

## Модель российского «homo legalis» и устойчивость конституционного режима власти в России.

Я полагаю, что публичная политика вернётся в общественную жизнь России достаточно скоро. И одна из проблем, которая бесспорно станет предметом общественно-политической дискуссии – это проблема создания в стране устойчивого демократического порядка, основанного на верховенстве права. До сих пор в России не удавалось обеспечить устойчивость такого порядка. В этом отношении предстоит принять важнейшие политические решения. Однако до сих пор нет научного обеспечения для такой политической дискуссии и таких политических решений. Факторы, влияющие на устойчивость общественного порядка, основанного на верховенстве права в России, практически не изучены.

Данный доклад представляет собой шаг в этом направлении.

### Терминология

Термин «конституционный режим власти» в современной российской литературе по государству и праву обычно определяют, как одно из свойств социального порядка, основанного на верховенстве права. С другой стороны, верховенство права определяют, как социальный порядок, с «конституционным режимом власти» или «конституционным режимом правления». Избежать здесь порочного круга можно только в одном случае – отождествляя эти два понятия.

В работе R.K. Belton *Competing definitions of the Rule of Law* (Carnegie papers, No55, 2005) определения верховенства права поделены на две группы: определения, основанные на социальных эффектах этого явления и определения, основанные на институтах. И с этой точки зрения понятия «конституционный режим власти (правления)» и «верховенство права» также следует использовать, как тождественные.

Я осознаю спорность такого отождествления, но не хотел бы в здесь разворачивать эту дискуссию, так как для целей данного доклада

дискуссия не будет сущностной, а лишь терминологической. Важно лишь стабильное и ясное использование этого термина. Таким образом, термин «конституционный режим власти (правления)» будет использоваться, как синоним «верховенства права».

В качестве антонима я использую здесь термин «деспотия». Грубо говоря, сущностное различие между этими режимами правления состоит в том, что при конституционном режиме социальный порядок основан на систематическом применении закона, на том, что применение закона является не только продекларированной всеобщей обязанностью, не только нормой поведения, нарушение которой влечёт государственное принуждение, но также и повсеместной социальной практикой. Как писал Г. Харт *«Правила мыслятся и описываются, как предписания, налагающие обязанности, если имеется настоятельная общая потребность им следовать, подкрепленная значительным давлением со стороны общества против тех, кто их нарушает или пытается нарушить»* (Г.Л.А. Харт Понятие права, 2007).

Деспотия напротив, предполагает наличие в обществе *«...беззаконной силы ..., стоящей над правительством и способной в любое время вмешаться в осуществление правосудия всякий раз, когда оно действует вопреки прихотям этой силы»* (Лон Л. Фуллер Мораль права, 2007). Можно также сказать, что социальный порядок при деспотии основан на произволе *«беззаконной силы»*.

Ясно, что «идеальные» конституционный режим правления и деспотия в мире довольно редки. Как правило, мы можем говорить о преобладании (или значительном преобладании) одного режима над другим. Тем не менее, я буду использовать термины «конституционный режим» и «деспотия» также и в случаях, когда строго терминологически следовало бы использовать «режим с существенным преобладанием деспотии» или «режим с существенным преобладанием конституционного правления»). Например, я буду говорить о

современном состоянии режима власти в России, как о деспотии, хотя в некоторых сферах жизни (например, в сфере рыночной экономики, в сфере защиты прав потребителей и др.), конституционный режим власти пока в определённой степени поддерживается, хотя и не в полной мере.

Краткий обзор истории попыток создания в России конституционного режима власти.

История показывает, что в России попытки замены деспотии конституционным режимом либо проваливаются, либо длятся очень короткий период времени и быстро возвращаются в деспотию.

Ещё в период Смуты несколько раз предпринимались попытки поставить власть монарха под контроль писаной системы правил. Но это не удалось, так как в тогдашнем русском обществе не было на этот счёт согласия. Поэтому *«На соборе 1613 г ...восторжествовала старая привычная идея «природного» царя, чему Михаил и был обязан своим избранием. Это попятное движение было знаком того, что народный ум, представленный на соборе выборными людьми, не справился с новым положением и предпочел вернуться к старине, к прежнему «безумному молчанию всего мира»* (В.О. Ключевский, Курс русской истории, 1903). Смута впервые в русской истории открыла русским людям «окно возможностей» ограничить деспотию, но они совершенно недвусмысленно сами отвергли эти возможности.

Следующий этап можно отнести к 1767 году, когда императрица Екатерина II собрала так называемую «уложенную комиссию» и написала для неё «Наказ», в котором в явной форме был прописан конституционный режим власти. Члены «уложенной комиссии» были избраны от всех сословий и привезли для работы «наказы» своих избирателей. Главной задачей комиссии, по мысли императрицы, была адаптация наказов с мест к её «Наказу» и подготовка на этой основе нового Уложения. Однако очень быстро стало ясно, что требования с мест к новому Уложению, полностью противоречат основным

принципам конституционного режима власти, предусмотренного в «Наказе» императрицы. Как известно, императрица получила власть путём государственного переворота и в начале своего правления, она не имела достаточной политической силы, чтобы осуществить свой «Наказ» исключительно собственной волей. А российский народ, к которому она попыталась обратиться за поддержкой, как оказалось, не желал конституционного режима власти.

В следующий раз к идее конституционного режима власти обратился император Александр I. По его поручению под руководством М.М. Сперанского был разработан проект конституционного режима правления. Первая же реформа этого проекта – Указы императора от января 1803 года и от августа 1809 года о замене непотического порядка назначения на должности на меритократический – вызвал бурю негодования в бюрократическом аппарате. Бюрократия организовала такое мощное противодействие продвижению проекта М.М. Сперанского, что император испугался и отказался от его продвижения. Здесь мы впервые встречаемся с бюрократией, как реакционной политической силой в нашей стране.

Через 50 лет в стране с одной стороны, появилась политическая сила, заинтересованная в ликвидации деспотического режима – так называемые «разночинцы». С другой стороны, крепостное право было уже невозможно терпеть ни в его экономическом, ни в его социальном аспекте. Поэтому императору Александру II удалось, опираясь на новую политическую силу, провести реформы по направлению к установлению конституционного режима правления: отмена крепостного права, земская реформа, судебная реформа. Следующей должна была стать реформа законодательной власти, но с убийством царя-реформатора реформа лишилась своего основного движителя и завоевания реформы стали постепенно ликвидироваться. Отдельные элементы

конституционного режима власти сохранялись, но всё же к началу XX века наша страна практически полностью вернулась к деспотии.

Важнейшим результатом реформ Александра II стало вовлечение в общественную жизнь основной части населения страны – крестьянства. В течение 3,5 веков крепостных крестьян отделяла от государства и государственного права «юридическая завеса» крепостного права. У них были свои социальные практики – обычаи и полностью отсутствовала *«настоятельная общая потребность следовать закону»* – ей просто неоткуда было взяться. В книге С. Frierson *All Russia is Burning. A Cultural History of Fire and Arsons in Late Imperial Russia, 2002* показано, как крестьяне того времени разрешали споры с помощью поджогов.

Совершенно неудивительно, что после того, как в 1906 году в стране удалось создать несколько важных институтов конституционного режима правления, социальная поддержка конституционного режима оказалась очень невелика. Освободившиеся крестьяне регулировали свои отношения не государственными законами, а обычным правом. Реформаторы судебной системы сохранили волостные суды для крестьян, вышедших из крепостной зависимости. В этих судах применялось обычное крестьянское право. В конце XIX – начале XX века в стране господствовал правовой дуализм.

Именно правовой дуализм и отсутствие у людей *«настоятельной общей потребности»* следовать закону позволили небольшой группе фанатиков модной в тот период в мире коммунистической идеи, прийти к власти и удержать её, организовав в стране кровавый террор. Громадные усилия, затраченные российским образованным классом в течение 56-ти лет с 1861 по 1917 годы по переходу к конституционному режиму правления, оказались тщетными. Результаты этой огромной работы были полностью уничтожены, был уничтожен и сам этот «образованный класс» – их замучили, убили или изгнали из страны. Тогдашнее российское общество на 85% состояло из вышедших на

свободу крестьян и их потомков в первом поколении, и переворот октября 1917 года оказался возможным, так как эти люди не встали на защиту ими же избранного Учредительного собрания. Люди воспринимали и конституционный режим власти и Учредительное собрание, на котором он должен был покоиться, чисто умозрительно – не как острую социальную потребность.

Наконец, последняя попытка перейти к конституционному режиму правления была предпринята в период с 1990 по 2000 годы. При этом правовой дуализм за 73 года коммунистического правления в стране сохранился – это убедительно показано в статье Hendley K. Varieties of Legal Dualism: making sense of the role of law in contemporary Russia / Wisconsin International Law Journal, Vol. 29 (2012), No. 2, а «*настоятельная общая потребность*» следовать закону у граждан не появилась. В подтверждение приведу цитату из одного интервью 2015 года заместителя министра А. Волина: «...*Может быть, законно рисовать свастику и, может быть, незаконно бить за это по морде. Но я своих детей буду воспитывать в том, что они за это должны бить по морде*» (<http://echo.msk.ru/programs/focus/1558860-echo/>).

Сегодня деспотия постепенно ликвидирует большинство элементов конституционного режима, созданных в стране за десятилетие 1990 – 2000 годы при совершенно таком же «*безумном молчании всего мира*», как и 100 лет тому назад, как и 500 лет тому назад.

Вопрос о том, почему страна не может сформировать устойчивый конституционный режим власти является в этом докладе основным. Как мы видим, в России довольно регулярно возникают «окна возможностей» создания конституционного режима и хотелось бы, чтобы при очередном возникновении такого «окна» была создана более устойчивая конструкция.

Таким образом, мы говорим здесь о попытке объяснить неустойчивость конституционного режима власти в России и объяснить таким образом, чтобы объяснение обладало бы и некоторой предсказательной силой, т.е. позволило бы предложить эффективные средства для повышения устойчивости режима конституционного правления.

### Модель российского «homo legalis» и гипотеза о причинах неустойчивости конституционного режима власти в России.

В последнее время конституционалисты много говорят и пишут о целесообразности перехода от президентской к парламентской республике. Много предложений по мерам повышения независимости судей. Все эти предложения исходят из неявного предположения, что с помощью организационных мер можно повысить устойчивость конституционного режима правления.

Однако моя гипотеза состоит в том, что основная причина неустойчивости конституционального режима в России не в организации власти, а в особенностях правосознания российских граждан. Эта причина, конечно, не единственная, но, по моей гипотезе, основная. Для обоснования (пока не для доказательства) самой этой гипотезы построим модель правосознания российских граждан. Можно назвать это моделью российского «homo legalis».

Достаточно хорошо известны две такие модели – модель правового нигилизма и модель недоверия российских граждан к праву и судам. Недоверие к праву и судам – это надёжный эмпирически подтверждённый факт. Однако эта модель обладает лишь объяснительной, но не предсказательной силой – неясно, как повышение доверия может сказаться на устойчивости конституционного режима власти. Скорее устойчивый конституционный режим может повысить доверие.

Модель правового нигилизма опровергается эмпирическими исследованиями использования российскими гражданами права и судебной системы. В статье Хендли К. Об использовании судебной системы в России // В кн.: Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права, 2012 показано, что количество обращений в государственные суды с 1993 года неуклонно растёт. Это же явление - рост обращений крестьян в суды – было отмечено и в конце XIX века, после освобождения крестьян. Это подробно описано в статье Бурбанк Дж. Правовая реформа и правовая культура: непризнанный успех волостных судов в имперской России // Правоведение, 2003, №2. Уже упоминавшееся исследование Hendley K. Varieties of Legal Dualism: making sense of the role of law in contemporary Russia показывает, что российские граждане не отрицают право – отношение к праву у них скорее утилитарное, чем нигилистическое. Когда им выгодно использовать право – они его используют, когда выгодно обойти – обходят. Совершенно та же картина описана в Очерках российской культуры XVIII века. Ч.4 / Под ред. академика Б.А. Рыбакова – М.: Изд-во МГУ, 1990 в отношении поведения крестьян в XVIII веке: *«...если в челобитных крестьяне ... обращались к законодательству с целью, опираясь на него, защитить свои интересы, то в наказах ... картина иная. Преобладает здесь привлечение закона для выражения критического отношения к нему»*.

Из приведенных выше работ вытекает модель российского «*homo legalis*» не как правового нигилиста, а как правового утилитариста. Исполнение законов не является устойчивой социальной практикой в российском обществе, *«настоятельная общая потребность следовать закону»* у людей отсутствует. Но и отворачивания к закону у них нет. Исполнение закона или обход закона приемлемы для правовых утилитаристов одинаково и выбирается всегда то поведение, которое проще ведёт к цели или ведёт к более выгодному результату.



Так ведут себя не только обычные граждане, но и судьи. Это показано в работе Э. Панеях *Практическая логика принятия судебных решений: дискреция под давлением и компромиссы за счёт подсудимого*. // В кн. *Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права*, 2012.

Модель российского «*homo legalis*», как правового утилитариста позволяет, во-первых, легко объяснить неустойчивость конституционного режима правления в России. Действительно, для оправдания деспотии правового утилитариста достаточно убедить в том, что здесь и сейчас деспотия ему более выгодна, чем конституционный режим правления. У него нет такого внутреннего противоядия от этого, какое есть в обществе с *«настоятельной общей потребностью соблюдать закон»*. Далее вот эту *«настоятельную общую потребностью соблюдать закон»* я буду называть по-современному – интернализацией правила «жить по закону».

С другой стороны модель правового утилитариста обладает и предсказательной силой, так как позволяет поставить во главу угла реформы российского режима правления – интернализацию в правосознании людей правила «жить по закону» и позволяет в качестве дорожной карты для такой интернализации предложить полностью поменять организацию российской судебной системы, её структуру, систему отбора судей и проч.

На мой взгляд, очевидно, что модель российского «*homo legalis*», как правового утилитариста, является хорошим обоснованием для выдвижения гипотезы о том, что именно особенности правосознания российских граждан делают неустойчивым конституционный режим власти в России.

Возможность создания устойчивого конституционного режима власти в современной России.

Приведённое выше обоснование для гипотезы о первостепенном влиянии правосознания российских граждан на устойчивость конституционного режима власти, конечно, не является строгим доказательством её правильности. Модель правового утилитариста лишь качественно обосновывает правдоподобность этой гипотезы. Над доказательством ещё предстоит работать.

Этот доклад я хочу закончить тем, чтобы показать возможность создания устойчивого конституционного режима власти в России при условии, что сформулированная выше гипотеза верна.

Если верно, что одним из главных факторов устойчивости конституционного режима власти является интернализация в правосознании граждан правила «жить по закону», то основной задачей при реформе существующего режима будет являться именно интернализация этого правила. Правило «жить по закону» (а для судей ещё и «судить по закону») должно стать *«настоятельной общей потребностью»*, постоянной социальной практикой в жизни людей.

Один из способов, как этого добиться, нам хорошо известен. Достаточно обратить внимание на то, что полосы на улицах, выделенные для общественного транспорта, свободны даже и в выходные, когда по ним разрешено ездить. Неизбежное и серьёзное наказание за нарушение правила довольно быстро приводит к его интернализации. Это давно уже отмеченный в психологии эффект. Существуют и другие способы интернализации. Например, в статье R.D. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, 144 Univ. Pennsylvania Law Rev. 1643 (1995) показано, что при появлении в сообществе некоторого критического числа индивидов с интернализированной социальной нормой их число начинает увеличиваться. В этой статье есть красивое теоретико-игровое объяснение этому явлению - само сообщество начинает осуществлять давление на тех, кто не соблюдает эту

социальную норму. Немецкие, голландские, французские водители пропускают пешеходов на «зебре» не потому что они вежливые о природы – они стали такими из-за давления со стороны сообщества. Если пешеход ступил на «зебру» и все встали и ждут, то тот, кто захочет поехать, рискует сбить пешехода. Но вот итальянские водители пропускают пешеходов гораздо реже, чем немецкие или французские.

Так или иначе, интернализация социальных норм происходит под давлением социума. В приведённых выше примерах мы видим два способа такого давления. Первый способ можно назвать централизованным, второй – децентрализованным. Децентрализованный способ – очень длителен и его вряд ли можно применить для конструирования устойчивого конституционного режима власти в современной России. Централизованный способ работает значительно быстрее, но для него необходим центр, осуществляющий неизбежное наказание при нарушении правила, которое стремятся интернализировать.

Для интернализации правила «жить по закону» централизованный способ подошёл бы, если бы в правоприменительной системе страны работали бы лица, у которых данное правило было бы интернализировано. Однако мы знаем, что обор работников правоприменительной системы происходит сегодня по прямо противоположному принципу – чем менее интернализировано в человеке правило «жить по закону», «судить по закону», чем более он зависим от корпоративных социальных практик судейско-полицейской корпорации, тем больше у него шансов стать судьей, прокурором, следователем и сохранить эту должность надолго.

Из всего этого прямо вытекают основные предложения по реформе судебной системы России: 1) социальные практики существующей сегодня судейско-полицейской корпорации должны быть ликвидированы, а для этого должна быть ликвидирована и сама эта корпорация и должны быть предусмотрены организационные средства, препятствующие её воспроизводству и 2) при отборе на должности

судей претенденты должны не только сдавать профессиональный экзамен, но и проходить систему психологического тестирования – проверки, насколько правило «жить по закону», «судить по закону» интернализовано в их правосознании.