

Humanitas

Андрей Медушевский

Политические
сочинения



Андрей Николаевич Медушевский

Политические сочинения

Серия «Humanitas»

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=12142759

*Политические сочинения: право и власть в условиях социальных трансформаций: Центр гуманитарных инициатив, Университетская книга; Санкт-Петербург; 2015
ISBN 978-5-98712-539-7*

Аннотация

Книга А.Н. Медушевского посвящена проблеме соотношения правовой традиции и политики власти в условиях социальных трансформаций. С позиций когнитивной теории, сравнительного правоведения и конституционной инженерии автор выясняет соотношение права и правосознания в обществах переходного типа, показывает становление либеральной парадигмы в политической философии нового и новейшего времени, представляет основные положения теории конституционных циклов и раскрывает логику переходных процессов от авторитаризма к демократии. Он анализирует динамику российского политического процесса в истории и современности, раскрывает актуальные проблемы постсоветского конституционного развития. Автор выдвигает собственное видение рационального разрешения конфликта

права и справедливости, легитимности и законности, нормы и действительности, политического разума и общественного идеала. Не ограничиваясь острой критикой противоречий и диспропорций современного политического и правового развития, он предлагает обоснованную и аргументированную концепцию их преодоления в рамках либеральной программы конституционных преобразований.

В формате a4.pdf сохранен издательский макет.

Содержание

Предисловие	6
Раздел I	14
Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности	14
Кризис права как проблема теоретической юриспруденции	51
Право и справедливость в политических дебатах постсоветского периода	86
Конец ознакомительного фрагмента.	104

**Андрей Николаевич
Медушевский**

**Политические сочинения:
право и власть в
условиях социальных
трансформаций**

© С.Я. Левит составление серии, 2015

© А.Н. Медушевский, правообладатель, 2015

© Центр гуманитарных инициатив, 2015

© Университетская книга, 2015

* * *

Предисловие

Книга А.Н. Медушевского посвящена проблеме соотношения правовой традиции и политики власти в условиях социальных трансформаций. Эта тема становится особенно актуальной в современных политических дискуссиях при ответе на вопрос – что мешает демократической трансформации страны, почему провозглашение демократических конституционных принципов в ходе реформ прошлого и современности не сопровождается их адекватной реализацией, а часто ведет к движению вспять. Виновата в этом историческая традиция – «матрица» русской истории, пассивность общества, ошибки реформаторов или неадекватная интерпретация самих принципов демократического устройства? Отвергая распространенный фаталистический подход, ученый видит в констатации данной ситуации скорее исследовательскую проблему, нежели ее решение. Центральная идея автора – определить, как правовая культура определяет позицию политической власти в условиях социальных преобразований и, наоборот, как логика этих преобразований актуализирует особенности правовой традиции и использует ее. А.Н. Медушевский – известный российский политолог, правовед и историк, автор трудов по теории права, истории европейской и русской общественной мысли, политического процесса и практике современных конституционных преоб-

разований. Представленный труд задуман как концентрированное выражение основных выводов, полученных исследователем в результате многолетней работы. В книгу включены ключевые статьи автора, отражающие процесс социальных трансформаций в мире и России постсоветского периода. Для выяснения этих вопросов автор предлагает новые концептуальные рамки, рассматривая политический процесс с позиций юридического конструирования реальности – своего рода когнитивной селекции тех или иных правовых принципов реформаторами в условиях социальных преобразований. Когнитивные подходы (изучающие сознание) оказали существенное влияние на весь спектр современных гуманитарных наук, но недостаточно применяются в политических и правовых исследованиях. В книге предложены основные понятия когнитивной теории права и возможности ее разработки по таким параметрам, как правовая система, нормы и институты, их генезис, структура и интерпретация в рамках процесса информационного обмена, социальной и когнитивной адаптации индивида. Показано, каким образом новая когнитивно-информационная парадигма делает возможным преодоление односторонности традиционных подходов в философии права, открывает перспективы рационального юридического конструирования реальности и целенаправленного применения конституционной инженерии. Этот подход позволяет дать принципиально новые ответы на вопрос о конкуренции моделей политико-правового устрой-

ства, параметрах исторического отбора тех или иных норм, причинах их циклического воспроизводства на разных этапах развития, меняющемся соотношении права и представлений общества о социальной справедливости. Моделируя процессы, автор реконструирует доминирующие теоретические конструкции, устойчивые стереотипы сознания, институциональные отношения, не забывая установить причины изменений (вплоть до противоположности) установок политической власти.

С этих позиций в книге рассмотрена смена теоретических парадигм, взаимоотношение классических западных теоретических моделей и их русской интерпретации, логика переходных процессов от авторитаризма к демократии, динамика конституционных циклов, выявляются устойчивые тенденции российской политической системы, в частности постсоветского периода, а в ряде случаев предложены прогностические выводы и рекомендации. Представлен анализ конструкций права и власти по таким параметрам, как соотношение права и правосознания; либеральная парадигма в политической философии нового и новейшего времени; меняющийся баланс демократии и авторитаризма в логике переходных процессов; рассмотрены параметры социального конструирования и технологий его осуществления; раскрыты актуальные проблемы постсоветского политического и правового развития. По всем этим вопросам книга чрезвычайно информативна, представляя материал о конституци-

онных и политических реформах от Англии и США до Японии и Китая, заявляя при этом основным приоритетом российских реформы.

В рамках когнитивной теории и неинституционального подхода исследователь решает проблемы глобальной трансформации нового и новейшего времени – соотношения в ней права и власти. Он справедливо полагает, что модернизация повсюду означает ситуацию неустойчивого равновесия – своеобразного баланса сил ее сторонников и противников, который может разрешиться в пользу одной или другой стороны. Модернизация порождает, следовательно, дилемму реформаторов, от решения которых зависит оптимальное развитие социальных процессов или их срыв. Конституционные кризисы, революции, перевороты обозначают срывы на этом пути, но не закрывают возможности правовой трансформации режимов. Очень важное место в системе этих решений занимает выбор правовой и институциональной конфигурации политического режима, позволяющей ему эффективно функционировать и достигать своих целей в условиях социальных трансформаций или, напротив, блокирующих достижение этих целей.

Основной упор при этом делается на реконструкцию российской политико-правовой традиции, в частности обстоятельства конституционной революции 1993 г., и логики постсоветского политического процесса. Констатируя нерешенность этих вопросов и растущее напряжение между по-

зитивным правом и правосознанием 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. Не ограничиваясь острой критикой противоречий и диспропорций современного политического и правового развития, автор предлагает обоснованную и аргументированную концепцию их преодоления в рамках либеральной программы конституционных преобразований.

Представленные в книге сочинения автора характеризуются научной фундаментальностью, широкой эмпирической базой, использованием сравнительно-правового метода при объяснении соответствующих явлений европейской, российской и азиатской политической традиции – от теории справедливости и концепции разделения властей до мнимого конституционализма и реставрационных тенденций. Выстроенный автором сравнительный и ассоциативный ряд делает книгу интересной для чтения и стимулирующей мысль. Обращает на себя внимание тот факт, что автор не замыкается в кругу традиционных и ставших классическими концепций общественной мысли (которые полноценно представле-

ны в книге), но анализирует их в контексте социальной практики реформаторов нового и новейшего времени, в том числе постсоветских и развивающихся стран. В течение длительного времени автор занимался политической аналитикой и преподаванием в высшей школе – российских и иностранных университетах, выступал экспертом при разработке правовых, политических и административных реформ в России и других регионах мира, в частности странах Центральной и Восточной Европы, а также государствах постсоветского пространства.

Книга включает пять разделов, материал которых сгруппирован по проблемному принципу: право и справедливость в обществах переходного типа (I); либеральная парадигма в политической философии нового и новейшего времени (II); демократия и авторитаризм: логика переходных процессов (III); динамика российского политического процесса в истории и современности (IV); актуальные проблемы постсоветского конституционного развития (V). В своей совокупности представленные труды (опубликованные в период с конца 1980-х гг. вплоть до современности – 2014 г.) отражают общие тенденции развития российского обществознания и политической науки постсоветского периода – обращение к проблематике демократических преобразований в период Перестройки; поиск их философского и социологического объяснения; восстановление традиций западноевропейской и русской классической политической и правовой мысли;

объяснение конституционной революции 1993 г. в сравнительной перспективе; формирование нового политического режима и динамика постсоветских споров о праве; решение проблемы конституционных реформ на современном этапе. Данная группировка по разделам имеет условный характер, поскольку все темы являются сквозными для статей книги и актуальными при разработке современной стратегии преобразований. При отборе публикуемых трудов нами учитывалось три обстоятельства: их теоретический вклад, влияние на политическую мысль рассматриваемого периода, общественный резонанс в России и за границей. Статьи публикуются по аутентичным текстам первых изданий с небольшой корректировкой и актуализирующей правкой автора. Мы сочли также целесообразным включение в книгу послесловия – статьи о формировании и развитии взглядов и идей А.Н. Медушевского, составленной коллегами ученого.

Материал книги отражает длительную работу автора над поставленными проблемами, представляет оригинальные теоретические выводы и прагматические рекомендации современным аналитикам и политикам. Автор хорошо ориентируется в европейской и российской философско-политической традиции, социологии права и, что важно, соотносит теоретические размышления с опытом практического участия в подготовке и проведении политических и конституционных реформ. Все это делает труд проф. Медушевского не только серьезным академическим вкладом в нашу поли-

тическую науку, но и прекрасным пособием для педагогов, студентов, общественных деятелей и администраторов.

От Редакции

Раздел I

Право и справедливость в обществах переходного типа

Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности

Когнитивно-информационная теория сыграла ключевую роль в современном познании, позволив преодолеть одно-сторонность традиционных неокантианских и позитивистских схем. Она опирается на логические принципы Э. Гуссерля, показавшего, каким образом, формируя картину мира, мы последовательно продвигаемся в познании явлений эмпирической реальности (выступающих для нас в виде феноменов)¹. Когнитивная теория истории и система ее понятий представлена в трудах выдающегося российского ученого – проф. О.М. Медушевской (1922–2007 гг.), автора классических трудов по теории и методологии гуманитарных наук, заложивших основу наукоучения, преодолеваю-

¹ Гуссерль Э. Логические исследования // Гуссерль Э. Философия как строгая наука. Новочеркасск, 1994.

щего разрыв естественных и гуманитарных наук, обеспечивающего доказательные критерии проверки достоверности гуманитарного знания как строго научного². Данный подход обозначает обе стороны ситуации познания – его объект (вещи) и познающий субъект, раскрывая логику выведения их системных информационных связей через анализ когнитивной устремленности индивида к смыслу. Решающий элемент подхода есть идея «интеллектуального продукта» – материального явления и доказательства целенаправленной человеческой деятельности в истории. В нашу задачу входит определить возможности когнитивной теории при изучении правового феномена, в частности юридического конструирования реальности.

Когнитивно-информационная теория: основные понятия

Когнитивно-информационная теория выдвигает *ряд новых системных категорий*: это понятие *информационной сферы*, которая (по аналогии с категориями биосферы и ноосферы) определяет материально-вещественный след совокупного когнитивного феномена человеческого мышления,

² Медушевская О.М. Теория и методология когнитивной истории. М., РГГУ, 2008; Она же. Теория исторического познания: Избранные произведения. Спб. Университетская книга, 2010; Она же. Пространство и время в науках о человеке: Избранные труды. М.-Спб., Центр гуманитарных инициатив, 2013.

проявлявшегося в деятельности; *информационной среды* человека – пространства, в котором реализуется способность опосредованного (через материальный продукт) *информационного обмена*, охватывающего, таким образом, все разумное человечество в его истории. Информационный обмен осуществляется по горизонтали (он имеет непосредственный характер, поскольку обмен идет в режиме настоящего времени – наблюдения вещей, обмена ими) и по вертикали (ретроспективный или опосредованный информационный обмен). Ключевое значение для когнитивной концепции гуманитарного познания имеет именно *понятие опосредованного информационного обмена* – специфически человеческой способности обмена информацией через посредство целенаправленно созданных единиц интеллектуального продукта. Опосредованный информационный обмен осуществляется через материальный продукт (вещь), представляющий собой результат целенаправленной человеческой деятельности – осознанного поведения индивида, направленного к достижению поставленной цели. Эта схема позволяет говорить об информационном *обмене между индивидами и социумом*. Главной проблемой философии науки новейшего времени стало обращение к способам самоорганизации системы, механизмам целостности, их выражению в социальных нормах.

Присущее индивиду свойство воспринимать информационный ресурс, заключенный в интеллектуальных продуктах, созданных другим человеком, и включать его в свою инфор-

мационную картину, позволяет раскрыть различие между антропологической и когнитивной видами социальной адаптации: последняя состоит как раз в освоении способности индивида завершить *цикл активного мышления* фазой фиксации его результата в виде интеллектуального продукта, вещи и умения расшифровать ее информацию. Сама возможность данного вида обмена, принципиального для гуманитарного познания, обусловлена *процессами социальной адаптации*, включающими две фазы – *антропологическую адаптацию* (помощь общества в освоении навыков человеческого поведения в виде становления «на ноги» в буквальном смысле слова) и *когнитивную адаптацию* – условие вхождения индивида в человеческую информационную среду через способность воплощать идею мышления в вещь и также, соответственно, способность распознавать в структуре целенаправленно созданной вещи ее назначение, функцию и смысл ее создания, распознавать идею другого индивида. Исторический процесс с этих позиций есть совокупность человеческих деятельностей, спонтанно развивающихся во времени; поэтому история – процесс, т. е. продвижение во времени³. Частью этого процесса выступает когнитивная адаптация в юридически мотивированных формах деятельности.

³ Подробнее см.: *Медушевский А.Н.* Когнитивно-информационная теория как новая парадигма гуманитарного познания // Вопросы философии, 2009. С. 70–92; *Он же.* Когнитивно-информационная теория в современном гуманитарном познании // Российская история, 2009, № 4. С. 3–22.

Система права: нормы и институты в когнитивной адаптации индивида

Роль социума в становлении человека с этих позиций приоритетна: она заключается не только в антропологической, но и *когнитивной адаптации индивида* – освоении общих навыков коммуникации (речи), понимания, творчества как преобразования доступного информационного ресурса, понимания его универсальных параметров. С этих позиций возможно понимание права как фиксированной нормы – меры должного поведения и ее формально-юридических признаков. В этом контексте важно понятие системы права как внутреннего единства. В современной юриспруденции представлено два диаметрально противоположных подхода к интерпретации понятия системы. Первый исходит из того, что происхождение единства системы имеет внешний характер (она конструируется наблюдателем – ученым или правоприменителем извне, но не имеет внутренних связей); второй – утверждает существование таких связей, определяющих внутреннее единство. Характерной чертой юридического порядка выступают единство, соответствие (гомогенность) и полнота, что позволяет выработать критерии преодоления пробелов в праве и разрешать юридические антиномии. Второй подход подчеркивает преемственность развития правовой системы в истории и поступательное накопление юри-

дических знаний. В этом контексте Институты Гая могут служить примером системного подхода, а глоссы и комментарии к Дигестам – примером его антисистематического видения. Культура Возрождения и рационалистического гуманизма разрабатывала основу системного видения права и искала его органического единства с позиций теории естественного права. «Юриспруденция понятий» последующего времени выдвигала необходимость конструирования базовых принципов, которые определяют единство юридических институтов и представлений о правовом порядке как системе. Кельзеновский нормативизм возродил динамическую концепцию права: эта концепция обеспечила иерархическую структуру права, его систематическую интерпретацию с позиций фундаментальной нормы, которая выступала интегрирующим фактором и обеспечивала поддержку институционализированной санкции⁴.

Современная наука исходит из понимания права как нормативной, структурированной и интегрированной системы, характеризующейся своей институционализированной формальной санкцией, цель которой состоит в регулировании социальной организации. Формалистической теории нормативизма была противопоставлена институциональная теория (Санти Романо, М. Ориу)⁵, которая полноценно ввела понятие института, начиная с фазы создания права и за-

⁴ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960.*

⁵ *Ориу М. Основы публичного права. М., 1929.*

канчивая его интерпретацией и применением. Этот подход получил развитие в рамках современного неoinституционализма (Д. Норт), связавшего воедино понятие института, его нормативной и когнитивно-информационной структуры. Институт выступает как реализованная в повседневной практике норма поведения, ставшая устойчивой и типичной. «Институты – это „правила игры” в обществе, или, выражаясь более формально, созданные человеком ограничительные рамки, которые организуют взаимоотношения между людьми»⁶. Неoinституциональная школа подвергает критике прежде всего антинормативизм классического институционализма. Свою задачу она видит в выявлении самостоятельного значения правовой нормы в конструировании социальных отношений и самих институтов в рамках социальной и когнитивной адаптации индивидов. В этом смысле право как система норм есть реальность, определяющая функционирование социальных институтов (поскольку нормы создают информационную основу формирования структуры институтов и их деятельности). Практический вывод из неoinституционального подхода к праву состоит в рассмотрении права и правовых норм как важнейшего фактора организации и трансформации общества. Синтез элементов нормативизма, институционализма и функционализма с позиций когнитивно-информационной теории становится возмо-

⁶ Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М., 1997. С. 17.

жен в рамках такого направления, как метаюриспруденция.

В рамках когнитивно-информационной парадигмы получает обоснование метаюриспруденция – интерпретация природы юридической нормы и этического закона как различных типов информации и лингвистических форм их выражения, выражающих формы социальной и когнитивной адаптации индивида в социуме. Открытия XX в. в области антропологии на основе функционального анализа источников обычного права позволили сформулировать следующие гипотезы в исследовании нормы и санкции: показать, что не норма, но поведенческие установки составляют существо правового феномена; установить как происходит генезис права – норм и санкций у примитивных народов; констатировать возможность существования различных правовых систем в одном обществе; отрицание прямой взаимосвязи права и государства; возможность права (норм) без санкций; возможность санкций без норм, т. е. формирования правовой нормы в результате систематического применения санкций к определенным видам поведения; возможность сравнительного изучения различных комбинаций правовых, квази-правовых и политических способов социального регулирования⁷. Этот подход, ассоциирующийся в науке в основном с теорией «живого права» Е. Эрлиха⁸, опирает-

⁷ *Pospisl L. Anthropology of Law. A Comparative Theory. N.-Y., 1971.*

⁸ *Erllich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge (Mass.), 1936.*

ся во многом на русскую школу социологии права, прежде всего психологическую теорию права Л.И. Петражицкого⁹, а также идеи П.Г. Виноградова, Г.Д. Гурвича, П.А. Сорокина и Н.С. Тимашева¹⁰. Право в этой трактовке переставало быть автономным образованием, не связанным с общественной системой разделения на группы и присущим только обществу как целому. Традиционный взгляд на право, при всей его устойчивости, был поставлен под сомнение теми исследователями, которые на антропологическом материале показали феномен дискретного единства в обществе как целом. П.Г. Виноградов, например, различал два типа изменений в праве – «стихийные изменения законов и системные изменения, связанные с отношениями норм и институтов в их доктринальной связи»¹¹. Это открывало возможность вывода о существовании социальных структур и различных уровней права в одном обществе, возможности социального обмена между группами и его выражения в сближении правовых систем, присущих этим группам. Данное направление исследований актуализируется в контексте интеракционизма, теории социального обмена, функционализма, а также в

⁹ *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. М., 2010.

¹⁰ *Тимашев Н.С.* Развитие социологии права и ее сфера // *Беккер Г., Босков А.* Современная социологическая теория. М.: Иностранная литература, 1961. С. 489–490.

¹¹ *Vinogradoff P.* Outlines of Historical Jurisprudence. Oxford, Oxford Univ. Press, 1922. Vol. 2. P. 10.

Трансформация динамичной информации в статичную как основа конструирования юридических норм

Для интерпретации механизма образования понятий, выражающих информационный ресурс человечества, в рамках когнитивного метода важно различие понятий динамичной (живой) и статичной (фиксированной) информации, а также анализ процесса перехода от одного типа информации к другому в процессе создания интеллектуального продукта. Динамичная (живая) информация – это способность живой системы улавливать связь между внешним проявлением окружающей среды, доступным чувственному восприятию, и ее внутренним состоянием, недоступным такому восприятию, или, в ситуации человека, способность делать это через усиление чувственного восприятия с помощью техники (например, подзорная труба, усиливающая возможность увидеть на более далеком расстоянии, термометр и т. п.). Это – способность живой системы интерпретировать внешнее проявление окружающей среды как сигнал о состоянии данной среды. Живой информации противопоставляется статичная (фиксированная) информация, представленная в интел-

¹² Источниковедение и компаративный метод в гуманитарном знании. М., 1996.

лектуальных продуктах. Поэтому она неподвластна рамкам времени и пространства. Информационный обмен происходит по всему пространству деятельности человечества и в любой точке пространства. Человек отдает свой информационный ресурс на общее информационное пространство и, в свою очередь, в принципе располагает всем ресурсом фиксированной информации, накопленной человечеством. Ситуация *превращения живой информации в статичную (фиксированную)* имеет важное эвристическое значение. Особое значение для передачи и накопления информационного ресурса человечества имеет *опосредованный информационный обмен*, основанный на генетической способности человека *преобразовывать информацию* – из динамической (возникающей в живом общении) в статическую (фиксированную на материальных носителях).

Анализ преобразования информации актуален для ряда гуманитарных дисциплин, стремящихся к получению точного знания: на этой основе возможен синтез юриспруденции, истории, юридической антропологии и лингвистики, например, при интерпретации соотношения неписаного и писаного права, незафиксированного обычая (или прецедента) и фиксированного закона как вариантов динамической и статической информации¹³. *Остановленное мгновение* – откры-

¹³ Медушевская О.М. Историческая антропология как феномен гуманитарного знания // Историческая антропология: место в системе социальных наук, источники и методы интерпретации. М., 1998. С. 17–26.

вает индивиду новые информационные возможности: а) для сохранения и передачи информации; в) для самопознания; с) для совершенствования движения к цели.

От одномоментного соединения мышление-действие необходимо отличать деятельность. *Деятельность* – последовательность развернутых во времени действий, направляемых не отдельными импульсами окружающей среды, но заранее осознанной целью. Она отличается, во-первых, возможностью неограничения во времени; во-вторых, возможностью неоднократной коррекции промежуточных результатов (поэтапной фиксации и поэтапной коррекции); в-третьих, уточнения цели осмысления проблемной ситуации. Деятельность, следовательно, есть осознанная последовательность актов мышления-действия, характеризующаяся созданием интеллектуальных продуктов, возможностью самокоррекции, осмысления пути к цели и осознанного выбора средств. Внешним отличием действия и деятельности как раз и является наличие интеллектуальных продуктов, осмысливаемых общностью замысла. Живая и подвижная, бесконечная и незавершенная в процессе информация выступает в фиксированной форме как стабильная, завершенная, конечная и измеримая. Информация – это, следовательно, сведения трех видов: 1) стабильные; 2) фиксированные; 3) доступные для повторения и пересмотра данных.

В процессе деятельности и фиксации ее результатов выясняется различие правовых и неправовых норм по таким

параметрам, как характер отношений, которые они регулируют (правовые нормы, как правило, более общие), порядок и способ установления (наличие или отсутствие санкции), формы и способы выражения (в правовых актах и в письменной форме, или наоборот), формы и средства обеспечения (юридические или неюридические), характер и степень определенности мер воздействия – физическое принуждение или моральное воздействие. Эти параметры поведения кристаллизуются в социальных (правовых) нормах и выполняемых ими функциях – социального контроля, разрешения конфликтов, воспроизводства преемственности развития, адаптации индивида, легитимации власти, определения типологии позитивных и негативных стереотипов поведения (конформистского, девиантного, делинквентного), наконец, формировании поведенческих установок в отношении собственно юридического информационного обмена.

Информационный процесс: психические параметры и их выражение в структуре правовой нормы

Информационная составляющая – признак живой системы, способность индивида преобразовывать воздействия извне в идеи и понятия. *Информационная способность* есть способность преобразовывать внешние воздействия реального мира в информацию (данные) о его состоянии. От нее

зависит уже картина реальности, возможность соотносить с нею свое поведение. Отличие живой системы от неживой заключается, следовательно, в способности преобразовывать воздействия реального мира в представления о его свойствах. Это преобразование определяется как *информационный процесс*, а его результатом становится продукт преобразования информации – трансформации воздействий реального мира в представления о свойствах этого мира. Чем более полна и надежна эта информация, тем более система оказывается защищена и жизнеспособна¹⁴. Информационное воздействие происходит через интеллектуальные продукты (изделия), непосредственно выполняющие функцию информационного обмена и информационного управления (Н. Винер)¹⁵. *Психические параметры информационно-коммуникативного процесса* определяются такими понятиями, как информационная адекватность (мера возможности системы распознавать в динамике окружающей среды явления, изменения и процессы, небезразличные для функционирования самой системы), информационная энергетика (подъем психической энергии, возникающей при столкновении реального мира и познавательных рецепторов живой системы, инициирующий появление идей и представлений) и информационный магнетизм (способность индивида испытать энергетический подъем в ситуации преобразования инфор-

¹⁴ Историческая компаративистика и историческое построение. М., 2003.

¹⁵ Н. Винер. Кибернетика и общество. М., 1958.

мационного ресурса, овеществленного в интеллектуальном продукте человеческой деятельности).

В юридических актах находим критерии, с помощью которых можно определить валидность нормы с формальной и материальной точек зрения, но в них нет критериев, позволяющих рассматривать юридическое заявление как норму. Установление таких критериев есть дело теории права. Кроме того, важно различие оригинального и производного (деривативного) производства норм. Следуя Г.Л. Харту, возможно различие первичных и вторичных норм¹⁶. Первичными являются те нормы, которые предоставляют права или налагают обязанности на членов общества. Вторичные – устанавливают, кто и каким образом может создавать, признавать, изменять или отменять первичные нормы. Только после того как общество вырабатывает фундаментальную вторичную норму, устанавливающую, как определить собственно правовые нормы, возникает идея особого множества правовых норм и, следовательно, идея права. Следуя Харту и Остину, правовые нормы не имеют четких границ применения (или, напротив, имеют так называемую «открытую текстуру») и, следовательно, возможно допущение, что в проблемных случаях судьи имеют право принимать и принимают решения по своему усмотрению, осуществляя тем самым функцию законотворчества.

Проблема производства права есть поэтому не только

¹⁶ *Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1997.*

проблема легальности, но и легитимности. С этих позиций возможно рассмотрение производства норм как части когнитивно-информационного освоения социальной реальности: кто и как компетентен производить нормы; каковы процедуры создания; каковы рамки этой деятельности. Различается власть создания норм (соответствующий орган); нормативный акт (в котором регулируется процесс производства норм); нормативный документ (фиксирующий лингвистическое высказывание, имеющее прескриптивную функцию); наконец, норма в узком смысле (значение нормативного заявления). Соответственно информационный обмен и управление в наиболее общей форме выражаются в социальных и юридических нормах и фиксирующих их продуктах интеллектуальной деятельности – кодексах моральных и правовых норм, законах, записанных судебных прецедентах.

Соотношение мышления, языка и поведения в юридических актах

Важные идеи (независимо от конкретных исследовательских результатов) создал подход к изучению феномена человека через непосредственно наблюдаемые типы поведения (бихевиоризм), выявление сходств и специфик в поведении человека и высших животных, образующих сложные паттерны сообществ, что позволяет рассматривать феномен человека в сопоставлении с другими живыми системами (когни-

тивная этология). И, наконец, существенно формирование группы дисциплин, которые объединяет общность исследовательской цели, ее предмета, – человеческого мышления и преобразования информации, поступающей из внешнего мира и преобразуемой в образ предмета или ситуации (когнитивная психология, информатика, искусственный интеллект, нейрофизиология, антропология, компьютерные науки, лингвистика, нейропсихология). Особенно важным достижением мысли XX в. было создание науки о языке¹⁷ и идея универсального грамматического ядра¹⁸. Данный подход позволяет уже поставить вопрос о том общем, что имеют все живые системы и рассматривать человеческий организм как частный случай функционирования этих живых систем. Парадоксальным образом, однако, теоретическое языкознание, рассмотрев проблему связи мышления и речи, практически не обращалось к изучению деятельности, а бихевиоризм, напротив, изучал человеческое поведение, исключив из него главное и специфическое – когнитивный аспект, целенаправленное поведение по созданию интеллектуального продукта. Вклад когнитивной теории состоит в синтезе мышления, речи и целенаправленной фиксации результатов деятельности. Принципиальное отличие феномена человека исходя из этого – в способности понимания смысла и

¹⁷ *Яacobсон Р.* Язык и бессознательное. М., 1996.

¹⁸ *Хомский Н.* Язык и мышление. М., 1972; *Аспекты теории синтаксиса.* М., 1972.

целенаправленного создания вещи (как познавательной модели, выражающей этот смысл). Становится возможной *интроспекция* – самонаблюдение, обращенное к собственному опыту мышления и интеллектуального функционирования путем создания интеллектуального продукта, – она делает возможным обращение к чужому опыту, а, следовательно, его передачу.

С этих позиций когнитивная теория права выстраивает логику соотношения мышления, языка и поведения в фиксированных юридических актах – интеллектуальных продуктах деятельности определенной эпохи. С одной стороны, право выражает себя в языке, представляет собой его конкретную форму. Кодексы, законы – есть, в сущности, проявления письменного языка. Констатируются различные функции языка: описательная, эмоциональная и выразительная, вопросительная, директивная и прескрептивная. С другой, – существует жесткая связь между юридическими нормами и поведением, выраженная особыми языковыми конструкциями – прескрептивными суждениями. В отличие от дескрептивной (описательной), прескрептивная функция предполагает долженствование. Предписывающие положения есть выражение определенной воли и (в отличие от дескрептивных) не могут быть оценены с точки зрения истинности или ложности, поскольку их функция не состоит в том, чтобы предлагать информацию о реальности. Прескрептивные суждения должны поэтому классифицироваться по другим

критериям, таким как – справедливые и несправедливые, эффективные и неэффективные, легитимные и нелегитимные, но не истинные и ложные¹⁹.

Важными функциями языка с позиций юриспруденции являются оперативная и исполнительная – последняя дает возможность осуществлять определенное преобразование реальности путем направленного использования языка. Со времени произнесения определенных слов происходит изменение реальности. Одни и те же слова, произнесенные в разной ситуации и разными лицами, могут иметь разный (даже противоположный) юридический эффект или не иметь никакого. Так, после того, как английская королева разбивает бутылку шампанского о борт нового корабля, нарекая его своим именем, он действительно начинает носить ее имя, но этого не происходит в случае, если аналогичное действие совершает кто-либо другой.

Интерпретация правовых норм: от понимания к установлению смысла

Переход *от интерпретации к пониманию* возможен только при наличии общей картины мира двух индивидов, позволяющей осмыслить *выбор* одного из них в категориях, понятных другому. Отсутствие таких категорий делает со-

¹⁹ Curso de Teoria del Derecho. Madrid, 1999.

держательный диалог культур (например, дикарей и европейцев) невозможным. Эта познавательная ситуация может быть определена как конфликт интерпретаций²⁰ или герменевтический круг – попытка воссоздания логики мышления другого индивида по аналогии с собственной. Выход из герменевтического круга – возможен через соотнесение фонового знания с выраженным путем использования сравнимых категорий. Данный подход означает радикальную смену парадигм в современной теории познания – переход от ненаучных нарративистских (или наивно-герменевтических) приемов к когнитивным методам анализа информации, ориентированным на постижение смысла. История, подобно антропологии и структурной лингвистике, обретает свой метод, становится строгой и точной наукой. Юриспруденция – получает возможность доказательной реконструкции смысла юридических норм в истории и современности.

Ключевое значение с позиций когнитивной методологии имеет *процесс высвобождения памяти* – записи информации для последующей деятельности. Форма записи произвольна, она включает ряд устойчивых параметров: 1) прочность фиксации на материале носителя («не вилами по воде писано»); 2) заметность этой фиксации для органов чувств, чтобы постоянно напоминать о себе («узелок на память»). Отсюда – прообраз узелкового письма как более сложной системы обозначений. Сюда же относятся известные по рус-

²⁰ Рикер П. Конфликт интерпретаций: Очерки о герменевтике. М., 1995.

ским летописям «черты и резы», – от зарубки на дереве или камне до рунического письма; 3) символический характер, иногда выражающий признанные обществом требования норм поведения – знаки распространения власти (пограничные столбы), знаки собственности (забор), границы владений (межа), указатели дороги. Все это – информация, накопленная социумом, след целенаправленной деятельности, представленный как сообщение. Очень четко этот подход представлен в анализе формирования структуры и информационного потенциала юридической нормы.

Понятие «норма» с позиций когнитивно-информационной теории предполагает анализ чрезвычайно многочисленных его значений в языке, что делает необходимым выявление отличий собственно «юридической нормы». Норма вообще означает закон, правила (например, правила игры), предписания, обычаи, технические нормы, моральные нормы, идеальные нормы. Из них только юридические нормы должны быть прескриптивны (в отличие от дескриптивных норм учебника права). Необходимо различать между функциями языковых заявлений и формой, в которой они предстают: она может быть декларативной, вопросительной, императивной и восклицательной (экскламативной). Юридические нормы могут выражаться путем использования определенных символов (например, графических). С этих позиций проводится интерпретация предписаний. Традиционно юридические нормы рассматривались как пример гипотети-

ческих императивов в отличие от моральных норм, которые предстают в форме категорических императивов. Выделяется ряд элементов предписаний – характер, содержание, условие применения, власть, субъект, случай, промульгация и санкция. Три первых (характер, содержание, условие применения) – рассматриваются как нормативное ядро предписаний, созданных для структурно-логического разделения между предписаниями и другими типами норм.

Основные концепции юридических норм (Кельзен и Харт) выявляют различия когнитивной ориентации: первая делает упор на ценностный аспект их конструирования, вторая – на функциональный, что выражается в различных типах их классификации. Это различие подходов представлено при анализе структуры правовой нормы (двухзвенная и трехзвенная системы) и соотношении ее трех элементов: гипотезы (часть нормы, содержащая указание на конкретные жизненные обстоятельства, условия, при которых данная норма реализуется), диспозиции (часть нормы, в которой содержится само правило поведения – указание на права и обязанности сторон-участников правоотношения); санкции (часть нормы, в которой указаны последствия ее нарушения и неисполнения). Антропологически-ориентированные теории нормы отвергают последний элемент структуры нормы – санкцию, исходя из ее внешнего, навязанного характера, не обязательно присутствующего в качестве когнитивной мотивации поведения (например, в догосударственных

обществах)²¹. Частью этой дискуссии является вопрос о соотношении принципов как фундаментальных норм и правил поведения (различается фундаментальность иерархическая; логико-дедуктивная; телеологическая и аксиологическая).

Каждый новый виток информационного обмена идет не по кругу, но постоянно наращивает общий объем информационного ресурса, участвующего в информационном обмене. Есть в этой схеме преобразовательные ситуации, которые индивид совершает в глубине своего сознания. Это – *идея обретения смысла*, понимания, творчества, когда мысль выступает в виде идеального образа будущего интеллектуального продукта. *Смысл* – качественное преобразование в сознании исходной суммы данных, одномоментное изменение картины мира в сознании индивида, сопровождающееся эмоциональным энергетическим подъемом (определяемым понятием «эврика»). Постигание смысла – завершающий момент размышления, – когнитивная ситуация, в ходе которой индивид по разному группирует набор имеющихся данных, рассматривая их временную последовательность или их связь в динамической последовательности или логической ситуационной взаимосвязи. Это – мгновенное выявление внутренних связей между набором исходных данных, позволяющее понять системные отношения эмпирического объекта и информационного универсума. *Постигание смысла* выражается в *понимании* – состоянии сознания,

²¹ Barkun M. Law Without Sanctions. New Haven, 1968.

при котором рождается идея и, исходя из нее, формируется цель деятельностного поведения. Это – идея о том, как соотносятся эмпирические данные, наблюдаемые индивидом, и системные связи целого. Данная идея может быть научной истиной, доступной доказательной проверке. Она может быть и необоснованной гипотезой индивида, выражающей его ограниченный масштаб овладения смыслом. Но и в этом случае имеет место продвижение вперед, поскольку фиксируется определенный этап познания, который становится достижением разума. Фиксация смысла возможна в создании нового понятия (понятийная категория – обобщенное значение, выделение предметов по общим признакам), вещи (которая в отличие от живой памяти выступает стабильной познавательной моделью, расширяющей возможности выявления динамики процессов информационного обмена до исторических масштабов человечества) или системы кодирования информации (в текстовой форме – связной последовательности знаковых единиц письменной речи). Три направления фиксации смысла прослеживаются, например, в движении от понятий о справедливости (естественное право) к созданию вещи – правового кодекса (нормативизм) и от него – к системе кодирования (знаков и символов, выражающих правовые предписания)(юридическая семиотика и семантика) и социальной практике – судебным решениям и их обоснованию (юридический реализм).

Постижение смысла юридических норм: опыт, знание и передача информации

Данная логика представлена в ряде ключевых взаимосвязанных понятий когнитивно-информационной теории, соединяющих мышление, опыт и знание. *Мышление* – познавательный процесс, который (через сопоставление данных внешнего восприятия) завершается синтезом и пониманием смысла. *Опыт* – объем информации, полученный непосредственным участием в ситуации. *Знание* – есть совокупность (массив) информации, добытый через использование вещи – интеллектуального продукта, воплощающего фиксацию опыта и его обобщение. Так, с позиций юриспруденции опыт отражен прежде всего в обычаях (обычном праве) – стереотипах или правилах поведения, имеющих подсознательный характер, сложившихся в результате их спонтанного многократного применения и никем специально не фиксируемых, знание – в рационально конструируемом кодексе, системе писаных законов или фиксированных прецедентов²². Производство правовых норм в широком смысле имеет целенаправленный характер, осуществляется законодательной властью (изданием законов), судебной властью (как ее решениями, так и интерпретацией с позиций судейского активиз-

²² Pound R. The Spirit of the Common Law. Boston, 1963.

ма), правительством и администрацией (подзаконными актами различного уровня), а также формируется (как прямым, так и косвенным образом) со стороны разработчиков научной доктрины, различных общественных групп, создающих обычное право; коллективные соглашения, корпоративные нормы и пр. Направленная фиксация норм (часто в условиях конкуренции различных проектов) является не только выражением селекции общественных представлений, но и выражением стремлением к когнитивному доминированию различных групп в обществе.

Образование картины мира есть направленное достижение умений постигать скрытый информационный ресурс – начиная с умения писать, т. е. кодировать информацию в определенной знаковой системе, распознавать (декодировать, дезактивировать) созданное другим, обладать набором информации уже готовой, но одновременно – самостоятельно добывать информацию. В этом контексте образование – это обучение добывать информацию активным образом, а не пассивно запоминать готовое знание. Образование всегда обучает методу извлечения неочевидного – *скрытого информационного ресурса* (чтение, письмо, алгоритмы счета, юридическая техника). Умение распознавать информацию является в традиционном обществе достоянием узкого слоя интеллектуалов (наличие алгоритмов опыта), мудрецов (предрасположенность к интеллекту) и, наконец, знатоков управления, владеющих закрытыми информационными

ресурсами, недоступными рядовым индивидам сообщества.

Явная и «скрытая» информация всегда существовали в истории: Тайное эзотерическое знание имело особые социальные функции: «Скрытая» информация предполагает усилия интерпретации. В повседневных практиках человеческих сообществ осознание информационного ресурса вещей, изделий, утративших свой первичный статус, – имеет огромное значение для передачи знания, сохранения традиций, играет консолидирующую роль в поддержании идентичности сообщества. Но оно осуществляется своего рода интеллектуальной элитой сообщества, которая в силу когнитивных способностей (мудрости) или объема практического опыта (старейших), обладает неочевидными и потому таинственными знаниями (традиционной герменевтики, не отделяющей интуитивной мудрости от рационального знания) и транслирует массовому сознанию лишь конечный результат такого знания. Ключевое значение в организации информационного ресурса приобретает, как показал еще М. Вебер²³, табуизация знания, представление его посредством особых коммуникаций – чуда, тайны и авторитета, например, в действиях «короля-чудотворца»²⁴.

Традиционно сложившиеся модели интерпретации и при-

²³ Вебер М. Избранное. Образ общества. М., 1994.

²⁴ Блок М. Короли-чудотворцы. Очерки представлений о сверхъестественном характере королевской власти, распространенном преимущественно во Франции и в Англии. М., 1998.

менения права в известной мере соответствуют этим критериям декодирования информации посвященными – профессиональными юристами. Процесс толкования права в ходе принятия судебного решения выступает как ключевой механизм выявления подлинного смысла текста закона или смысла зафиксированных в нем норм. Существует два понимания юридического толкования – полное и сокращенное. В первом случае речь идет о выяснении смысла выражений в юридическом языке и задача состоит в том, чтобы установить, что говорится. Во втором случае – толкование состоит в выяснении смысла спорного юридического положения, и задача толкования – в определении смысла выражения или произведении выбора между различными смысловыми конструкциями. В юриспруденции представлена интерпретация официальная и доктринальная; субъективная (какой смысл вкладывал сам автор) и объективная (какой смысл вкладывается в юридическом порядке).

Представлено три типа проблем интерпретации неясных (темных) терминов – синтаксические (выяснение взаимосвязи слов в юридическом заявлении), логические (выяснение отношения выражения к другим выражениям в том же тексте, разрешение противоречий и антиномий) и семиотические (выяснение смысла). Необходим учет ценностных позиций интерпретатора: с этой точки зрения различаются позиции – декларативная, рестриктивная и экстенсивная. Первая – стремится раскрыть точный смысл слов, которыми выра-

жена норма; вторая – наряду с этим стремится опереться на известный смысл нормы; третья – ищет решения в сравнении с аналогичным решением в прошлом (подключая ретроспективный информационный ресурс). В современной литературе раскрыты различные логические пути вынесения судебных решений, выраженные в следующих формулах: движение от нормы к решению; движение от познания к согласию; от метода к судопроизводству. Отсюда – три типа теорий аргументации: эмпирические или дескриптивные, аналитические и нормативные (или прескриптивные). Сейчас эти теории критикуются за то, что они не показывают процесс вынесения судьей решения. Это актуализирует когнитивную составляющую, тем более, что мотивация приговора есть канал легитимации решения.

Юридическое конструирование реальности: пространство, время и смысл существования

Формирование картины мира в процессе информационного обмена включает конструирование категорий пространства и времени, фреймов восприятия, а также их фиксации в понятиях и материальных формах²⁵. Конструктивистская парадигма обсуждает такие вопросы, как когнитивно-информационная природа права; право и справедливость; струк-

²⁵ Гофман И. Анализ фреймов. Эссе об организации повседневного опыта. М., 2004.

тура правовой нормы и института; функция и дисфункция в правовом развитии: причины разрыва и сохранение преемственности правовых норм; эмоциональные и психологические основы права, границы конструирования (например, при обсуждении *fictio iuris*, сконструированной юридическим порядком для полезности). Конфликт правовых систем мира рассматривается как конкуренция и отбор востребованных норм по когнитивно значимым параметрам социального развития: правовая география как выражение цивилизационного разнообразия; когнитивно-информационные особенности развития правовых систем; соперничество правовых семей за создание картины права будущего; перспективы их конвергенции или противостояния; решение вопроса о соотношении нормы и социального идеала в развитии правовых систем. Тема глобализации и локализации в развитии права включает вопросы: глобальные ценности и национальные интересы в области прав человека; международное право и государственное право в разрешении конфликтов; европейское право как попытка разрешения конфликтов; идеал и реальность – дебаты о мировой конституции.

Масштаб проблем, затронутых этими дебатами, выходит за рамки чисто юридической составляющей и представляет собой цивилизационный выбор. Суды своими решениями конструируют новую реальность по таким направлениям, как пространство, время и смысл существования. *Пространство как категория юридической картины мира* становится

ся объектом конструирования в связи с решением проблемы суверенитета в условиях глобализации – в частности, в споре об отношении к решениям Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), касающимся внутренней политики. Представлено три основных позиции – приоритет международного права над 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. Существенное значение имеет конструирование внутреннего пространства – в решениях Конституционных судов о границах централизации и децентрализации и ее типах (например, договорная или конституционная модели федерализма, деволюции и автономизации), в какой мере эти границы остаются неизменными, как должны решаться вопросы перераспределения полномочий центральных и региональных органов власти и формироваться сами эти органы – вопросам, принципиальным для вектора конституционно-правового развития.

Время – значимый фактор решений судов, которые конструируют новую реальность не только для настоящего и будущего, но иногда и прошлого, что ставит проблему легитимности ретроактивного толкования конституции. Примеры таких решений на постсоветском пространстве включают изменение отношений собственности (реституция – воз-

вращение собственности прежним владельцам); изменение экономических ожиданий, ставящее под вопрос принцип равенства правовой защиты (решения периода экономического кризиса о банках, налогах и страховании); даже переписывание истории (например, решения по законам о люстрации – ограничениям прав на занятие должностей лицами, сотрудничавшими с политическими и карательными структурами прежнего режима, что не противоречило законодательству того времени).

Смысл существования – определяется судебными решениями по вопросам символического характера. Это, прежде всего, решения Конституционных судов по вопросам религиозного или светского выбора – соотношения конституционных норм о светском характере государства с активным стремлением к восстановлению религиозных символов (например, ношением женщинами хиджаба в мусульманских странах). Конституционные суды чрезвычайно активны в решении идеологических вопросов, раскалывающих общество как, например, известный процесс над КПСС или установление новых памятных дат с позитивным или негативным знаком (как, например, дебаты в Молдавии о введении дня памяти советской оккупации). К этой категории решений можно отнести решения по вопросам исторической памяти – связанные с осуждением деятелей старого режима как террористов, и наоборот, признанием их противников – героями сопротивления, запрет и признание неконституционны-

ми прежних символов, памятников, герба, гимна. О том, что подобное ретроактивное толкование граничит с произволом говорит легкость, с которой суды некоторых постсоветских стран меняют свои решения на прямо противоположные в изменившейся ситуации.

Следует подчеркнуть, что решения судов по таким вопросам становятся источником когнитивного диссонанса в обществе независимо от их юридической корректности. Можно констатировать появление на постсоветском пространстве антимажоритарных судебных решений (когда они противоречат мнению большинства граждан, отраженному в социологических опросах). Примером может служить вполне либеральное решение КС РФ о смертной казни, которое, однако, противоречило воле большинства (зафиксированной в результатах опросов населения, подтверждающих приверженность его большей части данной мере наказания). Критики оценили данное 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. Все это – так называемые «трудные дела» (Hard Cases), по которым суд может вынести противоположные решения, причем в обоих случаях они будут основаны на действующем законе. В подобных ситуациях суд вынужден отказаться от чисто нормативистской логики решения и учитывать экстраконституционные (моральные, фи-

лософские, политические) соображения, постигая смысл и формируя новые ценности (как это было ранее продемонстрировано в США, например, в деле *Brown v. Board of Education of Topeka*). Процессы глобализации, информатизации и модернизации в дальнейшем еще более усилят эту когнитивную функцию судов, что заставляет обратиться к вопросам анализа метаконституционных аргументов принятия решений и полноценно поставить проблему легитимности судебных решений, доктрин и принципов, лежащих в их основаниях²⁶.

Траектория метода и возможности применения теории

Когнитивно-информационный подход позволяет установить, как в принятии правовых норм или динамике судебных решений происходит юридическое конструирование реальности, обретение и фиксация нового смысла. Этот подход соответствует одному из определений информации (К. Шеннона) как «уменьшения неопределенности»: он фиксирует этапы движения сознания от неопределенности к определенности, от определенности к фиксации, от фиксации – к защите норм и их применению.

Когнитивно-информационная теория, несомненно, обо-

²⁶ The Supreme Court and American Political Development. Ed. By R. Kahn and K. Kersch. Princeton, 2006.

гащает социологию образования, анализируя социальные и этические факторы гуманитарного познания, отношения опыта и знания, проводя разграничение подлинного (добываемого самостоятельно) и мнимого (получаемого в готовом виде) знания, творческого (основанного на обучении методу) и транслирующего (вторичного) образования. С этих позиций актуально обращение к проблемам социальной и когнитивной адаптации: природа общественного идеала и его закрепление в праве; циркуляция утопий в истории; утопии и антиутопии современного общества; их отношение к полноценному научному и доказательному знанию; человек будущего с точки зрения философии права и педагогики (университетского образования)²⁷.

Траектория метода как исследовательского пути вырисовывается как аналитика эмпирических данных интеллектуального продукта, его имплицитной (эмпирической) достоверности и принятых логических выводов, каждый из которых открыт для выдвижения контраргументов. На этой основе становится возможным выстраивание методов и критериев *доказательности и проверки* знания; научное конструирование – *построение модели* (схематически выраженной ситуации информационного обмена) для создания логически непротиворечивой концепции социального (юридического) процесса и *прогнозирование* – аналитический вклад, в ходе которого выявляются фазы процессов, прошедших в

²⁷ Человек: образ и сущность. Когнитология и гуманитарное знание. М., 2010.

прошлом, и просчитывается наступление последующих фаз аналогично протекающих процессов. Аналитика реализованных в ходе исторического процесса вариантов развития событий становится инструментом *упреждающего прогнозирования*.

Конституционная инженерия выступает как инструмент разрешения когнитивно-информационного конфликта по следующим направлениям юридического конструирования: система конституционного права как идеальная проекция общества в законах, производство норм, психологические и моральные (а не только нормативные) факторы их отбора и интерпретации политиками и судьями; конституционные циклы как выражение конфликта позитивного права и социальных представлений о справедливости; механизм конфликтов (когнитивные факторы, определяющие преемственность и разрыв правовой преемственности), их преодоление с позиций когнитивной теории (сохранение или утрата когнитивного доминирования институтами, нормами и группами); границы саморегуляции и самокорректировки политико-правовой системы (конституционное толкование), психологические аспекты когнитивной адаптации в рамках нового правосознания, определяющего спрос на право и доступ к правосудию или отказ в них, формирование творческой личности в гражданском обществе и правовом государстве.

Печатается по изданию: Медушевский А.Н. Когнитив-

ная теория права и юридическое конструирование реальности // Сравнительное конституционное обозрение, 2011, № 5 (84). С. 30–42.

Кризис права как проблема теоретической юриспруденции

В условиях глобализации широкое распространение получил тезис о кризисе права. Его проявления усматривают практически во всех значимых областях жизни: разрушении исторически сложившейся системы международного права; растущем конфликте международного и национального права и деформации последнего под влиянием интеграционных процессов (размывание понятия суверенитета). Обращают внимание на эрозию традиционной, культурной, религиозной и национальной идентичности в современной Европе, проблемы которой оказывается трудно разрешить в рамках прежней демократической легитимности и доктрины прав человека. Расширяющиеся возможности манипулирования электоратом (в условиях информационного общества и развития массовых коммуникаций), связанные с феноменом медиально-плебисцитарного вождизма, медиа-партий или даже необонапартизма, делают современную ситуацию типологически сходной с той, которая существовала в начале XX в. и интерпретировалась как «кризис права», «кризис в праве» и «кризис парламентаризма»²⁸.

²⁸ См.: Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия. М., 2007; Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы. М., 2006.

Выяснилось, что принятие правовой системы, даже самой либеральной, не есть гарантия от поворота вспять. Констатация этого факта заставила теоретическую мысль обратиться к анализу возникновения конфликтов и противоречий в праве, социально-психологическим и социальным основам стабильности правового порядка, соотношению правовых и политических аспектов социального регулирования, институтам, способным выполнять роль гаранта конституционности законов, а также специальному анализу экстремальных ситуаций (диктатура, чрезвычайное положение), означавших отказ от правовой преемственности и использование внеконституционных (или даже антиконституционных) методов. Прежняя эволюционная теория развития права ушла в прошлое: вся история права оказывалась историей переворотов в праве, разрывом преемственности отдельных правовых порядков.

На рубеже XIX – XX вв. данная проблема стала центральной для таких мыслителей, как Г. Еллинек, П. Лабанд, а позднее М. Вебер, Р. Сменд и К. Шмитт в Германии и Австрии, А. Эсмен, Л. Дюги, М. Ориу и Р. Карре де Мальберг во Франции, Г. Ласки в Англии, В. Парето и Дель Веккио в Италии, Л.И. Петражицкий, П.И. Новгородцев и М.Я. Острогорский в России²⁹. Исследователи констатируют наличие кри-

²⁹ См.: *Friedrich M. Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*. Berlin, 1997; *Stolleis M. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Zweiter Band. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914. München, 1992.

зиса права и выдвигают различные концепции его объяснения. В классической правовой мысли представлен ряд основных теоретических моделей кризиса, которые целесообразно реконструировать и проанализировать с современных позиций.

Кризис права как целостной системы норм включает ряд стадий: существующее единство, его распад и восстановление системы на новой основе. Теория кризиса призвана ответить на вопросы о том, почему происходит распад целостной системы норм; какие факторы управляют этим процессом; можно ли остановить или замедлить процесс распада; при каких условиях восстановление единства системы норм ведет к восстановлению старого, а при каких – нового права.

В задачу данной статьи входит ответ на вопрос, в какой мере классические теории кризиса права, разработанные в то время, объясняют параметры современного кризиса и каковы возможные конструктивные подходы к такому объяснению.

Конфликт правопорядков: старого и нового права

В конфликте старого и нового права Г. Еллинек усматривал объяснение кризиса права. Он выделял три возможных ситуации: во-первых, столкновение неправовой силы с бессильным правом, когда в результате, например, госу-

дарственного переворота победа новой силы придает ей характер правосозидающего фактора; во-вторых, столкновение новых правовых идей с действующим (позитивным) правом, составляющее суть дебатов в парламенте и академических кругах; в-третьих, столкновение двух правопорядков в одном государстве. Последний вариант особенно интересен, поскольку отражает ситуацию переходных процессов в развитии права и в этой связи применим к современной российской конституционной дискуссии³⁰.

Г. Еллинек констатировал возможность такого противоречия двух правопорядков в одной правовой системе, при котором конфликт между ними оказывается практически неизбежен, поскольку они опираются на противоположные принципы, но стремятся регулировать одни и те же области права. Более того, он четко сформулировал внешние проявления данного конфликта – при внешней приверженности одним и тем же правилам игры (закрепленным в конституции) стороны, опираясь каждая на свой круг идей, не признают правоты оппонентов, рассматривают действия противоположной стороны как произвол и незаконное вторжение в свою область интересов, «говорят как бы на разных языках», «не понимают друг друга и не могут понять»³¹, парадоксальность ситуации заключается в том, что стороны конфликта, по мере его развития, не только не сближаются в позициях,

³⁰ См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004.

³¹ Еллинек Г. Борьба старого права с новым. М., 1908.

но, напротив, оказываются все дальше от такого сближения.

Ученый интерпретировал данный конфликт как борьбу старого и нового права, отмечая, что он может быть разрешен лишь исходя из цельного представления о существовании эпохи и перспективного видения направления правовой реформы. Именно так решался конфликт между церковным и светским правом, феодальным и современным государственным, между абсолютизмом и конституционализмом. В соответствии с тем, какой из конфликтующих право порядков в рамках формально единой правовой системы общество рассматривает как перспективный, решается вопрос о том, какой право порядок становится господствующим, а какой отступает на периферию и сохраняется в лучшем случае в виде правовых пережитков, как интерпретируется проблема соотношения легитимности и законности основных правовых актов, как определяется ситуация пробелов в праве и решается вопрос об их заполнении.

Г. Еллинек утверждал, что государственное право, лишенное пробелов, принципиально невозможно. Вся история права есть история его кризисов, переворотов в праве, смены одних правовых систем другими. Революции и нарушения конституции всегда были исходным пунктом новых правовых образований. Только путем фикции может юриспруденция сохранить видимость преемственности развития права. Г. Еллинек называл два способа модификации конституции – изменение и преобразование. Под первым понимают

ся изменения, сделанные в тексте конституции путем преднамеренного волевого акта, под вторым – изменения, формально не меняющие текст конституции, но наполняющие ее положения новым смыслом в ходе спонтанных (не принимаемых целенаправленно) действий, в процессе социальной эволюции. Революции являются выражением целенаправленного изменения конституций путем насильственных переворотов, осуществляемых снизу или сверху, «каждая удавшаяся революция творит новое право»³².

Вклад Г. Еллинека в интерпретацию кризисов в праве состоял в указании на политические и социальные факторы, определяющие столкновение различных элементов одного правопорядка. Однако он лишь констатировал постоянный конфликт «старого» и «нового» права, не рассматривая специально вопрос о механизме их взаимоотношения и, в конечном счете, о причинах торжества одного вида права над другим. Вопрос упирался в отказ традиционной позитивистской правовой доктрины выйти при интерпретации права за рамки самого права, т. е. в сферу социальных и политических отношений. Это могло быть сделано лишь на основе социологического подхода к праву, основы которого разрабатывались как раз в рассматриваемый период.

³² *Еллинек Г.* Конституции, их история и значение в современном праве. М.; СПб., 1906.

Конфликт позитивного права и правосознания

Новая концепция кризисов права связывала их с конфликтом позитивного права и правосознания. Л.И. Петражицкий различал позитивное право (правовые переживания, основанные на представлении о нормативных фактах) и интуитивное право (основанное исключительно на интуитивных представлениях) и видел смысл развития в их соотношении: интуитивное право (мы бы сказали, правосознание) может отставать от позитивного права (закрепленного в законах и потому неизменного), идти вровень с ним или обгонять его. Интуитивное право носит спонтанный, позитивное – упорядоченный характер, первое тяготеет к динамике, второе – к статике. Если разрыв между интуитивным и позитивным правом становится очень велик, возникает социальная революция, которая восстанавливает их соотношение.

Л.И. Петражицким сформулирован своеобразный закон необходимости соответствия интуитивного права позитивному, нарушение которого ведет к кризису правовой системы: «при переходе разногласия за известные пределы неизбежно крушение подлежащего позитивного права, – в случае сопротивления в форме социальной революции»³³. Интуитивное право отчасти является создателем новых норм пра-

³³ *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 488.

ва, так как именно в его недрах зарождаются новые представления о справедливости, находящие затем выражение в позитивном праве. Понятие «справедливость» в этом смысле тождественно понятию «интуитивное право». В реальности это означало, что если, например, революционные толпы верят в возможность непосредственного введения коммунизма, то эта их вера (вопреки реальности и здравому смыслу) станет (в случае победы революции) основой позитивного права.

С этих позиций Л.И. Петражицкому удалось по-новому решить проблему соотношения спонтанности и цели в развитии права. Если большинство либеральных юристов вслед за Р. Иерингом подчеркивало целесообразный характер права, искало «цель в праве» и находило ее в идее правового государства³⁴, то Л.И. Петражицкий считал, что развитие права имеет спонтанный характер, а механизм этого процесса есть длительная социальная селекция определенных норм и ценностей, закрепляемых в сознании и психике религиозными санкциями позитивного и негативного характера. Предвосхищая выводы современных культурных антропологов, он стремился проследить, как происходит (или не происходит) формирование правовых институтов путем накопления инстинктивного отвращения к одним поступкам (например, ложь, кража, обман) и кристаллизации симпатии к другим (например, уважение к исполнению заключенного догово-

³⁴ См.: *Иеринг Р. Борьба за право*. М., 1991.

ра, признание чужой собственности, подчинение авторитету старейшин). Вывод состоял в том, что право есть кристаллизация длительного, массового и спонтанного опыта, а не сознательное конструирование и рациональные действия выдающихся личностей.

Тезис о конфликте интуитивного и позитивного права как источнике правового развития, весьма спорный с точки зрения классической правовой доктрины, позволял, однако, объяснить изменения в праве, а также специфическое явление превращения неправовых (моральных) отношений в правовые (закрепленные нормативно). Примером служит превращение моральных постулатов мировых религий (например, христианства) в элемент последующего позитивного права («императивно-атрибутивные правовые принципы», по терминологии Л.И. Петражицкого).

Гораздо более интересен, однако, феномен превращения антиправовых феноменов в правовые. В преступных сообществах, например, разбойничьих, пиратских, воровских шайках и т. п., – полагал Л.И. Петражицкий, – действует свое право: вырабатываются и беспрекословно исполняются свои специфические нормы (например, определяющие организацию, раздел добычи и пр.). Так, можно допустить существование некоторого права в пиратской шайке или революционной партии, которая, захватив власть в результате революции, может создать новое право, построенное на совершенно иных принципах, нежели предшествующее. Данный подход,

очевидно вытекавший из ценностно-нейтрального отношения к праву, может рассматриваться как своеобразное предчувствие крушения либеральной системы позитивного права в эпоху тоталитаризма.

Социальные конфликты внутри общества Л.И. Петражицкий также пытался интерпретировать как конфликты между различными типами интуитивного права. Отрицая классовую теорию, он допускал, однако, существование в одном обществе различных видов интуитивного права, которые могут вступить в конфликт друг с другом, говорил об «интуитивно-правовой этике целых слоев, групп населения». Этот конфликт (интуитивного и позитивного права), далее, оказывался возможен между одним индивидом и всем обществом. Поскольку Л.И. Петражицкий отождествлял право не только с коллективной, но и индивидуальной психикой, у него получалось, что в виде юридических сделок могут выступать моральное обязательство вернуть карточный долг, драться на дуэли, объяснение в любви (декларация любви, с одной стороны, и признание, с другой – есть «революция взаимных правоотношений») или подписание договора между индивидом и дьяволом о продаже собственной души.

Критика теории Л.И. Петражицкого (например, Н.М. Коркуновым, В.М. Хвостовым, В.И. Сергеевичем) с позиций традиционной юридической науки была вполне оправданна. Релятивистская трактовка права, предложенная им во имя соединения права и нравственности, невольно сослуживала

жила плохую службу, будучи положена в основу последующего представления советских юристов о разделении права на «наше» и «чужое», «революционном правосознании», а в конечном счете – отрицании права и апологии террора³⁵. Однако данная теория стала основной в социологии права и юридической антропологии XX в., предложив (наряду со скандинавской школой) психологическое объяснение природы конфликта в праве, способного завершиться его полным разрушением³⁶. В этой перспективе теория Л.И. Петражицкого представляет собой поразительную интуитивную догадку о том, что народное правосознание может оказаться худшим врагом права, нежели антиправовое поведение правящей элиты и интеллигенции.

Столкновение действующей нормы и идеала

Более широкий взгляд на кризисы в праве был продемонстрирован последующими исследователями тех стран, где такие кризисы завершились установлением диктатур – Италии, Германии, Испании. Кризис не является уделом только переживаемой эпохи, а представляет собой постоянно повторяющееся в истории явление. Можно сказать, что право,

³⁵ Подробнее см.: *Медушевский А.Н.* Л.И. Петражицкий и кризис права начала XX в. // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4 (57).

³⁶ *Тимашев Н.С.* Развитие социологии права и ее сфера // Беккер Г., Босков А. Современная социологическая теория. М., 1961.

его наука, как и общее сознание и человеческая жизнь, находятся в постоянном кризисе (*une crise perpétuelle*), т. е. предпринимают постоянные усилия по адаптации, трансформации и реинтеграции. Каждое действие сопровождается появлением новой проблемы, а предпринимаемые решения редко имеют дефинитивный характер. Этот «диагноз» вполне сопоставим с тем, который выносили А. Тойнби и Питирим Сорокин в отношении культуры в целом. Собственно в науке права, полагал Дель Веккио, кризис выражается наиболее определенно в столкновении позитивного права (фиксированного в кодексах) и идеального, привнесенного революционными изменениями и имеющего моральный характер³⁷.

С этой точки зрения кризис, порожденный революцией, выражается в отмене старого позитивного права. Однако сами эти революции в отношении права могут иметь более и менее деструктивный характер. Они завершают установление новой системы позитивного права, которое может быть лучше или хуже, мягче или жестче прежней системы. Задача юристов при этом состоит не в следовании букве существующего позитивного права, а в его активном переосмыслении и реформировании с учетом новой социальной реальности путем соотношения с нравственным идеалом³⁸.

³⁷ *Del Veccio G. L'Etat et le Droit. Paris, 1964.*

³⁸ *Bobbio N. Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Milano. 1977; Социологические теории кризиса в праве изложены подробнее в работе: Медушевский А.Н. Социология права. М., 2006.*

Право предстает, с одной стороны, как данность, как некий феномен в своей историчности, с другой – как нечто, исходящее из нашего духа и существующее в своем идеальном состоянии. Первое понимание более очевидно и связано с эмпирическими наблюдениями права как объективной реальности, абсолютно определенной и независимой от всякого субъективизма, того, что доступно ощущению. Однако это традиционное представление не учитывает психологической сложности работы юриста и создания правовых норм, отражающих разнообразные социальные отношения. Данная работа сложнее, чем в других, более технических, областях. В реальности, полагал Дель Веккио, юрист сводит разнообразные социальные отношения (которые отнюдь не всегда являются наиболее очевидными), соотносит их с нормами, а в случае их отсутствия сам участвует в выработке новых норм. Эта интеллектуальная работа определяется как в высшей степени трудоемкая и сопоставимая с наиболее сложными видами технических работ.

Писаное право недостаточно для понимания быстро меняющейся социальной реальности. Нет никакого сомнения, считал Дель Веккио, что «*jus scriptum*» (письменное право) в форме как кодифицированных законов, так и сборников прецедентов обычного права недостаточно для осмысления постоянно обновляющейся реальности, а также для того, чтобы предложить разрешение всех новых вызовов социальной жизни. Невозможность для человеческого разума охва-

тить все будущие ситуации наперед отмечали еще римские юристы, и это подтвердила последующая практика. В новейшее время данная тенденция проявилась еще более заметно в силу быстрых изменений существующих условий, возникновения новых форм деятельности и вследствие этого новых проблем и контрастов. Их появление отнюдь не всегда находит разрешение в ранее созданных законах. От современных юристов требуется не только интерпретация действующих законов в целях адаптации их смысла к новым социальным отношениям, но и интенсивная инновационная деятельность («*l'oeuvre d'innovation nécessaire*»).

Правовая система определяется в данной перспективе (начиная с Вико) как выражение исторически детерминированного сознания эпохи. Правосознание выступает, следовательно, как основа стабильности или изменения правовых систем. Право – живая система³⁹. Юрист должен суммировать и оживить, насколько возможно, единство всей правовой системы. Среди новых областей жизни Е. Эрлих называет отношения труда и капитала, обеспечение аграрных отношений, автомобилизм, воздухоплавание, телефон и радио – все они ставят перед юристом проблемы создания нового законодательства и изменения старого. Излишняя жесткость права – неизбежно ведет к его кризису.

Уже на рубеже XIX – XX вв. это актуализировало вопро-

³⁹ О школе «живого права» см.: Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge, 1936.

сы правовой теории, ее соотношения с практикой. Речь идет, по мнению Дель Веккио, не об изменении фундаментальных юридических понятий, а об их новом философском переосмыслении. Юристу, считал он, не должны возбраняться выход за пределы его работы судьи или толкователя, занятия разработкой проектов новых законов, т. е. подготовка более или менее радикальных реформ в любой отрасли права: эта деятельность должна поощряться даже в интересах самой системы позитивного права, которая будет грубо опрокинута, если ее не модернизировать постепенно. Поэтому следует признать не только лучшими, но и более надежными те правовые системы, которые предусматривают и определяют возможности и способы своего собственного реформирования. Данный вывод, однако, открывал путь правовому voluntarismу, оправдывая любое изменение права во имя его социальной эффективности.

Конфликт формы и содержания юридических отношений

Конфликт формы и содержания как выражение кризиса выявляется при изучении динамической модели их соотношения⁴⁰. В условиях модернизации и догоняющего развития нередки ситуации, когда происходит заимствование право-

⁴⁰ Этот подход получил четкую формулировку еще в классической философии. См.: Гегель. Философия права. М., 1990.

вых норм (даже конституций и кодексов) более передовых государств социально отсталыми странами. В подобных ситуациях, интерпретируемых в контексте концепции правовой модернизации, практически неизбежен конфликт формы и содержания, новой конституции и традиционных социальных институтов. Данный конфликт может иметь различные результаты: коренную реформу социальных институтов с учетом новых конституционных форм, отказ от новых форм во имя старого содержания и, наконец (как наиболее частый случай), модификация того и другого – тот новый синтез формы и содержания, который адекватен меняющейся ситуации. В условиях модернизации вполне приемлем поэтому вывод немецкого неокантианского философа права Р. Штамmlера об опережающем характере развития правовых форм по отношению к социальному содержанию⁴¹.

Конфликт легитимности и законности

М. Вебер суммировал ряд предшествующих концепций конституционного кризиса: его суть усматривалась им в изменении ценностных ориентаций общества, выражающихся в понятии легитимности правовых основ общества. Крушение традиционных монархий в Восточной Европе начала XX в. очень остро поставило проблему легитимности новых

⁴¹ См.: *Stammler R. Theorie der Rechtswissenschaft. Halle-Saale, 1911.*

демократических режимов, вынужденных апеллировать теперь к народной воле, что, однако, зачастую служило демагогическим прикрытием установления новых авторитарных режимов⁴². Очевидно, что философия права начала XX в. дала теоретическое обоснование конституционных кризисов и способов их разрешения, среди которых выделяются как правовые, так и неправовые (революционные) способы легитимации нового строя. Конфликт легитимности и законности стал основой веберовского подхода к кризису права.

Различая понятия легитимности и легальности (или законности) (соответственно соотносимых с понятиями «*rechtmässigkeit*» и «*gesetzmässigkeit*»), К. Шмитт доводит их до абсолютного противопоставления применительно к революционным эпохам. Легитимность, строго говоря, гораздо шире законности, хотя последняя в Новое и Новейшее время становится важнейшим способом обеспечения легитимности в демократических государствах. Но в отличие от законности (как механического следования писаным законам) легитимность включает в себя огромный пласт социально-психологических представлений, связанных с историей, традицией, представлениями о будущем. Особенно важна романтическая трактовка легитимности в переломные эпохи, когда возникает драматический разрыв между сущим и долж-

⁴² Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. Подробнее: Медушевский А.Н. Макс Вебер и российский конституционализм// Отечественная история, 1992. № 2.

ным, реальностью и идеалом. К. Шмитт опирался на концепцию легитимности власти М. Вебера, причем особое внимание уделял иррациональному харизматическому типу легитимации как подлинному источнику всех революционных изменений в праве в противоположность легальности⁴³.

Ценностный конфликт двух нормативных систем

Теориям Г. Еллинека и Л.И. Петражицкого противопоставит концепция Г. Кельзена, многим обязанная М. Веберу. Закладывая основы своего «чистого учения о праве», он не мог обойти проблемы кризисов в праве, но дал иное ее решение.

Для нормативистской теории Г. Кельзена характерны четкое разграничение и противопоставление естественного и позитивного права, должного и сущего, рассмотрение права как единой внутренне логически взаимосвязанной системы норм, не допускающей существования пробелов, преодоление дуализма права и государства и утверждение о том, что всякое государство можно рассматривать как правовое с точки зрения действующего в нем права. Исходя из этого выстраивается концепция кризисов права, во многом являющаяся антитезой той, которая представлена Г. Еллинеком. Кризис права интерпретируется как ценностный кон-

⁴³ См.: Шмитт К. Политическая теология. М., 2000.

фликт двух правовых систем, одна из которых еще является правом, а другая уже претендует на то, чтобы стать им. Разрешение кризиса – насильственное (неправовое) изменение конституционной системы, результатом которого становится создание новой системы, основанной на других ценностных ориентациях⁴⁴.

Согласно Г. Кельзену, революция (в широкой трактовке включающая также государственный переворот) есть всякое изменение конституции или всякое изменение и замена конституции, которые осуществляются вопреки предписаниям действующей конституции. Именно феномен революции, считал он, ясно показывает значение основной нормы. Примером служит попытка группы индивидов захватить власть с помощью силы для изменения легитимного правительства в монархическом государстве и установления республиканской формы правления. Если они добиваются успеха и старый порядок перестает существовать, то изменяется вся правовая система, а вместе с ней меняются и критерии оценки правомерности или неправомерности поведения революционеров. В соответствии с этим одни и те же действия могут интерпретироваться диаметрально противоположным образом, признаваться законными или незаконными в зависимости от успехов или неудач революционного выступления. Успех переворота как критерий легитимности

⁴⁴ См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik.* Leipzig; Wien, 1934.

или нелегитимности нового основного закона – суть подхода Г. Кельзена.

Нормативистская теория конституционной революции, несмотря на свой макиавеллизм, является очень ценным приобретением правовой науки, поскольку позволяет объяснить такие парадоксальные явления истории XX в., как конституционный приход к власти антиконституционных сил или использование идей классического конституционализма для легитимации политических режимов, установленных с помощью силы. Интерпретация феномена мнимого конституционализма также многим обязана кельзеновской интерпретации конституции как совокупности публично-правовых норм, качественное наполнение которых зависит от данного государства. Либеральная критика кельзеновской концепции конституционной революции основывалась в той или иной мере на восстановлении идей естественного права, в частности пересмотре отношений сущего и должного (*Sein und Sollen*). Позиция Г. Кельзена (рассмотрение любой действующей правовой системы как права), отмечает один из критиков, исключает их оценку с позиций должного. В соответствии с таким подходом побежденные революционеры рассматриваются, как преступники, в то время как победившие – заставляют последующие поколения юристов называть созданную ими систему «правом». Взгляд Г. Кельзена на право служит основой концепции легитимности правовых норм, вытекающей из стабильной правовой системы

или ее радикального изменения в ходе революции.

В 1960 г. Г. Кельзен пересмотрел свое представление об основной норме как теоретическом допущении, посчитав, что она должна быть объединена (с элементами правовой реальности) единством воли. Данная эволюция взглядов (в направлении реализма) интересна тем, что показывает, как даже самый последовательный сторонник позитивизма искал утраченное единство системы (пытаясь соединить сущее и должное)⁴⁵.

Изменение или замена правовой нормы связаны обычно с политическим кризисом или являются его следствием. Правовая революция в принципе переплетается с политической революцией, может быть ее продолжением или следствием. Конституционное устройство, однако, также может послужить причиной кризиса: слишком жесткая конституция, блокирующая принятие эволюционных социально-политических изменений, может породить революционные антиконституционные движения. Конституционная революция есть состояние власти в процессе перехода от одной конституционной стадии к другой, процесс конституционализации новой власти.

⁴⁵ См.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. Zweite neubearb und erweiterte Aufl age.* Wien, 1960.

Конфликт норм и институтов

Важная теоретическая проблема при изучении кризисов права – соотношение правовых норм и институтов. Вопрос о самостоятельной роли права и значении правовой нормы в обеспечении прав личности стал предметом обсуждения в связи с пересмотром воззрений классического правового позитивизма в лице как нормативистской, так и институциональной его разновидностей. В этой связи актуализировалась концепция неинституциональной школы юридического позитивизма.

Прежде всего следует отметить, что институциональная школа правового позитивизма, представленная классическими работами французского ученого М. Ориу, сыграла по мнению критиков данного направления, существенную роль в становлении современной правовой теории и социологии права⁴⁶. Подлинный объективный элемент правовой системы она усматривала не в правовых нормах, а в институтах как корпоративных образованиях, наделенных единством организующей воли. Согласно данной позиции именно институты определяют правовые правила, а не наоборот. Таким образом, вновь возникла проблема либеральной правовой теории, состоящая в определении границ правового

⁴⁶ См.: *Hauriou M. Precis de Droit Constitutionnel*. Paris, 1929.

регулирования институтов и индивидуальной деятельности, предпринимаемого в целях предотвращения конфликтов в обществе.

Отмечая реалистичность данного подхода, неоинституционалисты, однако, усматривают его односторонность в недооценке самостоятельной роли права как социального фактора. Неоинституциональная школа правового позитивизма, а также ее западноевропейские последователи подвергают критике прежде всего антинормативизм классического институционализма. Свою задачу они видят в выявлении самостоятельного значения правовой нормы в конструировании социальных отношений и самих институтов. В этом смысле право как система норм есть объективная реальность, определяющая функционирование социальных институтов (поскольку нормы создают основу информационной структуры институтов и их деятельности).

Практический вывод из неоинституционального подхода к праву состоит в рассмотрении права и правовых норм как важнейшего фактора организации и трансформации общества. Конституция есть договор о согласии, фиксирующий формы, институты и процедуры. Все сказанное о соотношении формы и содержания вполне правомерно может быть использовано для анализа динамики конституционализма⁴⁷.

Если нормы, правила и процедуры имеют самостоятель-

⁴⁷ Медушевский А.Н. Конституционные кризисы в обществах переходного типа // Вопросы философии, 1999. № 12.

ное значение, то становится возможным не только прогнозировать ситуации кризисов права (когда эти нормы, правила и процедуры перестают действовать), но и разрабатывать способы преодоления этих кризисов, технологии выхода из них (путем воспроизводства этих норм, правил и процедур) в измененной и более эффективной форме.

К современной концепции кризисов в праве: теория конституционных циклов

При изучении правовых параметров общественных трансформаций наиболее продуктивной представляется методология неоинституционализма, предполагающая рассмотрение права и политических институтов в качестве автономных факторов политического процесса. Опираясь на эту методологию, можно проследить как влияние задаваемых правовыми нормами типов правового регулирования на политический процесс, так и воздействие политических институтов и процедур на конфигурацию правовых норм, что особенно важно при исследовании догоняющей правовой модернизации, когда от адекватности избранной модели конституционализма и технологий ее реализации в значительной мере зависит успех преобразований.

Если право есть некоторая фиксированная система норм, то конституция – это система норм высшего порядка (норм, производящих другие нормы). Как и всякий объект реаль-

ности, она воспринимается нами в практическом воплощении, а ценность ее норм часто осознается лишь в условиях прекращения их действия. Вместе с тем конституция не сводится к реальности в материальном смысле. Она является также выражением некой абстрактной идеи – идеи, которая, с одной стороны, осмысливает накопленный опыт, с другой – предстает в качестве своего рода нравственного идеала. Соотношение конституции-реальности и конституции-идеала суть особенная исследовательская проблема, приблизиться к решению которой можно путем анализа смены конституционных парадигм и политико-правовых идеологий (консерватизм, либерализм, социализм, национализм, новейшие идеологии информационного общества).

Сложность познания конституционных явлений обусловлена именно их семантической многозначностью. Между исследователем и объектом (конституцией) очень много различных наслоений (общекультурного, идеологического, интеллектуального, политического характера). Чтобы преодолеть такие наслоения, необходимо обратиться к процессу выработки конституционных норм. В известном смысле он аналогичен акту творения – Созданию порядка (закона) из хаоса (мирового беспорядка). Создание правовых норм – это одновременно и конструирование реальности, и ее научное познание; это попытка постижения скрытых закономерностей (которые отнюдь не всегда доступны эмпирическому наблюдению), выражения их в правовых нормах (не только

дескриптивных, но и прескриптивных) и сознательного преобразования мира в соответствии с юридическим его пониманием. Последнее возможно в рамках политики права и модернизации правовой системы.

Концепция конституционных циклов – важнейший результат теоретического анализа конституционного процесса и эмпирических наблюдений за его динамикой. Конституционный цикл охватывает весь спектр конституционных состояний – от признания действующей конституции утратившей легитимность до создания новой – и включает те же фазы, что и цикл экономический: кризис (объявление старой конституции утратившей законную силу и осознание необходимости разработки новой); депрессия (фактическое прекращение действия старой конституции, раскол общества в отношении конституционных перспектив); оживление (достижение определенного согласия по вопросу о тех принципах, которые должны быть закреплены в основном законе); подъем (введение в действие новой конституции). Институционально различные фазы цикла выражаются в утрате легитимности старой властью, появлении ряда конкурирующих центров конституирующей (учредительной) власти, достижении компромисса между ними и формальном введении в действие новой конституции⁴⁸.

Конституционные циклы могут быть краткими (когда действует так называемый закон маятника) и длительными

⁴⁸ См.: Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. М., 2005.

ми. Наибольший интерес для теории права представляют длительные конституционные циклы, в которых находят свое выражение объективные противоречия конституционной модернизации и ретрадиционализации. Сравнительное изучение таких циклов позволяет проследить общее и особенное в различных правовых системах, определить соотношение правовых норм и институтов в процессе демократической трансформации общества. Правовые и политические факторы, обусловившие циклический характер изменений конституции, и степень их легитимности выясняются путем анализа соответствующих судебных решений.

Анализ длительных конституционных циклов дает возможность выявить логику различных этапов конституционного развития, вскрыть объективные противоречия переходного периода (между демократией и либеральным конституционализмом, конституирующей и конституционной властью, федерализмом и унитаризмом, разделением властей и их концентрацией) и установить специфику современного этапа конституционного развития, а значит, и его возможные перспективы.

Существо динамики переходного периода определяется диалектикой трех фаз: деконституционализации (ослабление легитимности и отмена старой конституции); конституционализации (принятие новой конституции и распространение ее норм на отраслевое право) и реконституционализации (внесение в действующую конституцию изменений,

означающих движение вспять, в направлении норм и практик, фиксировавшихся прежней конституцией). Таким образом, полный конституционный цикл в каком-то смысле означает возвращение к исходной точке, с которой началось движение. Речь идет, разумеется, не о простом повторении (которое в истории в принципе невозможно), а о стадийном сходстве. Иными словами, цикличность конституционного процесса напоминает диалектическую спираль: фазы каждого очередного цикла повторяют аналогичные фазы предшествующего на новом качественном уровне.

Источником данной динамики является конфликт между правом и социальной реальностью. Именно развитием конфликта и определяется логика смены фаз цикла, причем последующие комбинации в известной мере определяются предыдущими. Первая фаза конституционного цикла предполагает резкое падение эффективности правовой нормы (старой), вторая связана с поиском путей выхода из такой ситуации, а третья означает корректировку завышенных конституционных ожиданий. Последняя фаза может привести к завершению цикла, т. е. к возвращению в состояние, существовавшее до начала конституционного кризиса.

Конституционная революция (неправовое изменение существующей конституции) и конституционная контрреволюция (неправовое возвращение к старому правовому порядку) образуют граничные точки конституционных циклов всех крупных революций нового и новейшего времени. Их

чередование выражается формулой, известной еще со времен Великой французской революции: стабильность политической и конституционной системы возможна лишь в том случае, если революционной «акции» соответствует равная по силе «реакция». Теоретически конфликт между новой правовой нормой и существующей социальной реальностью может быть решен в пользу первой, но гораздо чаще побеждает вторая, и за конституционализацией следует реконституционализация. Вероятность конституционной ретрадиционализации особенно велика в переходном обществе, где конституция не пользуется поддержкой масс, а сами они лишены доступа к политическому процессу.

Реконституционализация обычно сопровождается ощутимым сужением пространства публичной политики, в частности, за счет ограничения деятельности политических партий. Для достижения этой цели могут использоваться правовые механизмы, например проведение через парламент законов, обеспечивающих доминирующее положение правительственной партии. К типичным проявлениям реконституционализации относятся также подрыв системы разделения властей (ограничение федерализма, ослабление сдержек и противовесов, выстраивание вертикали власти) и выведение административного права из сферы социального контроля (посредством законодательства об общественном порядке, государственного лицензирования, а также расширения дискреционных полномочий административных институтов и си-

ловых структур с параллельным ограничением независимой судебной власти). Господство принудительного административного права, поставленного над правом публичным, и верховенство аппарата президента над всеми органами управления являются одновременно и сущностью, и результатом процесса реконституционализации. Разделение властей при такой конструкции если и сохраняется, то в сугубо административном смысле.

Будучи во многом объективным следствием неподготовленности общества к существованию в условиях либеральной демократии, а также реакцией на неэффективное функционирование демократических институтов, реконституционализация может получать различное политическое наполнение. Но в целом она означает реинтерпретацию конституционных принципов в направлении усиления централизма и самостоятельности государственной власти через делегирование дополнительных полномочий административным структурам и – в конечном счете – главе государства.

Вместе с тем, как показывают сравнительные исследования, реконституционализация отнюдь не равнозначна остановке развития. Знаменуя собой завершение конституционного цикла, она создает основу для начала нового. Изучение ситуации выхода из одного цикла и перехода к другому является весьма сложной исследовательской задачей, поскольку предполагает сочетание юридического и политологического подходов. С огромными трудностями сталкива-

ются, в частности, те исследователи, которые обращаются к нормативному анализу российской конституции, игнорируя внеконституционные факторы социального и политического свойства, определяющие отношение общества к конституционным нормам. Справедливо усмотрев в конституции элементы заимствования из западных, они иногда совершенно искренне недоумевают, почему эти элементы работают в российской среде иным образом, и рассматривают происходящую борьбу как столкновение и перекрестное влияние различных иностранных ориентиров, тогда как речь идет о включении в действие механизма селекции тех норм и институтов, которые действительно способны эффективно функционировать в российской ситуации. Не меньшие трудности ожидают и тех, кто пытается приложить к отечественным реалиям социологические модели, сконструированные на ином эмпирическом материале и описывающие социальные изменения вне российского правового контекста. Изучение длительных конституционных циклов позволяет преодолеть эти трудности и проследить длительные тенденции конфликтного взаимодействия норм и институтов в меняющейся социальной реальности российского общества. Как бы ни были различны конституционные циклы по содержанию, типам проявления, длительности развертывания, они всегда имеют сходный механизм запуска – конфликт конституирующей (учредительной) и конституционной власти. Исключает ли современная российская конституция вступле-

ние данного механизма в действие? И можно ли вырваться из порочного круга конституционной цикличности?

Цикличность является объективным законом конституционного развития модернизирующихся обществ, и в этом смысле ею нельзя управлять. Чем менее общества подготовлены к введению демократических конституций, тем более жестко проявляет себя спонтанная смена фаз очередного цикла. Однако это отнюдь не означает, что действие данного закона не поддается корректировке. Теория конституционных циклов как исследовательский метод имеет не только теоретическое, но и прикладное значение. Она позволяет не просто ориентироваться в широком круге проблем сравнительного конституционного права, но и проследивать связь этих проблем с текущими изменениями в публичной политике. В основе подобного синтеза теории и практики лежит проблемно-ориентированный подход к анализу конституционной динамики, нацеленный на выявление правильных конституционных циклов и отклонений от них.

Проведение конституционных реформ в традиционной социальной среде возможно лишь при наличии соответствующих институтов и каналов коммуникации. Для достижения этой цели необходима устойчивая поддержка правовых инициатив. Из этого следует, что в центре внимания реформаторов должны находиться не столько вопросы управления или сугубо административных преобразований, сколько психология общества, его способность принять те или иные ново-

введения и возможность адаптации последних к уровню сознания и восприятия. Иными словами, такого рода реформы не могут носить единовременный и линейный характер.

Вытекающая из теории циклов интерпретация конституционных реформ как периодически повторяющихся фаз усиления и ослабления конституционного регулирования общества позволяет сконцентрировать внимание на тех сторонах проблемы, которые раньше игнорировались исследователями. В результате появляется возможность вести речь о стратегии и тактике подобных реформ, а значит, перейти от простого описания конституционализма к моделированию различных ситуаций и научной разработке методов проведения конституционных преобразований.

Наблюдения относительно изменений содержания теоретической концепции кризисов права начала и конца XX в. позволяют констатировать определенное сходство положения права в начале XX в. и начале XXI в. В обоих случаях ситуация описывается понятием «кризис права», причем причины, структура и проявления кризиса интерпретируются сходным образом. Конечно, речь не может идти об абсолютной идентичности социальных функций права в традиционном и современном индустриальном или постиндустриальном обществе. Современные общества стоят перед выбором не между конституционализмом и его отрицанием, а между реальным и номинальным конституционализмом с большим числом промежуточных вариантов. Именно вокруг

таких вариантов разворачивается сегодня борьба интересов. Это та сфера неустойчивого равновесия, где целенаправленное усилие при использовании соответствующих технологий может дать существенный эффект. Тем не менее параметрами кризиса как ранее, так и на современном этапе является конфликт правовых систем; позитивного права и правосознания; действующей нормы и идеала; формы и содержания юридических отношений; легитимности и законности; ценностных параметров нормативных систем; норм и институтов. Реконструкция существующих теорий и выдвинутой ими системы понятий, определяющих кризис права, весьма актуальна для теоретической юриспруденции.

Мы также предложили свою концепцию – теорию конституционных циклов. Она представляет собой синтез предшествующих подходов, но дает новую интерпретацию рассматриваемого явления. В свете данной теории удастся объяснить ряд параметров кризиса права в разные исторические периоды (сходство механизмов начала и разворачивания кризисов; структуру основных фаз правового развития), установить логику циклической смены этих фаз в длительной исторической перспективе ряда стран, по-новому объяснить социальную природу кризисов права: то, что интерпретируется обычно как кризис права, есть на самом деле переход от одной формы права к другой. Этот переход всегда связан с конфликтами правопорядков (правовой дуализм), позитивного права и правосознания, различных ценностных

ориентаций правовой системы, формирующихся под влиянием фундаментальных социальных изменений. Он может иметь более радикальное или плавное развитие, приводить к разрушению или модификации существующей правовой системы, наконец, вести к созданию более или менее эффективной новой правовой системы. Это значит, что кризис права не имеет такого фатального характера, каким его наделяли прежде, а его развитием можно научиться управлять. Изучение типологии циклов и стоящей за ними динамики фаз правового развития есть основа научного подхода к пониманию функционирования правовых институтов и норм, а следовательно, разработки технологий выхода из кризисов правовой системы с наименьшими потерями для общества.

Публикуется по изданию: *Медушевский А.Н.* Кризис права как проблема теоретической юриспруденции // Право и общество в эпоху перемен. М., ИГП РАН, 2008. С. 89–112.

Право и справедливость в политических дебатах постсоветского периода

Соотношение понятий права и справедливость – 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. 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). На практике, однако, эти параметры могут противоречить друг другу, пересекаться 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 другими⁴⁹.

⁴⁹ *Timascheff N.S.* An Introduction to the Sociology of Law. Cambridge, Mass., 1939; *Luhmann N.* Rechtssoziologie. Opladen, 1983. Bd. 1–2; *Treves R.* Sociologie

Другой стороной проблемы является определение понятия «справедливости». В современной литературе представлено три основных позиции – идея распределительной справедливости (формального равенства возможностей при формулировании правового порядка)⁵⁰, идея легалистской справедливости (приоритет норм действующего позитивного права перед абстрактными нравственными нормами)⁵¹ и идея комбинирования позитивного права и традиций правосознания данного общества как основы справедливости⁵². Эта последняя концепция выводит проблему на более широкий уровень взаимодействия права, этических представлений общества и исторической традиции их взаимодействия и применения на практике.

В условиях глобализации и информатизации рост диспропорций и неравенства в мире 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 отстает от изменения общественных настроений и устойчивых стереотипов созна-

du droit. Paris, 1995; *Arnaud A.-J., Farinas Dulce M.J.* Systemas juridicos: elementos para un analisis sociologico. Madrid, 1996; *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. М., 2010; *Медушевский А.Н.* Социология права. М., 2006.

⁵⁰ *Rawls J.* A Theory of Justice. Harvard, Univ. Press, 1971.

⁵¹ *Nozick R.* Anarchy, State and Utopia. New-York, 1974.

⁵² *Macintyre A.* After Virtue. London, Univ. of Notre Dame Press, 1984.

ния по этим параметрам. В мировой науке обсуждение данной проблематики в настоящее время выходит за рамки национальных границ⁵³. Спор об этических основах конституционного права и политических решений типичен для вполне развитых демократий, но тем более актуален для обществ переходного типа⁵⁴. В этих условиях социальный протест и акции гражданского неповиновения, отталкиваясь от провозглашенных норм конституций и законов, все чаще заявляют об их ограниченности, несправедливости или социальной неэффективности.

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 очевидно необходима полноценная научно обоснованная стратегия и эмпирические исследования. В постсоветской России особенно остро стоит классическая дилемма, сформулированная Р. Дворкиным: следует ли законопослушному гражданину повиноваться несправедливым законам? Для ее разрешения 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 кон-

⁵³ Sandel M.J. Justice: What's the Right Thing to Do? London, 2010.

⁵⁴ Walzer M. Thinking Politically. New Haven and London, 2007.

тексте 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, являющимися продуктом доминирующих исторических традиций, идеологических концепций и общественных настроений. В рамках публичной этики представлены различные варианты соотношения права и справедливости – преобладания нравственности над правом, права над нравственностью или поиск их оптимального соотношения с учетом эффективности в данном обществе. Существенен вклад в дискуссию основных идеологий – консерватизма, национализма, либерализма, социализма и их комбинированных вариантов⁵⁵. В данной статье с позиций когнитивно-информационной теории представлена реконструкция основных параметров права и справедливости при решении ключевых проблем общественного переустройства переходного периода.

⁵⁵ Модели общественного переустройства России. XX век. М., 2004.

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 общества⁵⁶. Юридическое конструирование (и выражающие его проекты решения ключевых проблем) выступает в этих условиях как полноценный когнитивный 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 экзи-

⁵⁶ Теория и методология когнитивной истории. «Круглый стол» // Российская история, 2010, № 1.

стенциальным параметрам⁵⁷.

Пространство как категория юридической картины мира становится объектом конструирования в связи с решением проблемы суверенитета в условиях глобализации. Пространственное конструирование юридической картины мира включает вопросы российской цивилизации, ее места между Западом и Востоком, отношения к глобализации, суверенитета⁵⁸. Масштаб проблем, затронутых этими дебатами, 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» – понимания ее как Европейской, глобальной («Евразийская цивилизация») или как уникальной («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 цивилизация, не сравнимая с другими. В этом контексте решаются вопросы соотношения международного и национального права и границ государства. Практическим выражением становятся споры об

⁵⁷ Подробнее о методе: *Медушевский А.Н.* Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности // Сравнительное конституционное обозрение, 2011, № 5. С.30–42.

⁵⁸ Место России в Европе и Азии. М., 2010.

отношении к европейскому праву и, в частности, решениям Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), касающимся внутренней политики⁵⁹. Представлено три основных позиции – приоритет международного права над национальным; приоритет национального права над 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.

Время как категория юридической картины мира – значимый фактор правового развития. Конструирование времени связано с проблемой исторической легитимности права: в какой мере постсоветский разрыв правовой традиции закономерен и случаен, насколько длительна историческая преемственность современной правовой системы (является она принципиально новым феноменом, продолжением советской или досоветской правовой реальности) и до какой степени, следовательно, допустимо ретроактивное толкование права⁶⁰. Данный спор концентрируется на оценке Перестройки, крушения СССР и формирования современной политико-правовой системы и включает противоположные позиции – от жесткого неприятия этих перемен как

⁵⁹ Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия. М., 2007.

⁶⁰ Имплантация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы. М., 2006.

«национального предательства» до их принятия и активной поддержки как естественного результата коммунистического эксперимента и формы адаптации к реальности глобализирующегося мира⁶¹. Эти проблемы актуальны в контексте постсоветских юридических решений, которые конструируют новую реальность не только для настоящего и будущего, но иногда и прошлого: изменение отношений собственности (реституция – возвращение собственности прежним владельцам); изменение экономических ожиданий, ставящее под вопрос принцип равенства правовой защиты (решения периода экономического кризиса о банках, налогах и страховании); даже переписывание истории (например, решения по законам о люстрации – ограничениям прав на занятие должностей лицами, сотрудничавшими с политическими и карательными структурами прежнего режима, что, впрочем, не противоречило законодательству того времени)⁶².

Смысл существования – определяется решениями по вопросам символического характера, связанным с поиском национальной идентичности в меняющемся мире. Примером может служить длительный и безуспешный поиск так называемой «Национальной идеи» – единой формулы само-

⁶¹ Перестройке 25 лет. Историческая память современной России. Материалы международной конференции. М., 2010; *Медушевский А.Н.* Перестройка и причины крушения СССР с позиций аналитической истории // *Российская история*, 2011. № 6. С. 3–30.

⁶² *Право и общество в эпоху перемен*. М., 2008.

идентификации нации⁶³. 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 коррелируется с идеей «особого пути» исторического развития, предопределенного инвариантами российской политической культуры и предполагает ценностную интерпретацию правовой системы в «национальном духе» в смысле германской «исторической школы права» XIX в. или архаических теоретических конструкций русского дореволюционного консерватизма⁶⁴. Эта идея исключает 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 антизападной⁶⁵. Возрождение евразийских теорий ведет к самоизоляции и национализму

⁶³ Национальная идея и жизнеспособность государства. Материалы научного семинара. М., 2009. Вып. № 2.

⁶⁴ 100-летие «Вех»: Интеллигенция и власть в России. 1909–2009. «Круглый стол» // Российская история, 2009, № 6.

⁶⁵ Государство и нация в России и Центрально-Восточной Европе. Материалы международной научной конференции. Будапешт, 2008.

в форме авторитарных доктрин и политической практики⁶⁶. Этические (экстра-правовые) аргументы становятся для политических романтиков решающими при определении социальной значимости фундаментальных юридических актов – действующей Конституции и основных Кодексов. «Патриотическая» составляющая присутствует в интерпретации «знаковых» судебных решений, начиная от процесса КПСС до дела Ходорковского, включая противоположные позиции судов постсоветских стран по вопросам исторической памяти, связанные в одних случаях с осуждением советского прошлого, в других – восстановлением ценности прежних символов – памятников, герба, гимна⁶⁷.

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.

⁶⁶ Россия и Запад: что разделяет. Материалы научного семинара. М., 2009. Вып. № 7 (16).

⁶⁷ Mommsen M., Nussberger A. Das System Putin. Gelenkte Demokratie und politische Justiz in Russland. München, 2007.

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; 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 последствий этих реформ, исходя из идеологических фобий, а не рационального расчета, выявление конфликта собственности и справедливости, становившегося 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 – представления общества о справедливом или несправедливом порядке распределения собственности – определяется во многом статусом пра-

ва собственности в общественном сознании: является оно фундаментальным (естественным и неотчуждаемым) правом или, скорее, приобретенным и, следовательно, отчуждаемым правом⁶⁸. В ходе постсоветской дискуссии были поставлены вопросы легитимности существующих форм собственности. Один аспект, – что такое собственность – выявил трудности процесса освоения новых реалий: оказалось неясно, что такое 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 выражается в ответе на вопрос о соотношении частной и публичной 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, т. е. 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

⁶⁸ *Неделски Д.* Следует ли предоставить праву собственности конституционную защиту? // Роль конституционных судов в обеспечении права собственности. М., 2001.

с «народным капитализмом», наконец, выдвигали различные представления о том, что делать с этой собственностью – вплоть до наивной анархической идеи децентрализовать промышленность и передать рабочим.

Второе измерение проблемы легитимности собственности – вопрос о времени (исторической давности) и характере (правовом или неправовом) ее приобретения. В истории страны XX в. отношения собственности менялись трижды (национализация в 1917 г., сплошная коллективизация в 1929 г. и переход к частной собственности в 1993 г.), причем каждый раз с разрывом правовой преемственности. В современной России непрочность легитимности права частной собственности связана с отсутствием длительной исторической легитимности, которая неоднократно перечеркивалась или, во всяком случае, ставилась под сомнение в русской истории⁶⁹. 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 г. Продолжая эту линию вглубь истории, мы сталкиваемся с проблемой правового дуализма – конфликта позитивного права собственников – землевладельцев и крестьянства с его обычным правом и неопределенными правами на пользование землей. Так мы приходим к проблеме крепостно-

⁶⁹ *Медушевский А.Н.* Проекты аграрных реформ в России. XVIII – начало XXI века. М., Наука, 2005.

го 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 и 1917 гг.⁷⁰, 150-летием отмены крепостного права 1861 г., аграрных реформ С.Ю. Витте и П.А. Столыпина⁷¹, а также осмыслением социального конструирования периода сталинизма⁷².

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 от-

⁷⁰ К 90-летию Февральской революции // Отечественная история, 2007, № 6; К 90-летию Первой российской Конституции // Отечественная история, 2008, № 2; Октябрьская революция и разгон Учредительного собрания: «Круглый стол» // Отечественная история, 2008, № 6.

⁷¹ См.: Медушевский А.Н. Великая реформа и модернизация России // Российская история, 2011. № 1. С. 3–27; *Он же*. Как выйти из революции: стратегия преодоления социального кризиса в обществах переходного типа // Российская история, 2012, № 2. С. 3–18.

⁷² Медушевский А.Н. Сталинизм как модель социального конструирования // Российская история, 2010, № 6. С. 3–29.

вергали новые механизмы мотивации труда с помощью исторических аргументов: «что же, – справшивали 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, «отчуждением работников от средств производства», «эксплуатацией» и безработицей, т. е. 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 проч. Более того, эксплуатация начинала рассматриваться «как следствие любой монополии, когда отсутствует выбор приложения сил», а значит, допускалась мысль о ее возможности в плановой экономике⁷³. Эти паллиативы отражены в законе СССР «О собственности в СССР»⁷⁴. 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 современ-

⁷³ Третья сессия ВС СССР. М., 1990. Ч. 1. С. 95–96, 109, 117, 122, 135, 268.

⁷⁴ Закон СССР «О собственности в СССР» // Третья сессия Верховного совета СССР. Ч. XIX. С. 45–55.

ной России, где вопрос о реституции не был решен положительно, Православная Церковь (а вслед за ней и другие традиционные религиозные 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 связано 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 направление легитимности – применяемые способы защиты собственности. 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 модер-

низация 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 в. Эта социальная реальность совершенно по-иному ставит проблему легитимности государства в обеспечении и трансформации отношений поземельной 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 регуливающей 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 исклю-

чает перераспределения имущества в ходе реформ, но позволяет осуществить это правовым путем (с предоставлением справедливой компенсации собственнику) и с сохранением целевого назначения собственности. Отсюда – острота дискуссии по вопросу о понятии «социального государства», пересмотре итогов приватизации 1990-х гг., размерах справедливой компенсации и критериев ее определения.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.