса путем внесения поправок в действующую Конституцию), возможность конституционной революции («консервативная революция» в противовес «цветным революциям») и конституционной реформы (стратегия последней интерпретируется в пользу консервативного поворота), учет срывов на этом пути (феномен переворотов в праве, конституционного параллелизма и мнимого конституционализма); разработка проведения административных и судебных реформ в обществе переходного типа; заимствование иностранных моделей и их эффективного функционирования в других социальных условиях; стратегия и тактика конституционных преобразований⁴⁴. Предметом дебатов оказались вопросы политических прав и свободных выборов, отношения интеллигенции к власти (сотрудничества с правительством и лояльности ему или отказ в них), легитимности действующей власти с позиций традиционализма или модернизации⁴⁵. Реакцией общества на трудности завершающей стадии постсоветского цикла стало появление концепции постсоветской реставрации, одновременно оспаривающей справедливость и законность современного политического порядка и выдвинувшей жесткую и опасную альтернативу либеральной модели конституционализма.

Эффективность права: проблемы судебной интерпретации конституционализма

Право, как констатировалось в начале данной работы, включает такие составляющие, как ценность, норма и факт. Ценностный ас-

пект права трудно, однако, отделить от его фактической реализации. Но именно эффективность права ставится под сомнение в обществах постсоветского типа по таким критериям, как направления судебного толкования права, применяемые доктрины и окончательность судебных решений, их беспристрастность и легитимность.

Во-первых, существенное значение имеет соотношение нейтрализма и активизма в судебном толковании Конституции⁴⁶. Применительно к постсоветскому пространству судебный активизм был доминирующей философией конституционных судов с 1990-х годов, когда решался вопрос о выборе политической системы и определении критериев ее оценки с позиций преодоления авторитарного правления⁴⁷. Он способствовал укреплению последовательного процесса конституционных реформ во время переходного периода и сохранению сдержек и противовесов конституционного правления⁴⁸. В период укрепления новой политической системы в деятельности Конституционного Суда РФ начинает преобладать нейтральная позиция в осуществлении контроля конституционности. Наконец, последующий консервативный поворот в развитии конституционализма, связанный со стремлением обеспечить «стабильность» и «управляемость» ситуации и укреплением для этого исполнительной вертикали власти перед угрозой внешних и внутренних вызовов, поставил на повестку дня вопрос о пересмотре принципов и технологий судебного толкования с позиций «активизма наоборот» — самоустранения от решения наиболее острых вопросов⁴⁹. Так, Конституционный Суд РФ отказался рассмотреть вопрос о конституционности поправок 2008 года, хотя по закону о нем он имеет право рассматривать все законы на предмет их конституционности. Аргументация Суда состояла в следующем: Конституционный Суд не рассматривает законопроекты, пока они еще не стали законом, но не может рассматривать и закон о поправках, поскольку они уже стали частью Конституции, а Суд не вправе рассматривать конституционность положений Конституции. Это означает, что в случае принятия «неконституционных конституционных поправок» (используя знаменитую немецкую формулу) последние не могут быть оспорены в суде. Оппозиция интерпретировала данные поправки

(и прежде всего увеличение президентского мандата до 6 лет) именно таким образом, а в отказе Суда рассмотреть их увидела проявление консервативной политической позиции.

Во-вторых, имеют значение используемые доктрины — проконституционного, исторического, телеологического толкования или их соотношение, доктрина «живого права» или «невидимой конституции», так называемой первичной законности, доктрина «необходимости» или даже «революционной законности», а также свобода Суда в смене этих доктрин. Сюда следует отнести явное или скрытое обращение к доктринам, позволяющим Конституционному Суду уклониться от принятия решений о конституционности (как доктрина «политических вопросов» или «усмотрения законодателя»). Особое значение для постсоветской практики имеет доктрина, регулирующая образование правовых позиций судов, степень их прецедентного или преюдициального характера, возможности их ретроактивного использования или отмены (например, в силу изменившихся социально-правовых обстоятельств).

Ключевой пример: известное «губернаторское дело» — признание Конституционным Судом в 2005 году конституционности новой редакции Закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» 2004 года. Согласно этому акту, вводился новый порядок избрания глав администрации субъектов Федерации: вместо прямых выборов населением губернатор стал избираться по представлению Президента законодательным собранием региона, причем глава государства получил право отстранять губернатора от должности по целому ряду причин, а также распускать законодательное собрание в том случае, если оно дважды отклонило предложенную кандидатуру. Принятие данных положений, по мнению критиков, существенно ограничивало конституционные нормы о федерализме. В данном деле Конституционный Суд, пересмотрев свою позицию в решении об устройстве органов власти Алтайского края 1996 года (когда судьи уверенно поддержали прямой порядок избрания глав субъектов Федерации), выдвинул следующие аргументы: «Правовые позиции, сформулированные Конституционным Судом РФ,

могут уточняться либо изменяться, с тем чтобы адекватно выявить смысл тех или иных конституционных норм, их букву и дух, с учетом конкретных социально-правовых условий их реализации, в том числе с учетом изменений в системе правового регулирования». Возможно ли интерпретировать это положение как создание новой доктрины проконституционного толкования с позиций изменившейся реальности? И насколько широко (в плане судейского активизма) данная доктрина может быть использована в последующей практике?

В-третьих, существуют вопросы, касающиеся финализма (окончателности) судебных решений, и, напротив, возможности пересмотра судом своих собственных позиций, а также общей направленности этих решений: на чью сторону в конечном счете становится суд — законодательной или исполнительной власти, государства или личности. В тех случаях, когда соответствующее судебное решение или его интерпретация не получают полноценного доктринального объяснения, возникают сомнения в их легитимности. Примером может служить дискуссия о соотношении международного и национального права в контексте отношения к решениям Европейского Суда по правам человека⁵⁰. Так, решение Европейского Суда по иску партии «Яблоко» об отмене результатов думских выборов 2003 года, имеющее, по мнению его критиков, политизированный характер (и даже таящее угрозу «цветной революции»), вызвало дебаты о «пределах уступчивости» со стороны российской судебной системы и целесообразности пересмотра ранее не подвергнувшегося сомнению постулата об абсолютности приоритета гуманитарного международного права перед национальным правом — рассмотрения международного договора страны как части ее правовой системы, стоящего, однако, не выше Конституции. Этот подход воспринимается аналитиками как смена доктринальных установок Конституционного Суда РФ, способная существенно трансформировать отношение российской судебной системы к прецедентам европейского права.

В-четвертых, существует проблема политизации интерпретации фундаментальных конституционных прав в контексте изменяющейся социальной реальности. Так, Консти-

туционный Суд РФ признал конституционность поправок в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации 2008 года, которыми преступления, связанные с терроризмом, изымались из компетенции суда присяжных. Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам противодействия терроризму», действительно, вывел из компетенции присяжных дела, касающиеся таких преступлений, как террористический акт, захват заложника, организация и участие в незаконном вооруженном формировании, массовые беспорядки, государственная измена, шпионаж, насильственный захват или удержание власти, вооруженный мятеж и диверсия. С решением Суда не согласились ряд судей, говоривших о «деконституционализации» прав граждан на судебную защиту, и адвокатов, заявивших о нарушении конституционного запрета на принятие законов, отменяющих или умаляющих права человека.

В-пятых, существенным фактором стало появление на постсоветском пространстве так называемых «трудных», или антимажоритарных, судебных решений, идущих вразрез с представлениями большинства в данном обществе о справедливости. Примером может служить вполне либеральное решение Конституционного Суда о смертной казни, которое, однако, противоречило воле большинства (зафиксированной в результатах общественных опросов, подтверждающих его приверженность данной мере наказания). Критики оценили такое решение как превышение Судом своих полномочий, поскольку никто не запрашивал его о конституционности применения высшей меры наказания, а в случае необходимости проблема могла быть решена на законодательном уровне. В подобных ситуациях Суд вынужден отказаться от чисто нормативистской логики решения и учитывать экстраконституционные (моральные, философские) соображения, постигая смысл и формируя новые ценности. Конфликт традиционалистских представлений населения о справедливости и судебной интерпретации позитивного права достигает в этой ситуации наивысшей степени.

Отсутствие полноценной доктрины легитимации судебных решений по острым политическим вопросам ведет к психологическому

конфликту в переходном обществе: завышенные правовые ожидания (опирающиеся на высокий рейтинг конституционного правосудия, основанный на его предшествующей роли в либерализации законодательства) сталкиваются с непредсказуемостью, противоречивостью и необоснованностью решений, которые не могут быть объяснены обществу в единой логической формуле. Конституруется общий кризис доверия к правовой системе, ставящий под сомнение перспективы правового государства. Однако для предотвращения кризиса государства, наподобие крушения Веймарской республики, некоторыми судьями парадоксальным образом признается целесообразным движение в сторону либерализации режима, но стремление сохранить элементы авторитаризма, присутствующие в управлении страной. Они говорят о необходимости установить пределы уступчивости в отношении решений Европейского Суда и о недопустимости расширения трактовки правовой этики во имя сохранения современного, пусть несовершенного, но гарантированного права. С этих позиций впечатление о деятельности судов в обществах переходного типа амбивалентно: их практика способствует расширению идеи законности, но одновременно не может игнорировать политический контекст этих решений. Обобщение позиций институтов контроля конституционности показывает, что постсоветская модель дает существенные сбои именно по линии обоснования меняющейся логики решений. Конституционное правосудие далеко от своей миссии беспристрастного института контроля конституционности.

Общественный идеал и реальность: цель в праве и перспективы политической модернизации

Конфликт представлений о справедливости (выраженный в доминирующих стереотипах правосознания) и позитивного права (выраженного в нормах действующего права) характерен для всех обществ переходного типа. В постсоветской России он предстает особенно четко в отношении к действующей Конституции. Конституция 1993 года, принятая в результате конституционной революции, во многом опережала социальную реальность, была в известной степени декларацией про-

граммы развития. В дальнейшем возник и начал осознаваться разрыв между нормами Конституции и реальностью. Три направления конституционной «напряженности» (надо сказать, не специфически российские) проявились особенно четко в дебатах постсоветского периода. Одно направление — объективное противоречие либеральных конституционных норм, имеющих западное происхождение (в основе которых лежит представление о приоритете прав личности), и российской политической традиции, которая исторически сформировалась на совершенно других основаниях, на основе представлений о слабости общества и всемогущей государственной власти. Другое направление конституционной «напряженности» — противоречие между стратегией и тактикой. Можно ведь принять идею конституционной демократии, федерализма и разделения властей как отдаленную перспективную стратегию, но одновременно констатировать отсутствие предпосылок для ее практической реализации в полном объеме на современном этапе. В этом смысле конституционный параллелизм — закономерное выражение переходного периода, для которого характерно декларирование демократических норм, но одновременно отсутствие (или слабость) механизмов их практического воплощения. Подобная логика лучше всего выражается формулой «отложенной демократии», которая может вполне успешно легитимировать авторитарный режим. Третье направление конституционной «напряженности» связано не столько с юридическими аргументами, сколько с различным видением политических перспектив развития страны внутри властвующей элиты.

Противоречие демократических деклараций и практики конституционных реформ — отражение трудностей переходного периода и поиска приемлемой стратегии. В этом контексте показательное различие представлений о границах и содержании понятия «переходный период»: одни исследователи рассматривают демократический транзит как кратковременный процесс (непосредственный революционный переворот, приведший к власти демократические силы в 90-е годы XX века), другие видят его как длительный процесс, включающий завершение демократической консолидации — формирование основ гражданского общества и правового государства,

третьи вообще отказываются видеть в нем движение вперед, интерпретируя его как «крушение государственности». Вопросы о том, закончился ли переходный период, насколько прочными оказались его результаты, имеют очевидную политическую составляющую: если допустить, что переходный период закончился, значит констатировать, что демократия победила (что не очевидно), а если не закончился — значит согласиться с тезисом о незавершенности демократии или даже целесообразности поворота вспять от нее. Разрыв нормы и реальности в постсоветском обществе может быть преодолен диаметрально противоположными действиями: либо путем поднятия общества до уровня Конституции, либо путем низведения последней до уровня понимания массового сознания. Первый путь связан с активной политической модернизацией и предполагает деятельное участие самого общества в этом движении. Второй путь связан с адаптацией Конституции к господствующим стереотипам и означает эрозию конституционных норм с позиций так называемой «реальности». Он вполне совместим с политической апатией, утверждением стереотипов консервативной политической романтики и ведет к отказу от модернизации или даже к конституционной ретрадиционализации⁵¹.

В постсоветском обществе представлены три диаметрально противоположные стратегии изменения Конституции.

Первая стратегия (традиционалистская, неославянофильская, некоммунистическая и даже сословно-монархическая) заключается в отказе от западного вектора конституционализма, пересмотре именно тех положений Конституции, которые стали завоеванием либеральной революции 1993 года, и возвращении к историческим («национальным», как они считают) стереотипам и формам суррогатной демократии, которые представлены различными законосовещательными институтами — от земских соборов и съездов народных депутатов вплоть до идей возрождения сословного строя, цензовой избирательной системы и даже аристократии и монархии. Сторонники этого взгляда указывают на разрыв позитивного права и реальности, трудности адаптации рациональных правовых конструкций к сознанию населения, но видят решение проблемы в возврате к архаичным формам политического устройства.

Вторая стратегия (сторонников модернизации и европеизации), напротив, связана с развитием принципов конституционной революции 1993 года, усилением европейского вектора конституционализма, а потому исходит из необходимости либерализации политической системы в соответствии с европейскими представлениями о разделении властей и, в частности, необходимости изменений конституционной конструкции формы правления, направленных на укрепление парламентаризма и федерализма. Сторонники такой позиции отрицают исключительность российской ситуации и считают возможной быструю и решительную трансформацию сознания общества в направлении западных ценностей свободы и прав личности.

Третья стратегия выражается в представлении о том, что переходный период в России не завершен: для сохранения достижений либеральной революции необходимо сохранить сильную президентскую власть, способную проводить непопулярные реформы, в том числе через голову парламента и политических партий («метаconstитуционные», или «спящие», полномочия Президента). Данная позиция исходит из представления о том, что сильная президентская власть является гарантом либерально-демократического вектора политической системы, а потому прагматически отстаивает возможность постепенной трансформации положений Конституции, регламентирующих систему разделения властей. Очевидно, что эта точка зрения, близкая к идее «отложенной демократии», имеет право на существование только в том случае, если режим направляемой демократии действительно связан с целями демократических преобразований, а президентская власть не выходит за рамки просвещенной «республиканской монархии». Указанные позиции включают различные представления о самом масштабе необходимых конституционных реформ: от идеи полного пересмотра действующей Конституции и замены ее новой — до сохранения Конституции с осторожной и чрезвычайной прагматичной корректировкой отдельных ее положений в будущем.

С позиций идеала правового государства в обсуждении нуждаются следующие направления модернизации российской правовой системы: критика мифов современной консервативной политической романтики на ос-

нове профессионального знания и выявление потенциала конституционных норм для развития полноценной демократической модернизации; расширение гарантий общественного плюрализма (многопартийности, роли НПО и СМИ); решение проблем федерализма в соответствии с мировым опытом (более четкое разграничение предметов ведения Федерации и субъектов, расширение и конкретизация компетенции законодательной и исполнительной власти последних, бюджетный федерализм) и бикамерализма (логика формирования верхней палаты в федеративном государстве); переход к функционирующей смешанной президентско-парламентской системе; повышение для этого контрольных функций парламента и достижение четкости в распределении полномочий между президентом и правительством (ответственное правительство); укрепление независимости судебной власти и легитимности «знаковых» судебных вердиктов; решение проблем правового обеспечения местного управления и самоуправления в его отношении к органам государственной власти; создание административной юстиции, наконец, преодоление традиционных стереотипов общественного сознания, связанных с отрицанием права как инструмента социального регулирования, неразвитостью механизмов спроса на право и доступа к правосудию⁵².

На этом пути, как мы полагаем, следует искать преодоления разрыва права и справедливости в постсоветском обществе — примирения разума и традиции, идеала и реальности, солидарности и господства, юридической нормы и силы, легитимности и законности, публично-правовой этики, юридической доктрины и эффективности права, в целом — последовательного решения задач демократической модернизации.

Медушевский Андрей Николаевич — ординарный профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», академик Российской академии естественных наук, доктор философских наук.

medushevsky@stream.ru

¹ См.: *Timascheff N. S. An Introduction to the Sociology of Law.* Cambridge, MA: Harvard University Committee on Research in the Social Sciences,

- 1939; *Luhmann N. Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983. Bd. 1–2; *Treves R. Sociologie du droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1995; *Arnaud A.-J., Fariñas Dulce M.J. Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996; *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. М.: РОССПЭН, 2010.
- ² См.: *Rawls J. A Theory of Justice*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- ³ См.: *Nozick R. Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- ⁴ См.: *Macintyre A. After Virtue*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1984.
- ⁵ См.: *Sandel M.J. Justice: What's the Right Thing to Do?* London: Penguin Books, 2010.
- ⁶ См.: *Walzer M. Thinking Politically: Essays in Political Theory*. New Haven; London: Yale University Press, 2007.
- ⁷ См.: Модели общественного переустройства России: XX век. М.: РОССПЭН, 2004.
- ⁸ См.: «Круглый стол» по книге О. М. Медушевской «Теория и методология когнитивной истории» // *Российская история*. 2010. № 1.
- ⁹ Подробнее о методе см.: *Медушевский А.Н.* Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2011. № 5. С. 30–42.
- ¹⁰ См.: Место России в Европе и Азии: Сборник научных трудов. М.: ИНИОН РАН, 2010.
- ¹¹ См.: Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия: Сборник докладов. М.: Институт права и публичной политики, 2007.
- ¹² См.: Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы: Сборник докладов. М.: Институт права и публичной политики, 2006.
- ¹³ См.: Перестройке 25 лет: Историческая память современной России: Материалы Международной научно-практической конференции, 14 мая 2010 г. М.: РГГУ, 2010.
- ¹⁴ См.: Право и общество в эпоху перемен: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / Отв. ред.: В. Г. Графский, М. М. Славин. М.: Институт государства и права РАН, 2008.
- ¹⁵ См.: Национальная идея и жизнеспособность государства: Материалы научного семинара. Вып. № 2. М.: Научный эксперт, 2009.
- ¹⁶ См.: 100-летие «Вех»: Интеллигенция и власть в России. 1909–2009: «Круглый стол» // *Российская история*. 2009. № 6.
- ¹⁷ Государство и нация в России и Центрально-Восточной Европе: Материалы Международной научной конференции будапештского Центра русистики, 19–20 мая 2008 г. / Ред. Д. Свак. Будапешт: Russica Pannonicana, 2008.
- ¹⁸ См.: Россия и Запад: что разделяет: Материалы научного семинара. Вып. № 7(16). М.: Научный эксперт, 2009.
- ¹⁹ См.: *Mommsen M., Nussberger A. Das System Putin: Gelenkte Demokratie und politische Justiz in Russland*. München: C. H. Beck, 2007.
- ²⁰ См.: *Неделски Д.* Следует ли предоставить праву собственности конституционную защиту? // Роль конституционных судов в обеспечении права собственности: Сборник докладов. М.: Институт права и публичной политики, 2001. С. 160–182.
- ²¹ См.: К 90-летию Февральской революции // *Отечественная история*. 2007. № 6; К 90-летию Первой российской Конституанты // *Отечественная история*. 2008. № 2.
- ²² См.: *Медушевский А.Н.* Великая реформа и модернизация России // *Российская история*. 2011. № 1. С. 3–27; *Медушевский А.Н.* Сталинизм как модель социального конструирования // *Российская история*. 2010. № 6. С. 3–29; *Медушевский А.Н.* Перестройка и причины крушения СССР с позиций аналитической истории // *Российская история*. 2011. № 6. С. 3–30.
- ²³ См.: Третья сессия Верховного Совета СССР: Стенографический отчет. М.: Верховный совет, 1990. Ч. I. С. 95, 96, 109, 117, 122, 135, 268.
- ²⁴ См.: Закон СССР «О собственности в СССР» // Третья сессия Верховного Совета СССР. Ч. XIX. С. 45–55.
- ²⁵ См.: Собственность на землю в России: История и современность / Под общ. ред. Д. Ф. Аяцкова. М.: РОССПЭН, 2002.
- ²⁶ См.: Первый съезд народных депутатов СССР, 25 мая – 9 июня 1989 г.: Стенографический отчет. М.: Верховный Совет СССР, 1989. Т. III. С. 112; Третья сессия Верховного Совета СССР. Ч. I. С. 243, 253.
- ²⁷ См.: Третья сессия Верховного Совета СССР. Ч. I. С. 113, 214, 220, 221, 245; 262, 264; Ч. XI. С. 133; Десятая сессия Верховного Совета РСФСР (одиннадцатый созыв). М., 1989. С. 126.
- ²⁸ См.: Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о земле // Третья сессия Верховного Совета СССР. Ч. XIX. С. 19–36.

- ²⁹ См.: *Medushevsky A.* Power and Property in Russia: The Adoption of the Land Code // *East European Constitutional Review*. Vol. 11. 2002. No. 3. P. 105–118.
- ³⁰ См.: *The Transformation and Consolidation of Market Legislation in the Context of Constitutional Development and Judicial Reform in Russia: Analytical Report 2003*. М.: Institute for Law and Public Policy, 2004.
- ³¹ См.: *Национализм в мировой истории* / Под ред. В. А. Тишкова, В. А. Шнирельмана; Институт этнологии и антропологии им. Н. Н. Миклухо-Маклая, РАН. М.: Наука, 2007.
- ³² См.: *Феномен русской власти: преемственность и изменение: Материалы научного семинара*. Вып. № 3 (12). М.: Научный эксперт, 2008.
- ³³ См.: *Идеология и философия солидаризма: Материалы научного семинара*. Вып. № 9. М.: Научный эксперт, 2010.
- ³⁴ См.: *Административно-территориальное устройство России: История и современность* // Под общ. ред. А. В. Пыжикова. М.: ОЛМА-ПРЕСС, 2003.
- ³⁵ См.: *Совет Федерации: Эволюция статуса и функций* / Отв. ред. Л. В. Смирнягин. М.: Институт права и публичной политики, 2003.
- ³⁶ См.: *Идея суверенитета в российском, советском и постсоветском контексте: Материалы научного семинара*. Вып. № 4 (13). М.: Научный эксперт, 2008.
- ³⁷ См.: *Medushevsky A. N.* Russian Constitutionalism: Historical and Contemporary Development. London: Routledge, 2006.
- ³⁸ См.: *15 лет Российской Конституции* // *Отечественная история*. 2008. № 6.
- ³⁹ См.: *Якунин В. И., Багдасарян В. Э., Сулакшин С. С.* Новые технологии борьбы с российской государственностью. М.: Научный эксперт, 2009.
- ⁴⁰ См.: *Медушевский А. Н.* Теория конституционных циклов. М.: Изд-во ГУ ВШЭ, 2005.
- ⁴¹ См.: *Медушевский А. Н.* К критике консервативной политической романтики в постсоветской России // *Российская история*. 2012. № 1. С. 3–16.
- ⁴² См.: *Идеология «особого пути» в России и Германии: истоки, содержание, последствия* / Под ред. Э. А. Паина. М.: Три квадрата, 2010.
- ⁴³ См.: *Старо-новые российские мифы: кризис знания или сознания?: Материалы российско-немецкого форума* / Под ред. Ф. Бомсдорфа, Г. Бордюгова, Е. Гениевой. М.: Фонд Фридриха Науманна; АИРО-XXI, 2009.
- ⁴⁴ См.: *Конституционные проекты в России XVIII — начала XX века* / Сост., авт. вступ. ст. и коммент. А. Н. Медушевский. М.: РОССПЭН, 2010.
- ⁴⁵ См.: *Политические права и свободные выборы: Сборник докладов*. М.: Институт права и публичной политики, 2005.
- ⁴⁶ См.: *Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сборник докладов*. М.: Центр конституционных исследований МОНФ, 1999.
- ⁴⁷ См.: *Конституция Российской Федерации в решениях Конституционного Суда России*. М.: Институт права и публичной политики, 2005.
- ⁴⁸ См.: *Конституционные права в России: дела и решения: Учебное пособие* // Отв. ред. А. Шайо. М.: Институт права и публичной политики, 2002.
- ⁴⁹ См.: *Конституционный суд как гарант разделения властей: Сборник докладов*. М.: Институт права и публичной политики, 2004.
- ⁵⁰ См.: *Россия и Совет Европы: перспективы взаимодействия: Сборник докладов*. — М.: Институт права и публичной политики, 2001; *Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права*. М.: Институт права и публичной политики, 2002.
- ⁵¹ См.: *Гражданское общество и правовое государство как факторы модернизации российской правовой системы: Материалы междунар. научно-теоретической конференции, Санкт-Петербург, 11–12 декабря 2009 года: В 2 ч.* / Под общ. ред. Н. С. Нижник. СПб.: Астерион, 2009.
- ⁵² См.: *Конституционное развитие России: Задачи институционального проектирования: Сборник научных статей* / Отв. ред.-сост. Н. Ю. Беляева. М.: ТЕИС, 2007.